

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

**“LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DETENCIÓN LEGAL,
POR LA FALTA DE APLICACIÓN A LOS PRINCIPIOS DOCTRINARIOS
DE CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

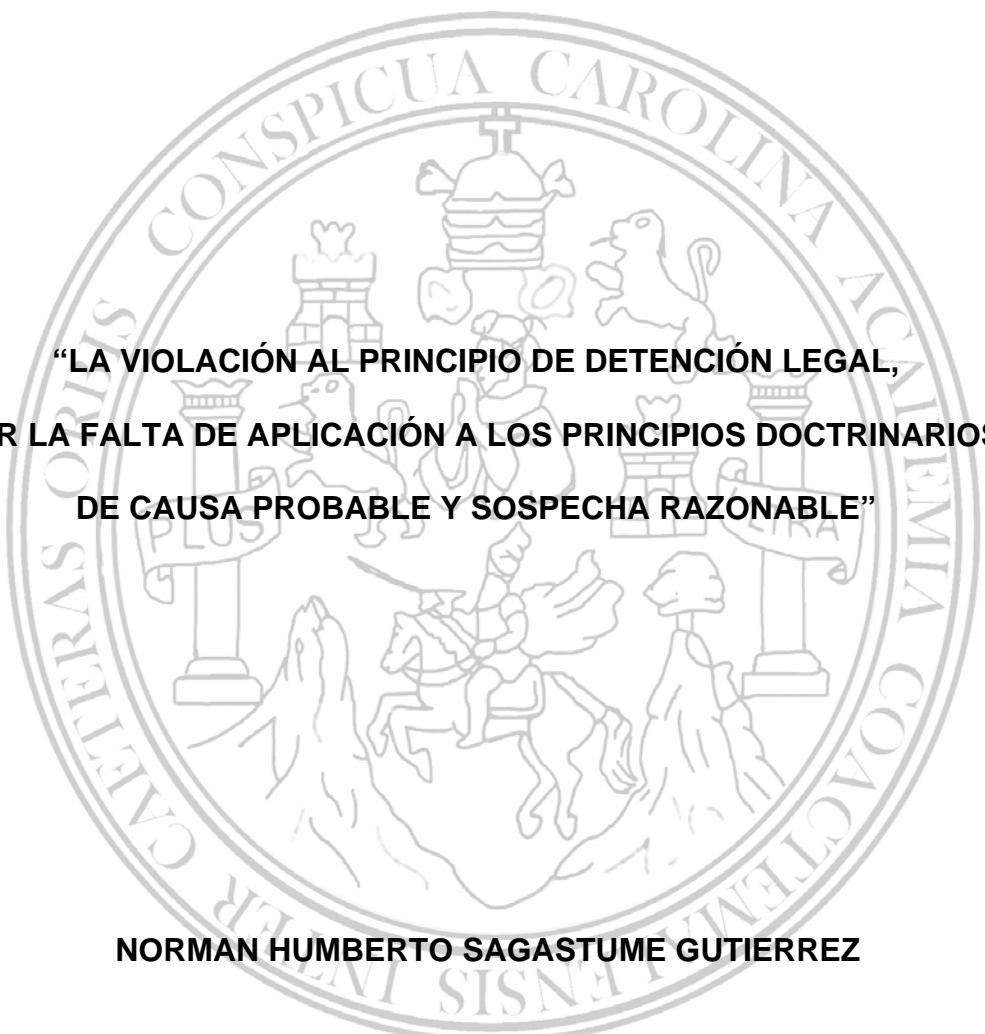
NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ

**Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2009

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a knight on horseback, holding a sword and a shield. Above the knight is a crown. To the right of the knight is a lion rampant. The seal is surrounded by Latin text: "ACADEMIA CONSPICUA CAROLINA" at the top and "SACRATAE UNIVERSITATIS SANCTI CAROLINI" at the bottom. The text "SACRATAE UNIVERSITATIS SANCTI CAROLINI" is partially obscured by the central figure.

**“LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DETENCIÓN LEGAL,
POR LA FALTA DE APLICACIÓN A LOS PRINCIPIOS DOCTRINARIOS
DE CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE”**

NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ

Guatemala, noviembre de 2009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar 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 Maria Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

LICENCIADO:
RONY ROCAEL LOPEZ ROLDAN
ABOGADO Y NOTARIO



Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el honor de dirigirme a usted para manifestarle que procedí a asesorar el trabajo de tesis presentado por el Bachiller: **NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ**, con número de carnet: 8711079, expediente número: 735-06, intitulado: **ANALISIS JURIDICO DEL EJERCICIO LEGITIMO DE LAS ATRIBUCIONES DE AUTORIDAD EN LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS DE "CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE"**, para lo cual me permito emitir el siguiente dictamen:

1. La investigación llevaba a cabo por parte del Bachiller Sagastume Gutiérrez, constituye un aporte bastante valioso y significativo para la bibliografía guatemalteca.
2. El tópico aludido, fue investigado con mucho interés ya que el trabajo relacionado denota un estudio profundo acerca de las garantías individuales y el debido proceso.
3. Por las razones expuestas y en cumplimiento a los requisitos reglamentarios, en mi carácter de asesor de tesis emito dictamen **FAVORABLEMENTE**, para que pueda continuar con la tramitación correspondiente.

Por su atención quedo altamente agradecido

LIC. RONY ROCAEL LOPEZ ROLDAN
ASESOR DE TESIS
COLEGIADO No.: 5,531
Teléfono: 53349822

5a. avenida 5-43, zona 05, colonia Enriqueeta,
Municipio de Villa Nueva

Lic. Rony Rocael López Roldán
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, siete de noviembre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS NICOLÁS PALENCIA SALAZAR, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS ATRIBUCIONES DE AUTORIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE "CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE"

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 el 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 desaproveban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

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



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh

LIC. CARLOS NICOLAS PALENCIA SALAZAR
3ª. Calle 1-82, zona 1 Villa Nueva
Tel. 66367207



Guatemala, noviembre 19 de 2007.

Licenciado:
MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN
JEFE UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Señor Jefe:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para manifestarle que atendiendo el cargo en mi recaído, he procedido a revisar el trabajo de tesis del Bachiller NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ, titulado: **ANÁLISIS JURÍDICO DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS ATRIBUCIONES DE LA AUTORIDAD, EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE "CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE"**.

Siempre que un ciudadano es privado de su libertad, por la supuesta participación del mismo en un hecho que revista las características de delito, sin la orden de aprehensión librada por juez competente, tanto las personas comunes, como los peritos en derechos, surge la incógnita, si dicho individuo fue detenido con apego al ordenamiento jurídico o bien en violación del mismo; que establece la doctrina nacional o extranjera, sobre los requisitos de la detención legítima de una persona. El presente trabajo tiene un contenido científico y técnico, el cual no solo cuenta con investigaciones realizadas por instituciones estadounidenses, que han pasado a formar parte de los antecedentes legales de esa nación, sino que, se robustece con doctrinas actuales sobre derecho procesal penal, además del aporte investigativo en el ámbito nacional, con relación al tema a tratar. Dicha investigación fue redactada con un lenguaje técnico, pero sumamente comprensible para cualquier estudiante que con sed de conocimiento, tenga a bien leer el presente trabajo. En la investigación de mérito fue determinante el trabajo de campo, para aportar las soluciones más apegadas a la realidad de las detenciones, fundamentando específicamente los principios de Causa Probable y Sospecha razonable, para concluir sobre las constantes violaciones al principio de detención legal. Considero una investigación de trascendencia, para la correcta detención de los habitantes de la república, por el aporte de la misma, en los correctos lineamientos a seguir, por parte de las autoridades que participan en la aplicación de la ley penal; produciendo un mayor respeto al ordenamiento nacional e internacional en materia de derechos humanos. En el desarrollo del trabajo se siguió un orden lógico y sistemático y sus conclusiones son positivas y congruentes.



Este revisor, es del criterio que, el título asignado al presente trabajo, no refleja la trascendencia de la investigación realizada, desmarcando la trascendencia del mismo, por lo que, se considera mas sugestivo y acorde a la embargadora del presente trabajo de tesis, el título "LA VIOLACION AL PRINCIPIO DE DETENCION LEGAL, POR LA FALTA DE APLICACIÓN A LOS PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE".

Por lo expuesto, me es grato comunicarle que, a mi juicio el trabajo presentado por el bachiller NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ, cumple con los requisitos reglamentarios y recomendaciones que le fueron hechas, por lo que, se aprueba el presente trabajo de investigación y puede ser aceptado como tesis para optar a los títulos académicos y profesionales respectivos, debiendo continuar el trámite de rigor.

Sin otro particular me suscribo, deferentemente,



LIC. CARLOS NICOLAS PALENCIA SALAZAR
Revisor de Tesis
3ª. Calle 1-82, zona 1 Villa Nueva
Tel. 66367207

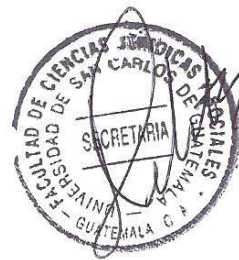
Lic. Carlos Nicolás Palencia Salazar
ABOGADO Y NOTARIO
Col. No. 4791

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante NORMAN HUMBERTO SAGASTUME GUTIERREZ, Titulado "LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DETENCIÓN LEGAL, POR LA FALTA DE APLICACIÓN A LOS PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público

MTCL/sllh



ACTO QUE DEDICO:



A DIOS: Por ser protector y guía en mi vida, todas mis aspiraciones han sido para Él.

A MIS PADRES: Porque sin su esfuerzo de educarme y amarme no hubiera alcanzado a cumplir esta meta, gracias por ser padres.

A MI ESPOSA: Porque ha llenado mi vida de felicidad, con su apoyo, amor y dedicación he logrado muchos sueños.

A MIS HIJOS: Génesis y Emanuel por ser mi inspiración.

A MIS HERMANOS: Por sus ejemplos de superación.

A MIS AMIGOS: Por sus consejos y deseos de superación.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a quien debo mi formación profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Doctrinas de la causa probable y sospecha razonable.....	1
1.1 Origen.....	1
1.2 Doctrina de la sospecha razonable.....	1
1.3 Doctrina de la causa probable.....	4
1.3.1 Fuentes de la causa probable.....	10
1.4 Doctrina de <i>The Whole Picture</i>	18

CAPÍTULO II

2. Conceptos de funcionarios y sujetos activos.....	21
2.1 Concepto de autoridad o funcionario público.....	21
2.2 Los particulares como posibles sujetos activos.....	30
2.3 Equiparación ocasional de los particulares a los funcionarios públicos.....	31
2.4 La expresión de los motivos razonable o probable causa por indicios vehementes o similares prueba de culpabilidad..	34

CAPÍTULO III

3. La detención legal y la flagrancia y la discrecionalidad en el actuar del agente ante la inminencia del hecho ilícito.....	43
3.1 Análisis de la convergencia entre el principio de	

	Pág.
Legitimidad de los actos, la presunción legal a favor de Los últimos y la discrecionalidad en el actuar del agente Ante la inminencia del hecho ilícito.....	43
3.2 Partes de la problemática.....	58
3.3.1 Sujeto activo.....	58
3.3.1.1 Detención ilegal material realizada por una autoridad.....	59
3.3.1.2 Detención dolosa por particular en casos no legitimados aunque con intención de colaborar con la autoridad.....	61
3.3.1.3 Detención abusiva por particular en casos no legitimados aunque con intención de colaborar con la autoridad.....	62
3.3.1.4 Detención errónea por particular en casos no Legitimados, pero con intención de colaborar con la autoridad.....	62
3.3.1.5 Detención legítima por particular, pero sin intención de colaborar con la autoridad.....	63
3.3.1.6 Detención ilegal formal realizada por un particular.....	63
3.3.1.7 Los funcionarios que actúan como particulares y por móviles privados.....	64

	Pág.
3.3.1.8 Autoridades y funcionarios públicos especialmente obligados a detener.....	65
3.3.2 Sujeto pasivo.....	66
3.3.2.1 Las autoridades o los funcionarios públicos como sujetos pasivos.....	66
3.3.3.2 Los extranjeros como sujetos pasivos.....	67
3.3.2.3 Los detenidos o presos como sujetos pasivos.....	67

CAPÍTULO IV

4. Diferentes clases de detenciones.....	69
4.1 Concepto de detención.....	69
4.1.1 Concepto de detención material.....	69
4.1.2 Concepto de detención legal.....	72
4.2 La detención en la legislación internacional.....	73
4.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	73
4.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	73
4.2.3 Convención Americana de Derechos Humanos.....	75
4.3 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.....	76
4.4 Supuestos de detención legal.....	77
4.5 Garantías constitucionales detentivas básicas.....	78
4.6 El problema de la flagrancia.....	80

	Pág.
4.6.1 Delitos preflagrantes, flagrantes y postflagrantes.....	82
CAPÍTULO V	
5. Análisis del contexto guatemalteco.....	89
5.1 Lo que indica la ley.....	89
5.2 Interpretación del resultado del análisis de informes policiales de detención.....	94
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	103

(i)

INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación al referirse a la detención, hace alusión a la legitimidad de los actos que lleva adelante el funcionario público. Por ello, se genera una presunción a favor de las acciones oficiales por el valor funcional que representa la legitimidad de sus actos, existiendo un interés en mantener el principio de que el poder público se ejerce conforme a derecho. Obviamente, esta presunción encuentra su contrapeso cuando se produce el exceso en el límite de sus atribuciones por parte del funcionario actuante o se vulnera injustificadamente los derechos de los particulares.

Así, con este antecedente es preciso delimitar y analizar el campo de actuación de los principios de la doctrina norteamericana que adoptara nuestro sistema de administración de justicia, siendo ellos los de *causa probable*, *sospecha razonable* y de *The Whole Picture*, (el cuadro entero) o de consideración de la totalidad de las circunstancias y, específicamente si aquella presunción colisiona con los principios enumerados o si ambos (presunción y dichos principios) coexisten entre sí en la faz práctica. Por lo tanto el presente trabajo se centra en el estudio del ejercicio coercitivo que es llevado adelante por el funcionario público ante un caso de *causa probable* o de *sospecha razonable*, y si ese actuar en dicho contexto es ajustado a los principios que legitiman su función o, contrariamente a lo expuesto, colisionan

(ii)

con los últimos transformándose dicha acción en un exceso en el límite de sus atribuciones.

La problemática central radica en analizar la conducta del funcionario público que a raíz de la inmediatez del hecho acaecido debió actuar motivado por el principio de *causa probable* o de *sospecha razonable* careciendo en ese preciso momento de los títulos que legitimarían su actuar (la orden de detención, entre otros) y debiendo dar curso a los acontecimientos conforme a su discrecionalidad ejerciendo el acto coercitivo contra el individuo en evidente situación de sospecha ante la eventual tentativa o consumación de un ilícito.

Para cumplir con ese objetivo, el presente trabajo se encuentra dividido en cinco capítulos, desarrollando cada uno los aspectos que se encuentran íntimamente relacionados con la problemática que presenta la detención en la forma que hemos mencionado. De esta forma, el capítulo uno desarrolla las doctrinas de *causa probable*, *sospecha razonable* y de *The Whole Picture*, así como el análisis de cada uno de estos elementos de la jurisprudencia norteamericana. El capítulo dos se centra en el estudio de la figura del funcionario público y su definición, así como la equiparación ocasional de los particulares a los funcionarios públicos, en ocasiones excepcionales.

(iii)

En el capítulo tres, se analiza la detención legal, la flagrancia y la discrecionalidad en el actuar del funcionario ante la inminencia del ilícito penal; para esto, el estudio se ha desglosado en el análisis de la convergencia entre el principio de la legitimidad de los actos y la presunción legal a favor del funcionario, así como la definición de los distintos tipos de detención ilegal que contempla la doctrina las disposiciones contenidas al respecto en la legislación.

Más adelante, en el capítulo cuatro, el estudio de la detención, su definición y configuración a través de la legislación nacional y los principios contemplados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos son el aspecto desarrollado con alguna minuciosidad para que cada uno de los detalles que lo conforman sean expuestos con suma claridad. Luego, es desarrollado el problema de la flagrancia, así como las consideraciones que pueden clasificarla en previa o posterior (cuasiflagrancia).

Ya en el capítulo cinco, el estudio se focaliza en la situación de nuestro país en relación con los aspectos detallados en los capítulos anteriores, incluyéndose para los fines que nos hemos propuesto, una breve exposición estadística para ilustrar el momento nacional del problema estudiado.

Los métodos que se usaron en la presente trabajo fueron los siguientes:

Analítico: Este método permitió la descomposición de todo en partes, y de importancia para el actual trabajo de investigación para el conocimiento de la

(iv)

importancia de la Causa Probable y Sospecha razonable ante la inminente detención de una persona sin orden judicial.

Sintético: En el mismo se estableció una síntesis acerca del problema actual existente en Guatemala relacionado a la detención de un sospechoso sin orden judicial.

Inductivo: En el presente trabajo de investigación se utilizó para determinar las deficiencias encontradas entre los informes policiales en relación a la causa probable y sospecha razonable.

Deductivo: En el presente trabajo de investigación fueron analizados los adelantos y los atrasos de nuestra legislación y nuestro sistema penal visto desde el punto de vista de las detenciones.

Histórico: Con las doctrinas y teorías de famosos jurisconsultos desde tiempos atrás, aplicadas a la causa probable y sospecha razonable.

Con relación a las técnicas empleadas se utilizaron las fuentes directas, al analizar la legislación guatemalteca y; las fuentes indirectas mediante la elaboración de fichas bibliográficas, de análisis y de contenido

La teoría se basa en que el Estado a los fines de evitar la transgresión al orden normativo legal, requiere del otorgamiento de una facultad legal que establezca para el deber jurídico de su actuar una protección en el campo penal y es justamente el principio de legalidad el que exige la vigencia de una

(v)

norma que a nivel del tipo o de la justificación autorice la obligatoria intervención del Estado en el cumplimiento de sus funciones esenciales por lo que la acción libre del funcionario público, mientras permanezca legítima, es adecuada a derecho.

Para concluir, es necesario resaltar que la consolidación del Estado de Derecho en Guatemala, tiene como asignatura pendiente la de su propio sistema de administración de justicia; un estudio como el presente pretende ser, en todo caso, una pequeña contribución a esa tarea que es la de cada uno de los miembros del colectivo social guatemalteco.

CAPITULO I

1. DOCTRINAS DE LA CAUSA PROBABLE Y SOSPECHA RAZONABLE

1.1 Origen

El origen de las doctrinas que estudian la sospecha razonable y la causa probable, se encuentra en la legislación penal y la jurisprudencia de los Estados Unidos. Ha sido esta nación, la que en el desarrollo de sus principios constitucionales, ha explicado con amplitud en qué consiste cada uno de ellos, como garantías para las personas que pudieran ser sujetas de persecución penal. En el desarrollo de este capítulo se irá exponiendo en qué consiste y las características de cada uno de ellos.

1.2 Doctrina de la sospecha razonable

Este principio encuentra su antecedente en el caso "Alabama vs. White" 496, U.S. 325 (1990).

En este caso la policía interceptó un vehículo sobre la base de un llamado anónimo en el que se alertaba que en aquél se transportaban drogas, lo que efectivamente ocurrió.

La cuestión a resolver era si esa información, corroborada por el trabajo de los preventores constituía suficiente fuente de credibilidad para proporcionar "sospecha razonable" que legitime la detención del vehículo.

La Suprema Corte consideró legítima la detención y requisa, puesto que dijo "sospecha razonable" es un estándar inferior del de "causa probable" ya que la primera puede surgir de información que es deficiente en calidad – es menos confiable - o contenido que la que requiere el concepto de "probable causa", pero que en ambos supuestos, la validez de la información depende del contexto en que la misma es obtenida y del grado de credibilidad de la fuente¹.

La sospecha razonable es una medida legal en la legislación de los Estados Unidos, por la que una persona puede ser involucrada con actividades delictivas, basándose en hechos articulables e inferencias. Es la base para una investigación por la policía, y requiere menos evidencia que la causa probable, exigencia legal para órdenes de detención. La sospecha razonable es evaluada usando la medida "persona razonable" u "oficial razonable", en la cual dicha persona en las mismas circunstancias podría razonablemente creer que una persona ha sido, es o está por ser relacionada en actividades delictivas; ésta sospecha no un mero presentimiento.

La policía puede también, basada en la sospecha razonable de una amenaza contra la seguridad, cachear a un sospechoso en busca de armas, pero no por otro tipo actos, como tráfico de drogas. Una combinación de hechos

¹ García Morillo, Joaquín. El derecho a la libertad personal. Universitat de Valencia. 1995, Pág. 57

particulares, que individualmente serían inocuos, puede conformar la base de una sospecha razonable.

En el caso *Terry v. Ohio*, la Corte Suprema dictaminó que una persona puede ser detenida y cacheada por un oficial de policía basándose en una sospecha razonable. Tal detención no viola la prohibición de la Cuarta Enmienda sobre búsquedas no razonables y confiscaciones. En el caso *Hiibel v. Corte del Sexto Distrito Judicial de Nevada*, a la corte además estableció que una persona puede ser requerida de su identificación por un oficial de policía durante un *puesto de rutina*. Un arresto no es permitido basándose en la sospecha razonable; la causa probable es requerida para un arresto. Asimismo, un individuo no tiene por que ser exigida de responder cualquier otra pregunta durante un *alto* de rutina, y la detención debe ser breve.

La jurisprudencia norteamericana ha establecido que un alto para una sospecha razonable es apropiado en los siguientes casos: cuando una persona posee algunos objetos particulares que son usuales en la comisión de delitos y su conducta es extraña; cuando una persona encaja en la descripción de un sospechoso, o cuando una persona huye al advertir la presencia de oficiales de policía. Sin embargo, una sospecha razonable no se aplica simplemente

*porque una persona se niega a responder preguntas, no permite un cacheo voluntario o es de una raza o etnia sospechosa*².

1.3 Doctrina de la causa probable

Ha sido desarrollada en el precedente "Terry vs. Ohio"^{392,U.S., 1, 1968}, en la cual la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica convalidó la requisa y detención sin orden judicial efectuada por un policía al advertir que extraños actuaban de "manera sospechosa", ocasión en que se les aproximó y luego de identificarse y girar alrededor, palpó sus ropas y encontró una pistola en el bolsillo del individuo sospechoso. Luego fue condenado y se admitió el arma como prueba, pese a las objeciones de la defensa.

Para llegar a este resultado el tribunal sostuvo que "cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de la investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona a efectuar una revisión

² Ibidem.

limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podían usarse para asaltarlo³.

Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas".

Entonces, la *causa probable* se refiere al criterio por el cual un oficial de policía lleva a cabo un arresto, un registro personal o de alguna propiedad, u obtener una orden de arresto. También se refiere al criterio por el cual el Gran Jurado cree que un acto ilícito ha sido efectivamente cometido. Este término proviene de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

El derecho de la población a tener seguridad sobre su propia persona, casa, cosas, bienes, contra registros y decomisos sin fundamento no puede ser vulnerado, y ninguna orden judicial puede permitirlo, a excepción de la causa probable, apoyada por información veraz, y describiendo minuciosamente el lugar a ser registrado, y las personas o cosas a ser incautadas.

La definición anterior más común podría ser "una creencia razonable de que un delito ha sido cometido" tal como lo establecen el artículo 13 de la Constitución Política de la República: Motivos para auto de Prisión, y el artículo 257 del Código Procesal Penal: Apreensión. Una definición alternativa es

³ Ibidem.

"razón para creer que un daño tiene un origen delictivo, que es sostenida por ser más protectora de los derechos individuales como fueron entendidos por los autores del *Bill of Rights*. (Bill de derechos)

En el contexto de las órdenes de detención, la *Oxford Companion to American Law* define la *causa probable* como "información suficiente para justificar a cualquier persona prudente que el individuo señalado ha cometido un ilícito (para una orden de arresto) o que la evidencia de un delito o contrabando puede ser encontrada en un allanamiento o registro (en caso de las órdenes de registro). La causa probable es un criterio más fuerte de evidencia que la sospecha razonable, pero más débil que cuando es requerida para asegurar la "convicción criminal". Incluso los rumores pueden proveer una causa probable si provienen de una fuente fidedigna o si es apoyada por otra evidencia⁴.

La decisión Judicial Suprema Illinois v. Gates (1983) bajó el umbral de causa probable gobernando que una "oportunidad sustancial" o la "probabilidad justa" de actividad delictiva pudieran establecer la causa probable.

La decisión en Terry v. Ohio (1968) estableció que algunas detenciones pueden hacerse sin la causa probable. Si un funcionario tiene una sospecha razonable que un crimen se ha cometido o se cometerá pronto, puede detener a un sospechoso brevemente para registrarlo en busca de armas y cuestionarlo. Esto está conocido como una "Detención Terry".

⁴ Hall, Kermit. The Oxford Companion to American law. Oxford University Press. 2002. Pág. 167

La Cuarta Enmienda tiene dos cláusulas. La primera establece que los ciudadanos tienen derecho a ser protegidos de búsquedas irracionales y registros, y la segunda establece que no se emitirá ninguna orden al respecto sino cuando exista una causa probable. Los orígenes de la segunda cláusula, el requerimiento para la causa probable, se encuentran en la historia colonial inglesa y Americana. Previo a la configuración de la Constitución, el gobierno tenía virtualmente una potestad ilimitada de creer, correcta o incorrectamente, que cualquier objeto ilegal que se estuviera buscando podría encontrarse de cualquier manera. En Inglaterra, esta potestad tomó la forma de lo que llamaron "justificaciones generales"; en la etapa de colonización de los Estados Unidos, fueron llamados "mandatos de asistencia". Para proteger en contra de los abusos de esta clase de potestad, los constituyentes agregaron el requerimiento de una causa probable.

El requerimiento de la causa probable es, de cualquier manera, más importante que la cláusula de razonabilidad. No todas las búsquedas y registros requieren una justificación (por ejemplo, registro de automóviles, arresto en un lugar público), pero la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, ha interpretado que las búsquedas y registros sin justificación son irracionales si no son precedidos por una causa probable. Esto significa que como regla general, la mayoría de búsquedas y registros requieren la causa probable.

La causa probable es un ejemplo del intento de la ley adjetiva de balancear o acomodar los intereses en competencia. Por un lado, protege de intrusiones arbitrarias dentro de la libertad y privacidad, pero por otro, otorga suficiente margen para las autoridades al no tener la fuerza de una medida más allá de una duda razonable. La Corte Suprema ha indicado que las excepciones a la causa probable serán pocas en número. La Corte Suprema ha referido a su interpretación de causa probable, como la "sabiduría acumulada del precedente y la experiencia"⁵.

El significado exacto de *causa probable* es un tanto incierto. La mayoría de debates académicos se han centrado en las diferencias entre "más probable que no" y "posibilidad substancial". El primero involucra los elementos de certeza y conocimiento técnico. El segundo conlleva elementos de justicia y sentido común, aunque la discusión en este punto está referida a lo que se entiende precisamente por "sentido común". La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el rumor, la mera sospecha e incluso la fuerte razón para sospechar no son equivalentes a la *causa probable*. Al pasar el tiempo, al menos tres definiciones han emergido:

- La causa probable sucede cuando hechos conocidos y circunstancias, de una razonable y confiable naturaleza, son suficientes para justificar en

⁵ Witt, Elder. *The Supreme Court Yearbook*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1991. Pág. 342

un individuo prudente la creencia de que un hecho delictivo se ha cometido o está siendo cometido. (Draper v. U.S. 1959)

- La causa probable es lo que indicaría a cualquier individuo razonable y prudente, creer en el vínculo entre un hecho delictivo y una o varias personas. (*algunas veces es llamada la definición del nexa; el nexa es la conexión entre la participación de la persona, y elementos de actividad criminal; el nexa determinante es el trabajo de un oficial judicial, y es casi siempre requerido en casos de registros*)
- La causa probable es la suma total de los estratos de información y síntesis de lo que la policía ha escuchado, conocido u observado por oficiales entrenados (*Smith v. U.S. 1949 estableciendo el nivel del oficial de policía experimentado*)

Por supuesto, hay otras definiciones, y es un hecho de vida en la justicia criminal, que diferentes oficiales usan diferentes definiciones. Los jueces siempre tendrán la última palabra en la causa probable. La excepción de Buena Fe a la regla de exclusión protege la policía en algún margen de error cometido por los magistrados. La Sexta Enmienda también requiere que una persona arrestada sin orden debe ser presentada ante magistrado sin ningún retraso. Esto es llamado la *Primera Comparecencia*, e implica una afirmación judicial de una causa probable. Muchas jurisdicciones todavía contemplan la llamada "Audiencia Preliminar", que implica la determinación de si existen motivos

razonables para creer que alguien es culpable. Los modernos sistemas de las cortes, combinan la Primera Comparecencia y la Audiencia Preliminar dentro de una Audiencia de Causa Probable.

- Hay algunas otras cosas de otras áreas del derecho que tienen relación con la regulación de la causa probable. Una de esas es el área de la privacidad. Un registro es de muchas formas una violación de la privacidad. Por lo tanto, la definición de privacidad, prevalece en muchas formas sobre el requerimiento particular.

1.3.1 Fuentes de la Causa Probable

El empuje básico de la ley en esta área es que hay algunas Fuentes de causa probable que necesitan ser complementadas por otras Fuentes, y también hay algunas Fuentes que son suficientemente buenas por sí mismas. No hay necesidad de adherirse a una prueba de la totalidad de las circunstancias, o un formato especial de listado⁶. La ley hace uso amplio de los precedentes en otras áreas de ley procedimental y de evidencia. La mayoría de las Fuentes puede ser categorizada en cuatro grupos:

- Observación – Estas son cosas que de las que el oficial de policía obtiene conocimiento por medio de los sentidos; pero esta categoría debería incluir las clases de inferencias que pueden ser hechas cuando el oficial

⁶ Carlos, Meter y Randy Means. Probable cause and reasonable suspicion. St. Louis, Mo. Alert&Able. 1998. Pág. 189

de policía experimentado logra detectar un patrón oficial (de actividad criminal) que contiene una serie de comportamientos sospechosos. (como circular la cuadra dos veces mientras un auto blindado se encuentra cargando frente a un banco).

- **Experticia** – Son el tipo de situaciones para las que el oficial de policía ha sido especialmente entrenado, tales como identificación de pandillas, reconocimiento de herramientas para delinquir, la habilidad para leer graffiti y tatuajes y otras técnicas dirigidas al conocimiento certero de gestos, movimientos o preparativos tendientes a indicar que sucederá cierta conducta criminal.
- **Evidencia Circunstancial** – Esta es la evidencia que señala hacia otros sospechosos o a alguna coartada, y por un proceso de eliminación, la única probable conclusión de que la persona o las cosas halladas se encuentran relacionadas con un hecho delictivo.
- **Información** – Esta es una amplia categoría que incluye informantes, declaración de testigos y víctimas, y anuncios vía boletines policiales, transmisiones radiales y vista domiciliar.

Se puede dividir estas categorías de la siguiente forma:

A. Fuentes directas de la causa probable (Fuentes oficiales de conocimiento)

HUIDA – El intento de huir, evadir o eludir, es en la legislación de evidencias una presunción de culpabilidad. No es por sí misma suficiente para la causa

probable, pero resultará con seguridad en una persecución y detención bajo custodia. El caso *Wong Sun v. U.S.* (1963) relaciona sospechosos que corren o se esconden detrás de una puerta como causa probable, sin embargo, se han dado otros casos en los que la conducta sospechosa como dejar caer paquetes o usar teléfonos sin hablar ha sido omitido.

MOVIMIENTOS FURTIVOS -- "Furtivo" significa secreto u ocultamiento, y la ley requiere una totalidad de circunstancias en este caso. El movimiento no puede ser simplemente considerado como un gesto inocente (ver repetitivamente hacia ambos lados antes de cruzar la calle). El simple nerviosismo no es suficiente porque la ley reconoce el derecho de los individuos de mostrarse inquietos o temerosos ante la presencia de la policía. El movimiento no puede tampoco ser considerado como una señal de la condición mental.

OBSERVACION DE EVIDENCIA REAL -- "Evidencia real" es evidencia demostrativa que habla por sí misma. La mayoría del tiempo, esa clase de cosas se encuentran en una vista simple (binoculares y cámaras se permiten al interpretarse como extensiones de los sentidos, pero no se puede usar un microscopio portátil para analizar fibras en el pasto, etc.) Las huellas de pies frescas es un buen ejemplo, y la lista incluye impresiones, modelos, diagramas, fotos, video y animación por computadora..

PROPIEDAD ADMITIDA – Involucra, por ejemplo, un tipo de consentimiento en el cual una persona accidentalmente vacía el contenido de sus bolsillos, y la policía le pregunta si le pertenecen, y la respuesta es “sí”, y entonces el agente de policía lo revisa y encuentra objetos de contrabando, se puede decir que hay una causa probable para un cacheo y registro.

RESPUESTAS FALSAS O IMPROBABLES – Normalmente, esta no constituye por sí misma una base para la causa probable, pero tiende a provocar la subsiguiente acción policial. Los ejemplos pueden incluir una persona siendo preguntada a quién pertenece determinado vehículo, y la respuesta es “mi primo”, pero no dice el nombre del pariente. O una chica atiende la puerta y dice que el apartamento se encuentra arrendado bajo el nombre de su novio, pero ella no sabe qué clase de vehículo conduce su novio.

PRESENCIA EN LA ESCENA DEL CRIMEN O EN UNA ÁREA DE ALTA CRIMINALIDAD – La policía tiene más facultades en escenas de crimen para dirigir algo, pero en áreas de alta criminalidad, esta fuente de causa probable es definitivamente insuficiente por sí misma, y podría ser un ejemplo de nulidad bajo la excusa de doctrina muy leve aplicable a la vagancia. Sin embargo, hay dos clases de reglas la "decisión conjunta" que establece que cada persona en la casa puede ser sujeto de registros

y cacheos si las drogas o el contrabando se encuentran en un lugar prominente. La prueba de la totalidad de circunstancias se aplica en áreas de alta criminalidad donde a) el vecindario tiene cierta reputación; b) Hay una secuencia típica de eventos; c) hay fuga o intento de fuga; y d) presencia de movimientos furtivos.

ASOCIACION CON DELINCUENTES CONOCIDOS – No es suficiente por sí misma para causa probable, excepto con algunos crímenes, como conspiración, falsificaciones. La asociación con un conocido distribuidor de drogas también puede ser incriminante en algunos casos. El caso más común involucraría actuar como vigilante para otro.

CONDUCTA CRIMINAL ANTERIOR – El conocimiento personal de un oficial de policía del pasado de un sospechoso, puede ser considerado para establecer la probable causa también. En la mayoría de casos, sin embargo, el conocimiento de esta información es considerado por la ley como relevante, pero no suficiente.

NEGACION A DECLARAR BAJO PROTESTA – Esta es, también, una presunción. Las personas inocentes normalmente reaccionarán con más fuerza ante ciertas acciones de la policía que son incriminantes. Esta no puede ser utilizada, definitivamente, como base para una probable causa, pero lo interesante es que la policía lo tiene en dos vías. Así, una

persona que actúa extremadamente complaciente puede tener algo que ocultar⁷.

B. Fuentes indirectas de causa probable

Los rumores son una fuente de información de segunda mano. Las situaciones más comunes involucran informantes. La historia de la Ley de Informantes ha evolucionado de la siguiente forma:

- Test Aguilar (1964) – Una prueba de dos aspectos requiriendo la declaración bajo juramento de las circunstancias subyacentes de cómo el informante obtuvo ese conocimiento y prueba de la veracidad del informante, o récord de fiabilidad.
- Test Spinelli (1969) – Una prueba sobre tres aspectos, requiriendo los elementos del Test Aguilar más el cálculo de cuán exacta es la información proporcionada desde una perspectiva policial.
- Test Gates (1983) – Este reemplazó a los Aguilar-Spinelli con una prueba de la totalidad de circunstancias, requiriendo a la policía pensar como ofensor y como una persona razonable (examen objetivo y subjetivo).

La causa probable se origina en el propósito del *Bill of Rights* (*Bill de derechos*) de proteger a los individuos de los abusos cometidos por el gobierno. Pero si la

⁷ Means, Randy et al. Probable cause and reasonable suspicion. St Louis, Mo.: Alert & Able, 2005. Pág. 233

causa probable es simplemente la razón para creer que un delito ha ocurrido, entonces es la determinación subjetiva de "una persona", el oficial de policía, y un agente de gobierno. Esta interpretación ofrece a la población una pequeña protección en contra del acoso, dado el número de leyes oscuras a las que las personas se encuentran sujetas. Tal definición daría a la población amplios poderes para detener a cualquier persona sin razón.

Luego, la causa probable es "una razón para creer que un daño tiene una causa criminal⁸".

Aquí hay un ejemplo de cómo el requerimiento de la Constitución de los Estados Unidos para la causa probable se supone que ayuda. El señor Vic Tem aparece muerto con un cuchillo insertado en la espalda. Es claramente un Homicidio. Ahora, pretendamos que lo que nosotros creemos que el Homicidio fue cometido por el socio del señor Vic Tem, Bad Bart. Pero, ¿qué evita que la policía arreste a Joe Decent en la calle y lo acuse del Homicidio? Respuesta: la causa probable, o hechos ciertos vinculando a Joe (el acusado) con la muerte de Vic Tem. ¿Testimonio? ¿Motivo? ¿Oportunidad?

Así, si un ciudadano hace una denuncia, y un cuerpo de autoridad (como el Gran Jurado), puede razonablemente asegurar: "El acusado probablemente causó el daño a la víctima", entonces hemos conocido el requerimiento constitucional y el origen de la frase se aclara (podría alternamente ser

⁸ Ibidem.

interpretada como "probable causa de acción", pero no hay diferencia, porque una "causa" es un reclamo, que requiere un derecho, un daño y una petición de restitución⁹

La causa probable requiere hechos ciertos vinculando al acusado con el daño.

Realmente hay más que eso, por ejemplo, un daño cierto causado a una persona puede ser un simple accidente, por eso debe demostrarse que el daño fue intencional y malicioso. Sin embargo, hay que recordar que si no hay víctima, o la víctima no ha sufrido ningún daño, entonces no hay causa probable. La mayoría de detenciones en los Estados Unidos comienzan como ofensas de tráfico, en las que no hay parte ofendida: velocidad, no utilizar cinturón de seguridad, licencias vencidas, etc. En ausencia de cualquier daño, todas ellas carecen de causa probable, y son así, inconstitucionales.

Así, de acuerdo a la Constitución, la causa probable requiere antes de la acción policial, un daño previo. Cuál es el daño previo cuando un agente de policía detiene a alguien por exceso de velocidad? o por no utilizar cinturón de seguridad? o cuando detiene una prostituta o un cliente de ésta?

⁹ Miller, Gary. *Drugs and the law: detection, recognition & investigation*. Gould Publications. Charlottesville, 2005. P. 78.

1.4 Doctrina de *The Whole Picture*

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido que para determinar si existe "causa probable" o "sospecha razonable" para inspecciones y requisas se debe considerar la totalidad de las circunstancias del caso (the whole picture).

Así se pronunció en "United States vs. Cortez" 449, U.S., 411, 417 (1981) y en "Alabama vs. White", en los que dijo que en supuestos como los nombrados deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que, basadas en aquellas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con el hecho ilícito.

La consideración de la "totalidad de las circunstancias" tuvo especial relevancia en el caso "Illinois v. Gates" 462, U.S, 213 (1983) en donde se cuestionaba la información proveniente de un anónimo, en el que la Suprema Corte manifestó que si bien el anónimo considerado en forma exclusiva no proporcionaba fundamento suficiente para que el juez pueda determinar que existe "causa probable" para creer que podía hallarse contrabando en la vivienda y en el automóvil de los acusados, sin embargo, puntualizó, es necesario ponderar algo mas que es "la totalidad de las circunstancias", ello debido a que éste es un criterio mas consistente que el anterior tratamiento de la existencia de una "causa probable", desarrollada en los casos "Aguilar vs. Texas" 378, U.S., 108 (1964) y "Spinelli vs. United States" 393, U.S. 410 (1969) en los

que se descalificó la noticia proveniente de un informante debido a que no se establecían las razones para poder afirmar que aquel era "creíble" y que su información era "confiable"¹⁰.

¹⁰ White, Welsh. Criminal procedure: constitutional constraints upon investigation and Prof. Lexis Nexis, Newark. 2004. Pág. 122

CAPITULO II

2. CONCEPTOS DE FUNCIONARIOS Y SUJETOS ACTIVOS

2.1 CONCEPTO DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece la estructura y el funcionamiento de los órganos administrativos. Además de la estructura y funcionamientos de los Organismos de Estado, la Constitución regula otros organismos de control administrativo, como La Procuraduría de los Derechos Humanos encargada del control y defensa del respeto de los Derechos Humanos, establecidos en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, la Contraloría General de Cuentas la cual es la encargada de la fiscalización de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, asimismo el Ministerio Público, el cual debe velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, basados en Principios FUNDAMENTALES (Principios de legalidad y juridicidad). En la legalidad lo fundamental es la ley y estos órganos no pueden actuar si no existe una norma legal que le otorgue competencia para poder actuar, asimismo la juridicidad significa someter los actos, decisiones o resoluciones al derecho.

Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente sometido a un orden jurídico, siendo por lo tanto Estado de Derecho; podremos entonces afirmar que las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la

Carta Fundamental son, sin distinción alguna, derechos subjetivos de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamenta el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable.

La Constitución como ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley SUPREMA; pero aún más, es una ley superior al común denominador de las leyes del orden jurídico interno del Estado. La superioridad CONSTITUCIONAL consiste en que las leyes inferiores no pueden derogarla, ni contradecirla, incumplirla por acción u omisión, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar ni alterar sus disposiciones, pues eso importaría precisamente aquello. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación del interesado mediante una Acción de Amparo o Inconstitucionalidad; cuando el legislador descuida un principio o norma constitucional, es al juez a quien le corresponde aplicarla en los casos concretos¹¹.

Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en antijurídico todo lo que la viole, y si lo que la viola es por ello mismo insusceptible de aplicación por la interposición de reclamo por el planteamiento de la Acción de

¹¹ Calderón Morales, Hugo. El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Guatemala. Consultado en <http://www.usfq.edu.ec/foro/05.pdf>. El 15-01-2007.

Inconstitucionalidad, es evidente que ello se debe a que la Constitución, aun con referencia a las leyes parlamentarias, es suprema luego del orden jurídico internacional solamente en materia de Derechos Humanos. Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes: los actos de gobierno deben respetar la Constitución; luego, dentro del Estado, la Constitución bajo un orden supranacional es la máxima expresión de la juridicidad.

Esa supremacía que la Constitución comparte con normas superiores no es por supuesto moral o ética: se trata de una supremacía jurídica, lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva del Estado, puedan perder validez e imperatividad en algún caso. Decir que una ley o un acto administrativo puedan perder juridicidad e imperatividad en algún caso, importa a su vez afirmar que aquello que destruye dicha juridicidad, es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: de otra manera la hipótesis resultaría absurda.

Y bien, a pesar de que la supremacía jurídica va enlazada a la suprema imperatividad o fuerza coactiva, no siempre se admite con seguridad lo segundo. Que la Constitución o los tratados de derechos humanos o derecho comunitario sean supremos, nadie lo discute; pero que sean imperativos, es decir, normas vigentes y obligatoriamente aplicables en todo momento, a toda

circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto de frecuentes dudas expresas o implícitas.

En fin, lo importante de establecer es que la Constitución es la base principal del actuar de la Administración Pública y el Estado Constitucional que los tres organismos del Estado, deben respetarla, cumplirla, cuidarla y no violarla ni con la más mínima actuación.

En este contexto, el funcionario público es aquel trabajador que pertenece a un organismo del Estado, el cual puede representar a cualquier poder público que exista, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial.

Generalmente, estos organismos son el Gobierno, el Congreso o Parlamento, los tribunales, y todos aquellos organismos que no pertenezcan al sector privado.

El funcionario es un trabajador por cuenta ajena, por lo que lleva a cabo un contrato laboral con el Estado. Sin embargo, dicho contrato suele tener bastantes diferencias con respecto a los contratos laborales privados. Entre otras, estas diferencias suelen ser:

- Una mayor seguridad, debido a la mayor fortaleza del Estado frente a empresas privadas.
- Un salario algo inferior al de mercado.

- Condiciones laborales más beneficiosas para el trabajador (horarios, vacaciones, excedencias, etc.).
- Presenta conflictos de competencia con muchas actividades aparte de la de funcionario. Existen muchas prohibiciones para ejercer un segundo empleo.
- En un Estado de derecho, suele exigirse para una selección por sistemas objetivos. Suele utilizarse el sistema de la oposición.
- Una regulación específica.

Para Entrena Cuesta¹², el concepto de funcionario público es uno de los más imprecisos de cuantos se manejan por la doctrina jurídica administrativa, debido a la discrepancia entre su sentido vulgar y técnico y a la diversidad de criterios con que se emplea el dicho positivo.

Así, 1) el RAE es el empleado público, con lo que en la práctica vendría a atribuirse a todo el personal técnico al servicio de la admón.; y 2) también pueden definirse como "Personas incorporadas a la administración pública por una regulación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo".

De ello podemos deducir su incorporación a la administración, la prestación de servicios profesionales, su retribución con cargo al Estado y su regulación por normas de derecho administrativo¹³.

¹² Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1965. Pág. 35

¹³ Palomar Olmeda, Alberto: *Derecho de la función pública*. Madrid: Dykinson, 1996. Pág. 17

Según el ámbito geográfico en el que sirven, los funcionarios pueden ser: admón. estatal, autonómica, local, institucional.

Según su permanencia: de Carrera, los que nombrados legalmente desempeñan servicios permanentes y figuran en planilla. Los funcionarios de carrera se integran en Cuerpos o Escalas, según pertenezcan a la administración o sus organismos autónomos, que pueden ser Departamentales (adscritos a un departamento ministerial) o Interdepartamentales. También se habla de Cuerpos Generales y Especiales, según funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa o no.

Todo funcionario público debe fidelidad a la Constitución y al regular la fidelidad se refiere a que en todos los actos debe observar estrictamente el apego en sus decisiones a la misma, por esa razón los funcionarios deben hacer el protesto correspondiente antes de ejercer la función pública.

Los funcionarios son responsables por infracción a la ley, lo que se encuentra regulado en el artículo 155 de la Constitución y preceptúa: *“Cuando un dignatario, funcionario o empleado del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causen.*

La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. *La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena.*

Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles”.

Se encuentra regulado en este artículo, la solidaridad que tiene las instituciones administrativas y el Estado en general, con los funcionarios públicos que puedan causar responsabilidades civiles contra particulares.

Al hablar de Administración pública y de acuerdo con el sistema que define la actual constitución española, la ley se refiere a todas las Administraciones: del Estado, de las Comunidades Autónomas, así como la Administración Local.

El funcionario, es un *profesional* al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con ellas no es laboral sino estatutaria. El ordenamiento español habla de un estatuto de la Función Pública, que todavía está en fase de elaboración, y de momento se rige por la anterior normativa y por el resto de normas complementarias.

Esta relación de servicios profesionales retribuidos supone un régimen especial del funcionario, con especialidades a su vez para determinados cuerpos funcionariales (ejército, policías...).

El funcionario forma parte de la categoría más amplia de empleados públicos, junto con el personal laboral. Es decir, las Administraciones pueden tener funcionarios y trabajadores por "contrato laboral" que se regirán por el Estatuto de los trabajadores y demás normas laborales, al igual que el empleado de una empresa privada.

Los funcionarios pueden ser de carrera o de empleo (eventuales o interinos), en función de su forma de incorporación a la administración.

Luego, el funcionario de carrera es aquel que en virtud del nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes planillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal del Presupuesto General del Estado.

En cambio, son funcionarios interinos los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia.

Por tanto, la característica que los diferencia esencialmente de los funcionarios interinos es la no permanencia en el puesto.

Los Funcionarios eventuales, prestarán sus servicios con carácter transitorio, en puestos de trabajo calificados expresamente como de confianza o asesoramiento especial, correspondiendo al gobierno fijar los puestos de trabajo reservados para este personal, con sus características y retribuciones, dentro del crédito presupuestario consignado al efecto. Deberán en todo caso figurar en las Relaciones de Puestos de Trabajo correspondientes. El cese de la autoridad a la que preste su función implica el cese automático del funcionario eventual.

El acceso de los funcionarios de carrera a la función pública debe hacerse por medios que garanticen la igualdad, mérito y capacidad de los candidatos. Los métodos más usuales para dicho acceso son la oposición y el concurso-oposición. Se trata de una serie de pruebas y exámenes, en concurrencia competitiva, que valoran los conocimientos (realización de pruebas orales o escritas relativas a un temario) y méritos (años de antigüedad, cursos realizados, licenciaturas...) de los candidatos.

El número de plazas ofertado anualmente por la administración es reducido, por lo que solo los mejores optarán a una plaza de carrera en las administraciones públicas.

El acceso a plazas de interino, dentro del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad mencionados, suele hacerse por métodos más simples: Es el caso de la bolsa de interinos, a la que pueden apuntarse los candidatos, aportando la documentación que se valorará para determinar el orden de prelación, por el que serán llamados a optar a plazas en la administración.

En Guatemala, la regulación legal, se encuentra en el Reglamento de la Ley del Servicio Civil, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 18-98, de la Presidencia de la República, de fecha 15 de enero de 1998. Este reglamento desarrolla lo vertido en la ley correspondiente y en su artículo 1, al referirse a los servidores públicos indica que entre los mismos se encuentran los funcionarios públicos e indica que por los mismos se conocen a las personas individuales que ocupan un cargo o puesto en virtud de elección popular o nombramiento conforme a la ley, por el cual ejerce mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad correspondiente.

2.2 LOS PARTICULARES COMO POSIBLES SUJETOS ACTIVOS

En el tema que nos interesa, dos son las cuestiones que se plantean: si los ciudadanos que realizan una detención indebida son legalmente parificables a los funcionarios públicos y si los funcionarios públicos que detienen ilegalmente a otra persona dejan de tener tal condición cuando actúan privadamente y por móviles particulares.

2.3 EQUIPARACION OCASIONAL DE LOS PARTICULARES A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Se ha venido sosteniendo que cuando un particular detiene a alguien por la comisión de un delito, adopta cierta función pública, ya que cumple con los elementos exigidos por la ley, toda vez que participa del ejercicio de una gestión pública y lo hace en cumplimiento de una disposición legal. Y se agrega que en los casos en que un ciudadano detiene legítimamente a otro, pero incumple con las garantías exigidas por la ley para que la detención así realizada sea legal, esa conducta también puede incluirse en el ámbito de las detenciones legales de funcionarios¹⁴.

Ciertamente, el particular o ciudadano que detiene a otro, por así permitírselo la ley, colabora voluntariamente y de una manera circunstancial con las autoridades y con los funcionarios públicos, por lo que momentáneamente participa en el ejercicio de las funciones públicas, al estar habilitado para ello en virtud de una disposición legal.

Ahora bien, para que sea legítima la detención realizada por un particular, han de darse los requisitos siguientes:

. Concurrencia objetiva de alguno de los casos enumerados en la ley.

¹⁴ Portilla Contreras, Guillermo. El delito de práctica ilegal detención por funcionario público. Edersa, Madrid, 1990. Pág. 4

. Valoración racional y objetivable, hecha por el particular, acerca de la detención realizada se subsume en alguno de los supuestos legalmente previstos. El particular ha de hacer un análisis sobre la concurrencia de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se halla en alguno de los casos de la ley, y además ha de justificárselo al detenido, si éste se lo exigiere. De ahí que esos motivos o indicios racionales han de ser objetivables, o sea, han de existir más allá del intelecto del particular actuante, para poderlos probar o justificar en caso de necesidad.

El artículo 257 del Código Procesal Penal dispone que en el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima.

De un lado, se exige a los particulares que detienen que realicen una valoración acerca de los motivos que tienen para detener, y además si son objetivables, o sea, si pueden apoyarse en algún dato o indicio que esté fuera de la mente de quien detiene, a los efectos de poder justificar su actuación detentiva. Esto es parificable a la exigencia de que la autoridad o el agente que detiene tenga motivos racionalmente suficientes para practicar la detención.

De otro lado, también se concede a los detenidos no sólo el derecho de exigir una adecuada justificación, ante el hecho de haber resultado detenidos, sino que también permite, en caso de no resultar cumplido, fundamentar la reclamación de una indemnización al particular que le detuvo injustificadamente, por no haber podido objetivarle los indicios o los motivos que condujeron a detenerle.

Propósito del particular de colaborar con la autoridad y de presentarle el detenido inmediatamente. De la lectura de este precepto se desprende que el particular que desea ayudar a la autoridad, mediante la detención de otro particular, ha de hacerlo procurando que la persona detenida sea presentada inmediatamente a la autoridad, tras inmovilizarla y conducirla a presencia policial o judicial.

Es claro, por tanto, que el particular que detiene legalmente a otro se convierte en un circunstancial empleado público, en el preciso instante en que materializa tal detención. Pero esto, no significa que el caso de que el particular se extralimite en su cometido y detenga indebidamente a una persona, por haber omitido cualquiera de los requisitos antes expresados, le sean aplicables los tipos delictivos agravados con que se castiga a los funcionarios públicos que practican una detención ilegal, tanto si no media una causa criminal, como si efectivamente lo hace. Sino que le será aplicable el tipo delictivo definido en el artículo 203 del Código Penal, (detenciones

ilegales), distinguiéndose los casos que el particular efectúe una detención ilegal material o una detención ilegal formal.

2.4 LA EXPRESION DE LOS MOTIVOS RAZONABLE O PROBABLE CAUSA POR INDICIOS VEHEMENTES O SIMILARES DE PRUEBA DE CULPABILIDAD

El test de la "*sospecha razonable*" es menos riguroso que el de la causa presunta, el control debe tener un nivel mínimo de justificación objetiva. La presencia de una persona, de pie, sola, en una "zona de alta criminalidad", no basta para fundar una sospecha razonable y específica de que está realizando una actividad criminal, pero las características de un lugar son importantes para determinar si las circunstancias generan suficientes sospechas como para merecer una investigación¹⁵.

Una persona tiene derecho a ignorar a un policía que se le acerca y a seguir con su propio camino. La huida no provocada, es el opuesto al acto a "*dedicarse a sus propios asuntos*", si bien no necesariamente indica la participación en una actividad criminal, "Terry" reconoce que los policías pueden controlar a las personas para comprender ciertas ambigüedades de sus conductas- Si los funcionarios no descubren hechos que den lugar a la existencia de una causa justificada deben *dejar que la persona siga su camino*¹⁶. Lo anterior se ampara en los artículos 6 (detención legal) y el artículo

¹⁵ Suprema Corte de los Estados Unidos. Smit v. Maryland, 442 US, 740 -1979 Investigaciones Secretaria de derecho comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación T. 1 (2000) Pág. 146

¹⁶ Florida v. Royer (Investigaciones T.1 (2000) cit., p. 498),

25 (Registro de personas y vehículos) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

El comportamiento nervioso evasivo, es otro factor pertinente para determinar la razonabilidad de una sospecha. Y la huida precipitada, es el acto perfecto de evasión a revisar. Si una conducta policial fue apropiada; los tribunales no cuentan con estudios empíricos sobre inferencias del comportamiento sospechoso, y esta Corte Suprema de los Estados Unidos no puede razonablemente exigir certeza científica cuando no existe. Por lo tanto, la determinación de que una *sospecha es razonable debe basarse en el sentido común* en inferencias sobre el comportamiento humano¹⁷.

Denunciar que una persona que estaba en una parada de ómnibus, llevaba un arma, no se asemeja a circunstancias de peligro tan grande; por ejemplo como un informe de que una persona lleva una bomba, como para justificar un examen en los supuestos en que no ha demostrado su confiabilidad (la denuncia previa al examen, debe demostrar *indices de confiabilidad para evaluar el conocimiento o credibilidad del informante*) no puede ser una excepción para el test formulado en *Ferry*¹⁸.

El equipaje personal de un viajero- derecho a la privacidad de su bolso - claramente constituye un "efecto" amparado por la IV Enmienda. Pueden

¹⁷ United States v. Cortez, 449 S 411, 418 -1981 Investigaciones T. 1 pag. 5 (2000)

¹⁸ Suprema Corte de los Estados Unidos, Florida v. J. L., sentencia del 28-3-2000, en 68 LW 4236. pag. 3

distinguirse de este caso exponer su bolso al público, en que el peticionante perdió una expectativa razonable de que no fuera físicamente manipulado. Porque se vinculaban a una observación solo visual y no táctil. La inspección física invasiva es más intrusiva que la puramente visual.

La Corte cambia el criterio que sostuvo en "FERNÁNDEZ PRIETO", ahora acepta la regla de exclusión, al establecer el deber de los agentes de policía a detener a las personas en *flagrante delicto* y a aquellas contra quienes haya *indicios vehementes o similares de prueba de culpabilidad* debiendo ponerlos de inmediato a disposición del juez competente.

Señala que es necesario diferenciar la inspección de una casa y la requisa de un vehículo, porque el rodado puede ser prontamente sacado de la jurisdicción o la localidad en la que aquella debe ser obtenida.

La legalidad de la requisa, depende de que, el oficial actuante tenga *razonable o probable causa* para creer que el transporte detenido lleva mercadería proveniente de un hecho ilícito.

La minoría 1) El juez Fayt dijo que la *actitud sospechosa* por la vía pública no se puede equiparar a la flagrancia de la norma procesal y no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales; 2) El juez Petrachi dijo que *sospecha suficiente* no basta porque las autoridades administrativas no pueden ordenar medidas coercitivas sin *expresar los*

fundamentos lo cual supone que los funcionarios que tienen que ser controlados especifiquen su actuación de tal forma que dicho control pueda ser efectivamente ejercido; 3) El juez Bossert La inexistencia de explicación no puede ser legitimada por el resultado obtenido pues las razones justificantes del accionar policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente; 4) El juez Fayt dijo que si en el proceso hay un solo cauce de investigación y éste estuviese viciado de ilegalidad tal circunstancia contamina de nulidad todas las demás pruebas que se hubieran originado a partir de aquel. Pero, además, es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado, si existe otro cauce.

La Casación Nacional, en "Romero Saucedo" recordó que el planteamiento de la prueba prohibida no es nada novedoso y viene desarrollándose en la doctrina alemana desde 1903 su descubridor fue Beling¹⁹. Señala que su descubridor fue Beling, que la caracterizó en su conferencia publicada como "Los límites de la averiguación de la verdad en el proceso penal". Era frase citada por la doctrina que *"No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio"*.

Esta formula de prohibición jurídica emanada de la ley es *que, el Estado se autolimita en su obligación de obtener la verdad a la filosofía que inspira una*

¹⁹ Tribunal de Casación Nacional, en Romero Saucedo Sala III del 6/3/95

sociedad democrática y a las normas jerárquicamente que regulan la vida en sociedad, se señalan (las) contradicciones en que incurriría la administración de justicia, aprovechándose de actos contrarios a la ley, tienen dos efectos, uno la afectación de fines preventivos del derecho penal, en caso de convalidarse oficialmente los ilícitos, y por el otro, el disuasorio frente a futuras irregularidades de los funcionarios.

Pero esta regla, se relaciona en el empleo de elementos de prueba que sin ser el corpus de la violación constitucional (vgr. Confesión forzada, allanamiento ilegal), se pudieran conocer o utilizar por ella²⁰.

A partir de Fiscal c. Fernandez s. /inf. Ley 20771 del 11 de Diciembre de 1990 *Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión de prueba ilegal*, la Corte se hace eco de la fuerte corriente de opinión estadounidense en el punto a que *la regla de exclusión a más de hacer pagar un alto precio muy elevado a la sociedad por la liberación de innumerables delincuentes, no cumple efectivamente la función de disuasión respecto de los funcionarios policiales*²¹.

Sobre este extremo destaca el dictamen del Ministerio Fiscal, ante la Casación en este caso de Romero Saucedo, al citar *recientes fallos del supremo tribunal*

²⁰ Caferata Nores Jose I, "La prueba en el proceso judicial, ed. De Palma Bs.As. 1994 Pág. 180

²¹ Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 U.S. 388.415 (1971) el Presidente de la Suprema Corte Americana sostuvo que "Se necesita una demostración clara de los beneficios y eficacia de la Norma de Exclusión para justificarla en vista del alto precio que cobra a la sociedad..la liberación de innumerables delincuentes culpables. ..Pero no existe una prueba empírica que respalde la afirmación de que la norma realmente disuade la conducta ilegal de los funcionarios de aplicación de la ley". Corwin Edwar S. La Constitución Americana... ob cit. Pág. 467.

norteamericano entre otros, que han despertado serias dudas acerca de la regla de exclusión Unite c. Janis, y en la obra de Corwin se cita a Stone v. Powell, y en el *período último las sentencias parecen indicar el final de un proceso en cuanto a su aplicación.*

Destaca este fallo el conflicto entre dos valores el interés por ejercitar el ius puniendi (facultad del Estado de imponer penas) y el del imputado de defender su *ius libertatis*. Resulta esencial determinar cual es el ámbito de plena eficacia de los derechos individuales, confrontar en el supuesto específico los intereses en juego atendiendo el ***principio de proporcionalidad o la prohibición de exceso***, que *requiere toda restricción de derechos fundamentales se encuentre prevista en la ley, sea adecuada a los fines legítimos y constituya una medida necesaria en la sociedad democrática para alcanzarlos.*

El juez Powell hablando en nombre de la Corte observó lo siguiente "La aplicación de la norma (de exclusión) desvía el proceso de búsqueda de la verdad y a menudo libera al culpable. La disparidad que se observa en casos particulares entre el error cometido por el funcionario policial y el regalo que se concede a un acusado culpable por la aplicación de la norma es contraria a la idea de proporcionalidad que es esencial para el concepto de justicia. Así, aunque se entiende que la norma ha de disuadir la actividad policial legal en parte acentuando el respeto por los valores de la Cuarta Enmienda, si se la

aplica indiscriminadamente bien puede tener el efecto contrario de suscitar falta de respeto por la ley y la administración de la justicia”.

La Corte en Bramajo el 12 /12/96 reconoce que la opinión de la Comisión Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer todos los casos relativos a la interpretación y aplicación ya que establece el concepto de arbitrariedad con “la intención de garantizar incluso que las intervenciones previstas en la ley deban ser conformes a las disposiciones, metas y objetivos del Pacto razonables en la circunstancia particular” ²².

En el caso de allanamiento, el consentimiento del habitante no es suficiente para el allanamiento y secuestro, se requiere en una causa judicial en trámite la orden de autoridad competente y expresión y explicación de los motivos del allanamiento e incautación.

En el fallo se sostuvo que la ley consagra “el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante”, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, *oponible a cualquier extraño sea particular o funcionario público*.

²² Bramajo ed. Investigaciones de la C.S.J p. 620 El Comité considera, de acuerdo con la Observación General N° 16 que el concepto de arbitrariedad (art. 17) tiene la intención de garantizar que incluso la intervenciones previstas por la ley deban ser conformes a las disposiciones, metas y objetivos del Pacto razonables en la circunstancia particular. Comunicación W 687/1996, Rojas García C. Colombia (dictamen aprobado el 3 de abril de 2001, en el 71 ° período de sesiones), en Informe del Comité de Derechos Humanos, volumen 11, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/56/40), Ginebra, 2001, p. 52

El allanamiento, "que en sí mismo constituye una severa intervención del Estado en el ámbito de la libertad individual " de llevarse a cabo con el consentimiento de la persona que atendió a los inspectores y ejecutado pese a que no fue dispuesto en las actuaciones que dieron origen a la causa se apartó claramente de la ley quebrantando de ese modo la garantía constitucional protectora del domicilio"²³.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Argentina, sentencia del 22-2-2005 , Y.208.XXXVI, Ventura, Vicente Salvador y otro si contrabando -causa N° 9255-;., investigaciones V2 (2004) pag 2

CAPITULO III

3. LA DETENCIÓN LEGAL Y LA FLAGRANCIA Y LA DISCRECIONALIDAD EN EL ACTUAR DEL FUNCIONARIO ANTE LA INMINENCIA DEL HECHO ILÍCITO

3.1 Análisis de la convergencia entre el principio de legitimidad en los actos, la presunción legal a favor de los últimos y la discrecionalidad en el actuar del agente ante la inminencia del hecho ilícito

Sentados los conceptos de los tres principios de la doctrina americana nos adentramos al estudio del art. 257 del Código Procesal Penal Guatemalteco.

El Estado a los fines de evitar la transgresión al orden normativo, requiere del otorgamiento de una facultad legal, que establezca para el deber jurídico de su actuar, una protección en el campo penal y es justamente el principio de legalidad, el que exige la vigencia de una norma que a nivel del tipo o de la justificación, autorice la obligatoria intervención del Estado en el cumplimiento de sus funciones esenciales, por lo que, la acción libre del funcionario público, mientras permanezca legítima, es adecuada a derecho .

Por ello sostiene Maurach²⁴ que, no actúa antijurídicamente quien ejecuta una acción en si misma típica, por encargo del poder estatal en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley, mientras que la ilicitud para Roxin presupone una norma de intervención que opera como causa de justificación.

²⁴ Maurach, Reinhart – Gossel, Karl Heinz - Zipf, Heinz: Derecho penal. Parte General. Tomo 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995. Pág. 58

Por el contrario Zaffaroni²⁵ sostiene que tratándose de un deber para el funcionario y no de una mera potestad, resulta errónea la caracterización de la coerción oficial como el ejercicio de un derecho del funcionario tesis que solo puede derivarse de la previa afirmación de un pretendido y nunca explicado IUS PUNIENDI y de la confusión entre pena y coerción directa y culmina sosteniendo que si bien acepta que buena parte de la doctrina considere que la coerción estatal ejercida del modo señalado constituya un caso especial de justificación, se separa de esta concepción sosteniendo que difícilmente pueda asumirse que la administración cuente con un "privilegio" tal como para cancelar un injusto penal ya que una autorización oficial no puede volver lo injusto en lícito.

Al respecto Donna va dice que: "se debe reconocer una causa legítima en el actuar del funcionario público por una parte , y por la otra, que el acto sea ejecutado dentro de los límites prescritos por las leyes y reglamentos o los impuestos por la necesidad" y "para que un funcionario actúe jurídicamente su acción debe contener el requisito de imparcialidad; ser competente para actuar conforme a derecho y previo examen de los títulos que lo habiliten a actuar"²⁶.

Es necesario analizar la "presunción" que se genera en las acciones estatales, por el valor funcional que representa la legitimidad de sus actos, debiéndose

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de derecho penal, parte general. Tomo I. EDIAR, Buenos Aires, 1980. Pág 145

²⁶ Donna, Edgardo A. Teoría del Delito y de la Pena. Editorial Astrea Buenos Aires 1995. Pág. 45

mantener el principio que el poder público se ejerce conforme a derecho y, a la vez por el principio de la "discrecionalidad debida" como elemento subjetivo de justificación, decisiva para la acción estatal y lícita en tanto se respete el marco de la discrecionalidad y no represente un abuso.

Pues bien, sentado en forma genérica este precedente, en principio habría que analizar, de que manera se legitimaría la presunción del acto a los fines que funcione como causa de justificación o atipicidad del actuar del funcionario y, paralelamente, como encuadraría la coexistencia del elemento subjetivo de justificación llamado por la doctrina alemana "discrecionalidad debida".

Para Maurach²⁷, no actúa antijurídicamente quien ejecuta una acción, en sí misma típica, por encargo del poder estatal, en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley, justificándose la acción estatal, si cumple ciertas exigencias del respectivo ámbito jurídico.

Pero el tratamiento del tema en estudio, se vincula directamente con el elemento subjetivo de justificación, que es la llamada "discrecionalidad debida", ya que, ante la sospecha de haberse cometido o estar por cometerse un hecho delictivo, es el funcionario quien actúa solo motivado por su facultad discrecional, dejando al margen el elemento necesario y excluyente para dar paso a la coerción estatal, tal como lo son, las disposiciones acerca de la forma del acto o el examen de los títulos que lo habilitan a actuar (conforme la

²⁷ Ibidem.

postura de Donna²⁸ sirviendo de ejemplo para esta hipótesis la falta de la orden de detención emanada de juez competente).

Jellinek²⁹ entiende que "la discrecionalidad debida subsana , incluso, un error del funcionario".

Siguiendo en esta línea de pensamiento, Maurach sostiene que "no es importante que el funcionario se incline por aquellas medidas que, según una consideración "ex post", se presentan como las correctas, si lo es, en cambio, que por una debida consideración "ex ante" la medida haya *parecido correcta*.

Sobre esta base es posible que decisiones fácticas erróneas (la detención provisoria del sospechoso no autor) se transformen en actos oficiales lícitos.

Al contrario, si la discrecionalidad debida no ha sido respetada, la antijuricidad del hecho persiste.

La opinión de Roxin³⁰ es que, los errores sobre la concurrencia de los requisitos fácticos de una facultad de intervención no cambian para nada la conformidad a Derecho de la actividad estatal si el funcionario ha llegado a efectuar un juicio equivocado pese a un examen conforme al deber de situación. Además agrega que, inclusive, en algunas ocasiones se acepta que

²⁸ Ob. Cit.

²⁹ Jellinek, Georg. Teoría General del Estado. Editorial BDF. Bogotá, 1998. Pág. 267

³⁰ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2003. Pág. 211

solo la culpa grave del funcionario excluiría la conformidad a derecho de su acción ya que tampoco debe dar lugar a la antijuricidad en todos los casos la ejecución de decisiones basadas en concepciones jurídicas erróneas.

Zaffaroni³¹ destaca que, no pueden confundirse los casos de "error en cuanto al deber" con los "***deberes de obrar frente a indicios***", en que la equivocación es irrelevante porque su margen está abarcado por el deber funcional. Si se realiza una apreciación razonable previa a detener a una persona (causa probable de delito, indicio vehemente de culpabilidad), aunque ese juicio en el futuro se evidencie equivocado, el comportamiento mantendrá su condición de lícito ya que el funcionario tiene el deber de detener por indicios de culpabilidad.

El término "indicios" es utilizado a manera previa para la conformación del estado de sospecha, toda vez que, de no existir indicios, no existiría la sospecha. Además, en lo transcrito en el párrafo anterior, el autor utiliza dicha denominación, de manera genérica y no específica, como lo sería por ejemplo: indicios vehementes, sospecha razonable, entre otros.

³¹ Ob. Cit. Pág. 220

Para Welzel, el "legítimo ejercicio de las funciones" "no constituiría entonces una circunstancia del hecho sino una causal de justificación" (a pesar de estar establecida en la ley penal misma)³².

Ello se debe a que el contenido material del injusto no consiste en la mera resistencia a la autoridad, sino en la medida en que el funcionario ejerza legítimamente sus funciones.

El permiso de la autoridad, que se le confiere a los funcionarios públicos para acometer justificadamente contra los bienes jurídicos de los particulares, no elimina la puesta en peligro de los bienes jurídicos de los particulares, sino que suprime por determinadas razones la antijuricidad de esa puesta en peligro.

Contraria es la opinión de Zaffaroni ya que para este autor la autorización oficial no es causa especial de justificación por concesión de un permiso, pues difícilmente pueda aceptarse que la administración cuente con un privilegio para cancelar un injusto penal: una autorización oficial no puede volver lo injusto en lícito.

Por lo antedicho, la coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas es *atípica*, toda vez que, se basa en requerimientos objetivos de ley, ya que se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación.

³² Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica. Santiago, 1997. Pág. 258

Como consecuencia de lo anunciado, la libertad ambulatoria solo puede ser restringida, en los casos en que proceda la coacción directa administrativa.

Cuando el derecho a la libertad ambulatoria se cancela fuera de estos casos, el acto del funcionario debe reputarse como agresión ilegítima que justifica una salvaguarda de ese derecho, en los límites de la defensa legítima.

Dicho derecho a la libertad ambulatoria, no puede colisionar con el deber que impone al funcionario policial la obligación de detener (sin orden judicial) a un sospechoso, para evitar la comisión o consumación de un delito, pues solo pueden darse dos variables: o bien no existe el deber, y en consecuencia se verifica una agresión ilegítima por parte del funcionario, o existe un deber del funcionario y por lo tanto la defensa del ciudadano no está justificada, o solo lo podría estar en los límites de un estado de necesidad.

Un funcionario no puede detener con fines de identificación personal cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito, por ende, la privación del derecho a la libertad ambulatoria so pretexto de mera identificación, constituye una agresión ilegítima, pues de lo contrario ello significaría la supresión de la orden judicial requerida por la Constitución Política de la República de Guatemala (art. 6).

Aquí es donde, a criterio del suscrito se encuentra el principal escollo por el cual colisionan los principios de "causa probable" y el de "sospecha razonable".

Si el funcionario, en el ejercicio legítimo de sus funciones no puede detener con el fin de identificación personal, cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito, va de suyo que para efectivizar tal identificación, solo podrá valerse de los *presupuestos objetivos* relevantes para justificar dicho hecho, dejando lisa y llanamente de lado los presupuestos subjetivos, pregonados por la doctrina alemana como lo es la llamada "discrecionalidad debida".

Y llegado a este punto de inflexión peligraría la "presunción" de legitimidad que se genera a favor de las acciones estatales.

Por lo tanto, se estaría llegando a la hipótesis que el principio de legitimidad es abarcativo de la "presunción de legitimidad del acto", y de la "facultad discrecional del agente" para llevar adelante dicho acto como deber impuesto por el Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones.

Pero se torna necesario analizar a los fines de fundar este desarrollo el término "*sospechas ciertas*".

El estado de "sospecha" determina, a mi criterio, el elemento subjetivo del actuar del funcionario público, el cual es asimilable a la discrecionalidad debida en lo que a su actuar se refiere.

La "sospecha" es eminentemente subjetiva, y se internaliza en cada individuo de manera diferente (lo que para unos es una conducta altamente

sospechosa, para otros lo es en menor medida y para otros tantos quizás, esa misma conducta no revista el carácter de sospechosa).

Por lo expuesto, el término "sospechas ciertas" es altamente confuso, dado que o "hay sospechas" o "no hay estado de sospecha" pero no se podría rotular de "cierta" ni de "incierta" dicha sospecha, por lo pronto, *sí de "razonable"*.

Y aquí es, donde es imperativo analizar los postulados de la doctrina, que prescribe la detención sin orden judicial previa de quien intentare un delito de acción pública, reprimido con pena privativa de la libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; o cuando sea sorprendido en flagrancia, en la comisión de un delito de acción pública, reprimido con pena privativa de la libertad – supuesto que también autoriza la detención de un particular – ; y la detención sin orden judicial, excepcionalmente de la persona contra la cual hubiese indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación .

En nuestra legislación procesal penal se establece que, la policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión, cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía, iniciará la persecución inmediata del

delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia, cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad, entre la comisión del hecho y la persecución.

En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima.

El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso, lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación. El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado.

Por lo tanto lo que esta ley dispone, sobre la materia en análisis es, por una parte, una facultad que ya surge implícita del Código Procesal Penal, si de lo que se trata es de *razones objetivas* que hagan presumir que se ha cometido o se está por cometer un delito.

Por lo tanto, la regla es que, toda detención debe estar precedida por una orden judicial, a excepción que se generen supuestos en donde existan *datos*

objetivos, que indiquen de *modo razonable*, que la medida restrictiva de la libertad ambulatoria debe llevarse a cabo.

Y estas pautas de valoración de los hechos y la necesidad del presupuesto objetivo, para proceder al acto de la detención, explicarían con meridiana claridad que, mas allá que la jurisprudencia haya adoptado estos principios de "causa probable" y "sospecha razonable", aquí examinados para fundamentar diversos fallos, la virtual exclusión legal al principio de discrecionalidad que detenta el funcionario público y la inclusión de un sinnúmero de pautas objetivas, para proceder a efectivizar la coerción estatal, derivan en una laguna dogmática con consecuencias inmediatas, con respecto a los actos de coerción que debe llevar adelante el funcionario público, generando subjetivamente dudas al momento de ejercitar su *deber de actuar en la faz prevencional*.

En lo mediato, un antagonismo que se traduce, por un lado en otorgar entidad al elemento subjetivo de valoración (discrecionalidad debida) y, a la vez, el aplicar los principios de la doctrina americana al fundamentar diversos fallos y, por el otro cercenar el límite de aplicación de dicha discrecionalidad al punto de ser necesario contar con "sospechas ciertas" o "circunstancias debidamente fundadas". Síntesis: *con el elemento objetivo siempre exteriorizado de modo previo al actuar, excluyendo la discrecionalidad como elemento subjetivo del obrar*.

Y esto se evidenció en el caso Heredia, en donde se detiene a un individuo para proceder a identificarlo y, en el acto de la identificación se palpó en su cuerpo encontrando un elemento metálico cortante (navaja), procediendo luego a su detención.

Entre los argumentos que fundaron el fallo, por el cual se declara la nulidad de la detención del individuo, el Tribunal manifestó que: "Dicha medida fue llevada a cabo, sin la verificación de ninguno de los requisitos objetivos establecidos por la ley procesal, como condición previa de realización; esto es, la existencia de "motivos suficientes" para presumir que ocultaba en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito – requisito ineludible para que la requisita ordenada por un funcionario – y razones de urgencia – exigencia adicional para prescindir de la orden de un juez".

Además se va a sostener que "tan ilegal como la detención y exigencia de exhibición de documentos de identidad que debió soportar el acusado, fue también el registro que sobre su cuerpo llevó a cabo el personal policial actuante".

El voto en disidencia del Dr. Albano, se funda de la siguiente manera: "Si existieren circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiere cometido o pudiera cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido por la fuerza pública a la dependencia policial que correspondiese,

con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad..."

En tal sentido Zaffaroni³³ explica que: "El funcionario es funcionario de la ley de la Constitución y siempre que actúe dentro del marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, su conducta no puede ser antijurídica, no pudiendo constituir una agresión ilegítima. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de nuestros derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio.

Así si un policía detiene a un sospechoso, su conducta no será antijurídica, a condición que se trate de un sospechoso. Si no hay razón para considerarlo tal, su conducta será un ejercicio arbitrario de la función pública y por ende antijurídica".

Stratenwerth sostiene que, existe una presunción de juridicidad de los actos del Estado y que solo mientras que la actividad del Estado permita presumir la juridicidad del acto será éste obligatorio. Por lo tanto solo el poder legítimo puede fundamentar la presunción de juridicidad y el deber de obediencia³⁴.

³³ Ob. Cit. Pág. 202

³⁴ Stratenwerth, Günther. Derecho penal. Parte general I. El hecho punible. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2005. Pág. 379

A los efectos de llegar a la conclusión que se arribará en el punto siguiente, es necesario detenernos a analizar en el fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en la causa "Fernández Prieto" y, en ésta, los fundamentos del voto en disidencia del Dr. Enrique Petracchi que en su punto 8 va a sostener: "que la necesidad de una fundamentación como presupuesto para posibilitar el control judicial también fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.

Así en Terry vs. Ohio (392,U.S., 1- 1967) y los numerosos precedentes en el mismo sentido que en él se citan, al admitir la facultad policial de arresto y registro personal ("stop and frask") sin necesidad que se cumpliera con el requisito de "causa probable" – solo limitada para los casos de riesgo para la integridad física del policía o de terceros – se elaboró la denominada "exigencia de la especificidad de la infracción" para justificar la ingerencia sobre el particular, el oficial de policía debe poder puntualizar los hechos específicos y articulables que, tomados conjuntamente con inferencias racionales a partir de esos hechos , autoricen la intromisión".

Prosigue su fundamento al decir que, "El esquema de la Cuarta enmienda solo adquiere significación si se asegura que en algún punto la conducta de aquellos a quienes se imputa violar la ley puede ser sujeta al escrutinio neutral de un juez que debe evaluar la razonabilidad de una búsqueda o registro personal a la luz de las circunstancias particulares" y siguiendo en esta línea de

argumentación agrega que: "Para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada, o a su "corazonada", sino a las inferencias razonables y específicas que debe describir a partir de los hechos y a la luz de la experiencia".

Si ello no ocurre, resulta aplicable la regla de la exclusión, en tanto no puede ser introducida prueba obtenida por medio de una requisita y búsqueda, que no fue razonablemente relatada en relación con la justificación de su iniciación.

Por lo expuesto, el funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle, o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en búsqueda de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados, para actuar de ese modo.

A su vez el Tribunal Europeo de derechos Humanos al interpretar el art. 5 párrafo 1, inciso C del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha acentuado que, no es suficiente que la autoridad que realiza el arresto actúe de buena fe y que tenga la convicción sincera para sospechar del afectado.

Por cierto, éste es un presupuesto básico pero, además, su decisión debe apoyarse en los hechos concretos que alcancen para convencer a un

observador objetivo, sin prevaricar (en su cuarta acepción castellana), de que el sospechoso podría haber cometido el delito en cuestión.

Siguiendo este criterio el Primer Senado del Tribunal Constitucional Alemán (1 Bur 2226/94, 5/7/95, publicada en "Europäische Grundrechtezeitschrift", 1995, pag. 353 y sig.) al expedirse sobre la validez de la reforma legislativa que facultaba al Servicio Federal de Informaciones (Bundesnachrichtendienst) a vigilar las telecomunicaciones sin sospechas concretas, a fin de evitar el peligro de preparación o de comisión de ciertos delitos, resolvió la aplicación provisional de la norma con la restricción de que ello solo podía ser autorizado en tanto existieran puntos de apoyo fácticos que sustentaran la sospecha.

3.2 Partes de la problemática

Antes de examinar detenidamente las particularidades del problema que nos interesa, conviene aludir a algunos conceptos comunes a los mismos, relativos al sujeto activo y pasivo del delito, y a los conceptos de detención y de causa por delito.

3.3.1 Sujeto activo

La cuestión que nos planteamos en este momento es la de concretar, quiénes son exactamente las autoridades o funcionarios públicos a que se refiere la legislación penal, o dicho de otra manera, qué autoridades o funcionarios

públicos se contemplan en los aludidos preceptos como posibles ejecutores de un delito de detención ilegal.

Para responder adecuadamente a esta cuestión es preciso distinguir tres clases de posibles sujetos ejecutores de estos delitos de ejecución ilegal: los particulares en unos determinados supuestos; las autoridades y los funcionarios policiales, en cuanto están especialmente obligados a detener en los casos previstos por la ley; y el resto de autoridades y funcionarios públicos.

3.3.1.1 Detención ilegal material realizada por una autoridad

Consiste en la detención ilegal realizada por una autoridad o funcionario público, cuando no preexiste una previa causa criminal por delito y sin que concurra ninguno de los supuestos legitimadores contenidos en la ley. En consecuencia, la actuación de la autoridad o del funcionario público, ha estado informada por una razón o por un motivo diferente del único que es propio de su cargo o función, que no es otro que el descubrir y perseguir los delitos, y por lo tanto, tal actuación ha estado motivada por finalidades espurias o particulares³⁵.

Dicho con otras palabras, la autoridad o el funcionario ha actuado fuera de sus competencias. Con lo que la autoridad o el funcionario público actuante, quedan despojados de tal condición y se convierten en un simple particular, al

³⁵ Landrove Díaz, Gerardo. Detenciones ilegales y secuestros. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 88

que se parifica en cuanto a la perpetración del hecho delictivo, aun cuando se le impone una penalidad agravada en atención a la condición personal del sujeto agente, que sigue siendo de autoridad o de funcionario público, y que como tal está especialmente obligada a respetar con pulcritud la legalidad vigente. En concreto, la penalidad imponible, es la mitad superior de la pena básica señalada a los particulares que cometan ese mismo delito. Es decir, si la pena señalada para los particulares es la de prisión de cuatro a seis años, a las autoridades o funcionarios públicos les corresponderá imponer una pena de prisión de cinco a seis años, así como la inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Si el caso de la detención ilegal, se trata cuando se realiza por una autoridad o funcionario público, cuando ya existe una previa causa criminal por delito, pero la privación de libertad del encausado, se produce sin ajustarse a los requisitos materiales marcados por la ley. Es el caso, por ejemplo, de la detención injustificada de una persona encausada por delito al que se señala pena inferior a la correccional, sin que haya razón ninguna para poder presumir que no comparecerá ante cualquier llamamiento judicial.

Igualmente, puede tomarse como punto de partida, el hecho de que se ha practicado correctamente una detención, ajustada al ordenamiento jurídico, pero después la autoridad o el funcionario público ha vulnerado alguna de las garantías constitucionales o legales establecidas a favor del detenido, por

haber sido realizada con violación de los plazos legalmente establecidos, con vulneración de las reglas sobre incomunicación del detenido, o con infracción de las demás garantías constitucionales o legales. Así pues, lo que se castiga es el modo o la forma como ha sido practicada la detención (se sanciona el "cómo" de la detención, no el "qué")³⁶.

3.3.1.2 Detención dolosa por particular en casos no legitimados, aunque con intención de colaborar con la autoridad

Si un ciudadano se extralimita y detiene a otra persona, sin estar legitimado por alguno de los supuestos legales, siendo consciente de que su actuación detentiva no está legalmente justificada, o sea, sabiendo que no existen motivos racionalmente suficientes para detener, pero aun así realiza la detención de esa persona, con la intención de presentarla inmediatamente a la autoridad, quedará sujeto a la responsabilidad penal atenuada, que se recoge en el Código Penal.

Es claro que el sujeto agente actúa dolosamente, sabiendo de la ilegalidad de su proceder, sin error alguno, pero presenta al detenido a la autoridad judicial inmediatamente después de materializar la detención. Este supuesto se diferencia de la detención abusiva, realizada con fines de entregar el detenido ante la autoridad judicial y la detención efectuada con fines privados o espurios, a que a continuación se alude.

³⁶ Climent Durán, Carlos. Detenciones ilegales policiales. Tirant lo Blanch, Valencia. 1998. Pág. 32

3.3.1.3 Detención abusiva por particular en casos no legitimados pero con intención de colaborar con la autoridad

Cuando la detención realizada por un particular, siendo consciente de su falta de legitimidad, se realiza repetitivamente, pero siempre con el propósito de presentar al detenido ante la autoridad, se trata de una manera de proceder que, además de dolosa, ya se ha convertido en abusiva. Parece que en este caso, la intención de presentar enseguida a los sucesivamente detenidos ante la autoridad, deja paso a un propósito privado lícito, que se ha convertido en el verdadero motor de su actuación, con lo que ningún privilegio punitivo merece este modo de comportarse³⁷.

3.3.1.4 Detención errónea por particular en casos no legitimados pero con intención de colaborar con la autoridad

En el caso de que el particular se extralimite y detenga a otra persona sin estar legitimado, pero actúe en la creencia de que está legalmente facultado para detener, por entender erróneamente que concurren motivos racionalmente suficientes, y lo haga con el propósito de colaborar con las autoridades y con la intención de presentarles inmediatamente a la persona detenida, se hallará inmerso en una situación de error de tipo que, tanto sea invencible como

³⁷ Landrove Díaz, Ob. Cit. Pág. 93

vencible, determinará su impunidad, porque la regulación del delito de detención ilegal no incorpora la modalidad culposa, y sólo se castigarán las acciones u omisiones imprudentes cuando expresamente lo disponga la ley. Por consiguiente, son aplicables las consideraciones que más abajo se hacen sobre el error en materia de detención ilegal. Aunque todo lo anterior, no excluye la posible responsabilidad civil del particular detenedor, que le será demandable por vía civil.

3.3.1.5 Detención legítima por particular, pero sin intención de colaborar con la autoridad

Si la detención realizada por un particular es justificable, pero aquel continúa con un propósito espurio, con móviles privados e ilícitos, o sea, sin intención de colaborar con las autoridades, incurrirá obviamente en el delito contemplado en el artículo 204 del Código Penal, porque en el caso examinado el particular se ha desprovisto voluntariamente, al actuar por móviles privados, de su condición de funcionario accidental o circunstancial, con lo que ha de ser aplicable el tipo delictivo en el que el sujeto agente es un particular.

3.3.1.6 Detención ilegal formal realizada por un particular

El particular que detiene legítimamente a otra persona, no tiene por qué conocer cuáles son las garantías legales o constitucionales de la persona detenida, por lo que no puede cometer cualquiera de los delitos tipificados en

el Código Penal. Además, la pena señalada en estos artículos es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, con lo que obviamente se está presuponiendo que el sujeto agente sea una autoridad o funcionario público.

De todas maneras, el particular sí tiene el deber de entregar inmediatamente el detenido a la autoridad, en el plazo más breve posible, que suele coincidir con el tiempo que baste para inmovilizar a la persona detenida y para conducirlo ante presencia policial o judicial o, sin que ni siquiera haya de alcanzar el plazo legal de 24 horas. De ordinario, será el tiempo materialmente preciso, entre el acto de la detención y su inmediata presentación ante el correspondiente funcionario policial o autoridad judicial. Esto significa que, si un particular practica una detención legal, pero retiene dolosa o maliciosamente al detenido, más allá del tiempo necesario para ponerlo a disposición judicial o policial, cometerá un delito de detenciones ilegales. Porque al actuar así deja de tener la condición de funcionario accidental o circunstancial, y rebrota de nuevo su condición de particular.

3.3.1.7 Los funcionarios que actúan como particulares y por móviles privados

Cuando un funcionario público, es especial un funcionario policial, actúa como particular, o sea, fuera del ejercicio de sus funciones, y detiene indebidamente a otra persona, por razones o móviles ajenos a su cometido profesional, sin prevalerse de su condición funcional o policial, no le son de aplicación los

tipos agravados de los artículos del Código Penal, porque en tal caso no tienen la condición de funcionario público. En consecuencia, será de aplicación el tipo básico del artículo 418, referido al abuso de autoridad.

3.3.1.8 Autoridades y funcionarios públicos especialmente obligados a detener

Son especiales los casos en que es obligada la detención por parte de determinadas autoridades y funcionarios. Sobre ellos pesa un especial deber de detener a las personas que se hallen en alguno de los supuestos fácticos recogidos en el artículo 257 del Código Procesal Penal. Es por esto precisamente, por lo que tales autoridades y funcionarios, son los que en la práctica cotidiana realizan la mayor parte de las detenciones, pues son escasas las ejecutadas por particulares o por las demás autoridades o funcionarios públicos, a los que más adelante se aludirá.

En todo caso, las autoridades y funcionarios especialmente obligados a detener, no pueden efectuar ninguna detención a menos que concurra alguno de los supuestos fácticos legalmente prevenidos, que son los que legitiman su actuación. Si detienen a una persona "fuera de los casos permitidos por la ley", cometen un delito de detenciones ilegales, siempre que concurren además los requisitos.

3.3.2 Sujeto pasivo

Ninguna particularidad destacable se advierte en relación con el sujeto pasivo del delito de detenciones ilegales cometido por autoridad o funcionario. Puede ser sujeto pasivo de este delito, cualquier persona que goce de libertad, o sea, que tenga capacidad natural de movimiento.

Se han suscitado algunas dudas con respecto a la posibilidad de que, puedan ser sujetos pasivos de este delito las autoridades o los funcionarios públicos, así como los extranjeros y los propios detenidos o presos. Conviene referirse por separado a cada uno de estos supuestos.

3.3.2.1 Las autoridades o los funcionarios públicos como sujetos pasivos

Aunque doctrinariamente se ha sostenido que, la privación ilegal de la libertad de una autoridad o de un funcionario público, podría constituir en todo caso un delito de atentado, ningún inconveniente existe para admitir que, una autoridad o un funcionario puede detener indebidamente a otra autoridad o funcionario cometiendo así un delito de detenciones ilegales, que excluye el delito de atentado por aplicación del principio de especialidad.

3.3.2.2 Los extranjeros como sujetos pasivos

Ninguna dificultad existe para admitir que, los extranjeros pueden ser sujetos pasivos de este delito, habida cuenta de la igualdad que mantienen los extranjeros con los nacionales, según los principios del Derecho Internacional Público, a los que se encuentra sometido el país. Como los extranjeros gozan de libertad, sin límites, al igual que los ciudadanos del país, pueden sufrir un delito de detenciones ilegales en la misma medida que éstos.

3.3.2.3 Los detenidos o los presos como sujetos pasivos

Aunque es difícil pensar en la posibilidad de que los ya detenidos legalmente, o los presos, puedan ser sujetos pasivos de este delito, no hay inconveniente conceptual ninguno para admitir tal posibilidad, siempre y cuando resulte indebidamente restringido el ámbito de la libertad que, en su caso, goce o pueda gozar el detenido o preso, a no ser que la medida restrictiva sea la consecuencia del régimen propio de las personas detenidas o presas, o sea consecuencia de alguna sanción³⁸.

Por tanto, no será posible este delito si el detenido o el preso no tienen capacidad natural de movimiento, o si la medida restrictiva de la libertad que aún les quede resulta impuesta como consecuencia de una sanción disciplinaria. Pero en los demás casos, si el detenido o el preso tiene algún

³⁸ Bustos Ramírez, Juan. El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público.

grado de libertad y es privado de la misma sin la menor justificación, podrá ser sujeto pasivo de un delito de detenciones ilegales.

CAPITULO IV

4. DIFERENTES CLASES DE DETENCIONES

4.1 Concepto de detención

La correcta comprensión del concepto de detención, como conducta constitutiva del delito de detenciones ilegales, exige tomar en consideración dos perspectivas que se complementan entre sí: de un lado ha de precisarse el significado del acto de detener materialmente a otra persona, con independencia de que esa detención sea legítima o ilegítima; y, de otro lado, es necesario saber, antes que nada, cuándo la detención de otra persona puede ser considerada como legal o legítima, porque sólo así podrá saberse con exactitud – por omisión o defecto – cuándo ha sido cometido un delito de detenciones ilegales.

Se examinará primeramente el concepto de detención material, y después se analizará el concepto de detención legal. Tomando como punto de partida estos dos conceptos será posible conocer con precisión cuándo se comete un delito de detenciones ilegales.

4.1.1 Concepto de detención material

En un sentido muy amplio, se ha dicho que “detener” es una pura situación fáctica, que tiene lugar siempre que a una persona se le impide realizar una

conducta, que voluntariamente desarrollaría de no existir una coacción exterior que se lo imposibilita³⁹. También se ha señalado que por “detención” debe entenderse la privación de la libertad ambulatoria, tanto impidiendo a una persona abandonar un lugar como conduciéndola contra su voluntad a otro.

Pero, en un sentido un poco más estricto, detener significa privar de libertad a una persona, como consecuencia de existir contra ella ciertas indicaciones de criminalidad o, dicho de otra manera, es la privación de libertad, que guarda relación con la existencia real o eventual de un proceso penal.

El artículo 201 Ter, del Código Penal al describir el delito de desaparición forzada – que puede discutirse también en este caso – señala que comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de las aquiescencia para tales acciones. Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza.

³⁹ Banacloche Palao, J. La libertad personal y sus limitaciones. P. 144

Igualmente, cometen delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro, participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas. El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima. El reo de desaparición forzada será sancionado con prisión de veinticinco a cuarenta años..

En concreto, es de aplicación el artículo 203 del Código Penal, para determinar cuál es la concreta acción delictiva. Este alude a la persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito.

Al mismo tiempo, se hace preciso tener presente la conducta definida en el artículo 424 del Código Penal, que establece que El funcionario o encargado de un establecimiento de reclusión, que admita el ingreso de alguien sin orden legal de autoridad competente, no ponga al detenido a disposición del juez o autoridad respectiva o no de debido e inmediato cumplimiento a una orden de libertad legalmente expedida, será sancionado con prisión de uno a cinco años. En la misma pena incurrirá el funcionario o empleado público que ocultare, ordenare o ejecutare el ocultamiento de un detenido.

La combinación de estas dicciones legales permite entender que detener o encerrar supone un acto de aprehensión de una persona, a la cual se la priva de su libertad de movimientos.

4.1.2 Concepto de detención legal

La detención material de otra persona puede ser legal o ilegal según que se ajuste o no a las correspondientes exigencias legales. Para saber cuándo se ha realizado una detención ilegal se ha de tener siempre como punto de partida o como referente básico el concepto de detención legal, de manera que toda aquella detención que no respete la ley deberá ser reputada delictiva⁴⁰.

Cuando la detención ilegal es realizada por un particular, será de aplicación, el tipo delictivo definido en el artículo 205 del Código Penal referente a las aprehensiones ilegales realizadas por particulares. Cuando es efectuada por una autoridad o por un funcionario público, debe considerarse que habiéndose realizado una detención legal, no se respeten después las garantías constitucionales o legales inherentes a la detención.

Por tanto, conviene referirse necesariamente al concepto doctrinario de detención ilegal en cuanto es el necesario concepto de referencia para determinar – por defecto – cuándo se reputa cometido un delito de detenciones ilegales.

⁴⁰ Landrove Díaz, Ob, Cit. Pág. 95

4.2 La detención en la legislación internacional

Los textos legales internacionales que conviene examinar son la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto de San José, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

4.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 sólo contiene una declaración muy genérica, relativa a que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (artículo 3), agregándose que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (artículo 9), pero sin concretar en qué casos se puede detener legítimamente, ni cuáles son los requisitos que debe tener cualquier detención legal.

4.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 recoge una regulación más detallada, aunque sigue siendo inconcreta en algunos aspectos. No se contiene una enumeración de los casos a los que se reputa realizada una detención indebida, limitándose a remitirse a la concreta regulación que al respecto se haga en cada legislación interna. Pero se adopta un concepto amplio de detención ilegal, al considerarse como

detención arbitraria no sólo aquella que no está legitimada por la ley, sino también la que, siendo inicialmente legítima, no respeta el procedimiento legalmente prevenido, o sea, vulnera alguna de las garantías detentivas fundamentales. Entre estas garantías se enumeran el derecho del detenido a ser informado de las razones de la detención, el derecho a no dilatar la detención más allá de lo debido, el derecho a recurrir contra la detención y el derecho a la reparación en caso de una detención indebida.

Así, en el artículo 9.1 se declara, antes que nada, que todo individuo tiene derecho a la libertad y la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecida en ésta.

En el artículo 9.2 se dispone que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

En el artículo 9.3 se declara, entre otros particulares atinentes a la prisión provisional, que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad.

En el artículo 9.4 se señala que toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal. En el apartado 5 se reconoce al detenido ilegalmente el derecho a la correspondiente reparación.

4.2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La legislación internacional en derechos humanos que rige en Guatemala, también establece garantías básicas para la persona al momento de ser detenida. Así, el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹ establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

A continuación, el artículo 7.3 refiere que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Una garantía primordial, es la presentación del detenido ante la autoridad judicial. Así, el artículo 7.5 señala que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley

⁴¹ En adelante, la Convención o CADH, indistintamente.

para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

4.3 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por Resolución 43/173, de 8 de diciembre de 1980, un conjunto de 39 principios aplicables a cualquier persona detenida o presa. Adopta un concepto de detención, comprensiva tanto de la detención materialmente admitida sólo en los casos previstos por la ley como la de prohibir la vulneración de cualquiera de las garantías detentivas de que goza cualquier persona detenida.

Así, el principio 2 señala de manera general que el arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para este fin, y el Principio 3 declara que, no se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, reconocidos o vigentes, en un Estado, en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Conjunto de Principios, no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

4.4 Supuestos de detención legal

Partiendo de estos supuestos legales y de conformidad con las orientaciones de la doctrina procesalista, los presupuestos de la detención son los propios de cualquier otra medida cautelar: la existencia de un título de imputación (*fumus boni iuris*) y el peligro de fuga.

1. De un lado, para que la detención sea legal, es preciso que exista un título de imputación contra el detenido (condena, rebeldía, procesamiento racional participación en un hecho delictivo). Aunque no basta con una ligera sospecha, sobre la participación del detenido en el hecho delictivo, sino que, la de concurrir unos motivos fundados, esto es, que sean racionalmente bastantes, en los vestigios del delito.

2. De otro lado, es preciso que se de un peligro de fuga, o sea, que concurra una presunción racional, de que el detenido se sustraerá a la acción de la justicia, dejando de concurrir a cualquier llamamiento judicial. Esta presunción se fija automáticamente por la ley, en los casos en que el detenido se fugó con anterioridad y también en los supuestos de presunta comisión de un hecho delictivo grave. Pero en aquellos casos en que la pena presumible sea inferior, es preciso que se valoren racionalmente los diversos indicios que pueden fundamentar el peligro de fuga.

Sólo cuando concurren ambos presupuestos (imputación y peligro de fuga) la detención es legal. Si falla alguno, nace el delito de detenciones ilegales. Conviene tener muy presente que, en cualquier caso, la restricción de la libertad, como uno de los principales valores de todo ser humano, debe someterse al principio de excepcionalidad, lo cual significa que, en caso de duda, no procede su privación mediante la detención de la persona afectada.

4.5 Garantías constitucionales detentivas básicas

Estas se encuentran contenidas en la Constitución Política de la República, cuando refiere en su articulado los derechos de la persona detenida. Así, el artículo 6, establece que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

El artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala, señala que toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma

verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.

Los derechos del detenido están claramente señalados en el artículo 8 de la Constitución, al establecerse que todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente.

Otras disposiciones, como el interrogatorio a detenido o presos se encuentran en el artículo 9 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, que refiere que, las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas. De la misma forma, el artículo 10 establece de los centros de detención legal, por lo que las personas aprehendidas por la autoridad, no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas.

4.6 El problema de la flagrancia

Se entiende que hay flagrancia, cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible. Para comprender y precisar los alcances y límites de esta previsión legal, deben tenerse en cuenta las diferentes circunstancias que en el tiempo y en el espacio evidencian un flagrante ataque a la ley penal. Por ello, la norma incluye no sólo el delito instantáneo, como el homicidio, o el permanente, como el secuestro, sino también los que en el Código Penal figuran bajo el título de "concurso de delitos", cuando con varias acciones u omisiones se infringe varias veces la misma disposición. Ejemplo de ello se presenta, cuando de una manera continuada se comete el hurto o el peculado⁴².

La flagrancia tiene ocurrencia, cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el delito. El concepto de flagrancia es entonces dado por una idea de relación entre el hecho y el delincuente; es necesario, en otras palabras, la presencia del delincuente, fuera de los casos exceptuados por la ley. Dicha condición existe, en los delitos continuados, cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el delito, ligado con los precedentes mediante el nexo de la continuidad; y en los delitos permanentes, cuando el autor es sorprendido durante la permanencia del delito mismo. En este último caso, para que exista la flagrancia, no es suficiente que se trate de delitos permanentes, si el

⁴² Londoño Jiménez, Hernando. De la captura a la excarcelación. Editorial Temis. Bogotá, 1993. Pág. 2.

delincuente no es sorprendido en el acto de mantener, activa o pasivamente el estado de permanencia.

Sin embargo, la noción de flagrancia alcanza una extensión más amplia, debiendo el intérprete de la norma atenerse a lo que al respecto se diga en ella. De lo contrario, nos encontraríamos en una situación en que los casos de impunidad serían muchísimos, ya que una vez emprendida la fuga, el delincuente no podría ser arrestado no obstante la evidencia de haber sido el autor de delito cometido momentos antes. Por eso, con respecto a los delitos instantáneos, conviene puntualizar de una vez que, el estado de la flagrancia que a ellos se refiere, no debe entenderse restrictivamente, al momento concomitante de la acción delictuosa, sino a instantes posteriores a la misma, porque si así no fuera, quedarían excluidas de la previsión cautelar de las autoridades, conductas que demandan una urgente coerción de la libertad individual. Inclusive, colocando en un "antes", tendría el caso del individuo encontrado en actitud inequívoca de cometer cierto delito, pero sin que aún se hayan empezado a cristalizar los actos ejecutivos del mismo. Como cuando peligrosamente armado se coloca desafiante frente a una habitación, o en lugar estratégico de un camino, en posición de acecho, en espera de la salida o el paso de su víctima. Si en tal eventualidad no se le pudiese capturar, tendríamos el absurdo de que su aprehensión estará condicionada al momento en que el presunto victimario, haya iniciado los actos ejecutivos o consumativos de su proceder delictuoso.

De la manera anterior entiende Clariá Olmedo el concepto amplio de la flagrancia, cuando afirma que “procede la aprehensión sin orden contra el que intentare un delito, en el momento de disponerse a cometerlo. La ley no se pone en el caso de la tentativa, sino en un momento anterior a ella. Se trata de quien está dispuesto a iniciar la ejecución de un hecho penalmente incriminado, aunque todavía no exista principio de ejecución. Este, como se ha dicho ya, está captado por el concepto amplio de flagrancia. Pero aquí se trata de una simple medida preventiva de policía, sin repercusiones en el campo jurisdiccional⁴³.

4.6.1 Delitos preflagrantes, flagrantes y postflagrantes

La configuración de la flagrancia, desarrollada en los párrafos anteriores, también debe entenderse desde lo que ha dado en llamarse delitos preflagrantes, los meramente flagrantes y postflagrantes. Esta categorización no se refiere en sí a tipos especiales de delitos, sino al momento de la detención del sujeto activo del injusto penal. Así, los delitos preflagrantes son aquellos en los que el sujeto activo es detenido al momento de dirigirse a cometer el ilícito. No deja de ser una categoría discutible, porque su configuración se adentra peligrosamente en el campo de la especulación y la sospecha, usuales en la determinación de lo que en la doctrina penal se conoce como *delitos de peligro*.

⁴³ Clariá Olmedo, José. El Proceso Penal. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996. p. 290

Luego, los delitos *flagrantes*, son aquellos en los que el individuo es detenido en el momento justo de la comisión del delito, es decir, es capturado *in fraganti*. Esta categoría no merece en sí mayor discusión, porque además de ser la más desarrollada y conocida, es *per se* la flagrancia por antonomasia.

De los delitos *posflagrantes* puede decirse que, son aquellos en los que, el individuo es detenido inmediatamente después de cometerse el ilícito. Esta no es en sentido estricto una flagrancia, sino una extensión de aquella, una *cuasiflagrancia*; en ésta, por las apremiantes situaciones que se presentan, resulta urgente y necesario el procedimiento persecutorio y de aprehensión, por parte de los representantes de la autoridad, quienes, por dicha razón están imposibilitados para obtener en tal excepcional momento, la correspondiente orden escrita de captura o de registro domiciliario para la misma. Si no fuera por esa facultad ilimitada para proceder así, no solo se permitiría indebidamente la fuga del presunto delincuente, sino que se le facilitaría la oportunidad de hacer desaparecer los rastros o huellas que en él hubiera dejado la infracción, lo mismo que ocultar los objetos o instrumentos con que se cometió el delito, o el producto de este⁴⁴.

La *cuasiflagrancia* incluye particulares circunstancias existentes después de la consumación del presunto delito, porque pueden darse situaciones equívocas, al exigirse que fundadamente de las observaciones hechas sobre el individuo

⁴⁴ Londoño Jiménez, Hernando. De la captura a la excarcelación. P. 4

que se pretende capturar, aparezca que “momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él”. Encontramos ejemplos de diaria ocurrencia. Algunos de ellos, el de quien tiene en su poder la cartera sustraída instantes después de consumado el hecho, o el de quien empuña el arma de fuego, luego de escuchar los disparos y por encontrarse en el mismo lugar de los hechos, o el de quien aparece con una herida y el traje desgarrado, una vez concluida la riña. La apreciación, dice Clariá Olmedo, debe ser objetiva y no tratarse de una simple inducción acerca de la participación delictiva; pero la valoración sobre ello debe quedar a exclusivo criterio de quien aprehende. Rige también la condición de la inmediatividad. De esto se infiere que no es necesario haber presenciado la comisión del delito para poder proceder a la captura.

Desde luego, como advertimos antes, pueden presentarse situaciones verdaderamente equívocas, porque quien tiene en su poder la cartera sustraída pudo haberla acabado de recoger del suelo, por habersele caído al ladrón cuando emprendía la fuga; quien tiene en sus manos el arma de fuego inmediatamente después de los disparos, pudo haberla recibido del infractor segundos antes de que se diera a la fuga; quien presenta una herida y el traje rasgado después de una riña en la que hubo lesiones u homicidio, es posible que haya participado en ella, pero con el único fin de separar a los contendientes. Pero uno que otro error que de buena fe pueda cometer en la vida real con una captura en dichas circunstancias equivocadas, no sería

razón suficiente para privar a la justicia penal de un recurso de esta naturaleza, el cual busca fundamentalmente evitar la impunidad del delito por la fuga del infractor, quien por esta razón podría llegar a no ser jamás identificado.

Aberrante resultaría entonces que, la ley no pudiera permitir la captura del autor del hecho punible sino únicamente, en el momento de cometerlo y en el propio escenario de los hechos (*deprehensio in ipsa facinoris*). Es esta la razón para que casi todas las legislaciones, consagren en sus disposiciones procesales esa facultad de aprehensión, cuando el presunto delincuente se da a la fuga y es seguido en ella por la autoridad o por los simples particulares, equiparando dicha situación al estado de flagrancia⁴⁵.

En este sentido, cabe mencionarse que la legislación italiana que tiene desarrollada esta categoría en amplitud, y señalándose que no exige que la sorpresa del delincuente ocurra en el acto de perpetrar el delito, sino que admite que se verifique después del delito, con tal de que sea un tiempo inmediatamente sucesivo y con el concurso de ciertas condiciones de modo. Precisamente, cuando un individuo es sorprendido, inmediatamente después de cometido el delito y es seguido por la fuerza pública, por el ofendido por el delito o por otras personas, o bien con cosas o rasgos de los cuales hacen suponer que este ha cometido momentos antes un delito. De aquí resulta que para considerarse como cuasiflagrante un delito, es necesario que no haya

⁴⁵ Londoño Jiménez. Ob. Cit. Pág 102

transcurrido desde la consumación, tanto tiempo de sobrepasar aquello que comúnmente se entiende por "inmediatamente" o por "poco antes".

De lo anterior se concluye que, la persecución del delincuente, para efecto de su captura, está subordinada al nexo de continuidad entre la consumación del hecho punible que se le atribuye y su condición de fugitivo, momentos después. Si no se presenta esa solución de continuidad, como cuando el que huye desaparece de la vista de quien lo persigue, la noción de cuasiflagancia pierde actualidad, quedando así enervada la facultad de aprehensión, en otras diferentes circunstancias de espacio y tiempo. Al respecto, Sergio García Ramírez, al referirse a la legislación mexicana, dice que la detención del responsable del hecho debe ocurrir después de haberlo perseguido materialmente "sin perderlo de vista".⁴⁶ Criterio similar es el de la legislación italiana, cuando afirma del delito cuasiflagrante: "cuando el autor es detenido inmediatamente después de la ejecución, sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas.

La misma norma que se analiza contempla otras situaciones, como cuando la persona es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura. En ambos casos, se presenta una especie de presunción, puesto que un motivo serio y justificado ha impulsado a la autoridad pública a la persecución de alguien que ha tomado la fuga; o cuando, en esas mismas

⁴⁶ García Ramírez, Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa. México, 1998. P. 347

circunstancias, el clamor público reclama la captura, o cuando la persona ofendida con el delito solicita dicho auxilio.

No se puede negar que en tales hipótesis, se puede incurrir en una lamentable equivocación, al capturar a una persona completamente inocente. Bien es posible que un tercero sea confundido con el autor del hecho punible, cuando este desapareció de la vista del público y aquel corría en su persecución; o cuando la persona ajena a los hechos busca refugio en algún lugar y allí es sorprendida, pero cuya única razón era la de precaverse de algún eventual peligro, desprendido de la persecución del delincuente, como cuando para intimidarlo, herirlo o matarlo se hacen disparos. El inocente que dio lugar a la fundada sospecha de ser el autor del hecho punible, pudo haber estado en el mismo lugar de su consumación y haberse ausentado de allí velozmente, precisamente para evitar una equivocada imputación en su contra.

CAPITULO V

5. ANÁLISIS DEL CONTEXTO GUATEMALTECO

5.1 Lo que indica la ley

Como hemos señalado en los capítulos anteriores, la legislación guatemalteca establece los tipos de injusto penal, relacionados con la privación de la libertad de la persona, en caso de comisión de un delito. Sin embargo, como puede advertirse, la inexactitud del legislador al crear las figuras legales, puede crear confusión en la interpretación de dichos supuestos. No obstante que puede argüirse a favor los fundamentos teóricos de la interpretación de la ley, en casos de privación de libertad resulta necesario contar con tipos penales precisos y que den por sentada, la ya presupuestada exclusión de la analogía.

Así, el artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala señala que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

De la misma forma, el artículo 203 del Código Penal señala que la persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito. El artículo 204 establece las agravantes específicas de este delito, disponiendo que las penas señaladas en los artículos anteriores se aumentarán en una tercera parte, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Si el secuestro o plagio, encierro o detención, durare más de diez días.

2º. Si en la ejecución del delito mediare amenaza de muerte, trato cruel o infamante para la persona ofendida.

3º. Si el delito fuere cometido por más de dos personas.

4º. Si fuere debilitada o anulada la voluntad de la víctima, de propósito, por cualquier medio.

5º. Si en los casos comprendidos en los artículos 201 y 203 la acción se hubiere ejecutado con simulación de autoridad.

6°. Si la víctima, a consecuencia del hecho, resultare afectada mentalmente, temporal o en forma definitiva.

Por su parte, el artículo 205 del mismo Código Penal, señala que el particular que, fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, será sancionado con multa de cincuenta a doscientos quetzales.

Por otra parte, el artículo 424, al determinar el delito de detención irregular contempla que el funcionario o encargado de un establecimiento de reclusión, que admita el ingreso de alguien sin orden legal de autoridad competente, no ponga al detenido a disposición del juez o autoridad respectiva o no de debido e inmediato cumplimiento a una orden de libertad legalmente expedida, será sancionado con prisión de uno a cinco años.

En la misma pena incurrirá el funcionario o empleado público que ocultare, ordenare o ejecutare el ocultamiento de un detenido.

También considero necesario mencionar el delito de desaparición forzada, contenido en el artículo 201 TER, que dispone que comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más

personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de las aquiescencia para tales acciones. **Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza**⁴⁷. Igualmente, cometen delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro, participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas. Este delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima.

Por su parte, el Código Procesal Penal, en el artículo 257, dispone que la policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciará la persecución inmediata del

⁴⁷ El resaltado en negritas es propio.

delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad entre la comisión del hecho y la persecución. En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima. El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación. El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado.

El artículo 258 del mismo cuerpo legal, señala como otros casos de aprehensión, que el deber y la facultad previstos en el artículo anterior se extenderán a la aprehensión de la persona cuya detención haya sido ordenada o de quien se fugue del establecimiento donde cumple su condena o prisión preventiva. En estos casos el aprehendido será puesto inmediatamente a disposición de la autoridad que ordenó su detención o del encargado de su custodia.

5.2 Interpretación del resultado del análisis de informes policiales de detención

En el transcurso de la presente investigación, se intenta obtener acceso a informes detallados de detención por parte de funcionarios de policía, pero no fue posible lograr este propósito. Sin embargo, y de suficiente utilidad para este trabajo, se logro conseguir información estadística precisa de los procesos iniciados por los distintos delitos relacionados en el presente trabajo de tesis. Esta información fue gentilmente proporcionada por la fiscalía del municipio de Villa Nueva del departamento de Guatemala, como delimitación geográfica apropiada para los fines de este estudio. Así, las cifras siguientes sirven de muestra para conocer los indicadores en la comisión de los mencionados tipos delictivos.

Los datos siguientes abarcan las fechas del 1 al 31 de diciembre de 2006 :

Detenciones ilegales	19
Abuso de autoridad	88
Desaparición forzada	2
Aprehensiones ilegales	1
Desobediencia(por funcionarios)	4

Como puede observarse, es perturbador el índice de procesos iniciados por abuso de autoridad en contra de funcionarios estatales, ya que de acuerdo

con la observación hecha al principio, nos estamos refiriendo a datos que se obtuvieron únicamente a un mes.

De igual forma, es de resaltar la cifra referida a detenciones ilegales, porque de la misma manera aparece un número excesivo de denuncias, para un período de únicamente treinta y un días. Asimismo, los dos casos de desaparición forzada, implican necesariamente una interpretación que entraña una fuerte preocupación, por la actuación de los funcionarios encargados de auxiliar a la administración de justicia en el país. Más allá de lo que supone el conocimiento de estos datos, y la preocupación por la desconfianza de los ciudadanos hacia las autoridades policiales, resulta inquietante que a más de veinte años de iniciado el proceso de vuelta a la democracia tras las cruentas dictaduras militares que abatieron el país, la consolidación de las instituciones estatales se encuentra lejos de lograrse. Si hace diez años se estableció una Comisión para el Fortalecimiento de la Justicia, que en su primer informe desnudó la realidad de la administración de la justicia en el país, las recomendaciones propuestas por dicha entidad parecen palabras sin importancia.

Desde la creación de la Constitución Política de la República, hasta los Acuerdos de Paz, la preocupación por la correcta administración de justicia, y sobre todo, el respeto a los derechos humanos, no podrán materializarse, si no existe la voluntad para transformar las instituciones, de manera que los

principios de una Guatemala democrática, republicana e incluyente sean más que una declaración de principios, una realidad.

CONCLUSIONES

1. Los principios de *causa probable*, *sospecha razonable* y de *The Whole Picture*, emanan de la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, como preceptos que garantizan la protección de la persona sujeta a detención por parte de funcionarios policiales, o por particulares.
2. La sospecha razonable es una medida legal en la legislación de los Estados Unidos, por la que una persona puede ser involucrada con actividades delictivas, basándose en hechos articulables e inferencias.
3. La causa probable sucede cuando hechos conocidos y circunstancias, de una razonable y confiable naturaleza, son suficientes para justificar en un individuo prudente la creencia de que un hecho delictivo se ha cometido o está siendo cometido.
4. La doctrina de *The Whole Picture*, ha sido establecida por la Suprema Corte de los Estados Unidos al señalar que para determinar si existe "causa probable" o "sospecha razonable" para inspecciones y requisas se debe considerar la totalidad de las circunstancias del caso.

5. Según lo establecido en la Constitución Política de la República, un funcionario no puede detener con fines de identificación personal, cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito, por ende, la privación del derecho a la libertad ambulatoria, so pretexto de mera identificación constituye una agresión ilegítima.

6. Las detenciones realizadas por las autoridades policiales, en nuestro país, no pueden sustentarse legalmente en las doctrinas de *causa probable*, *sospecha razonable* y de *The Whole Picture*, ya que estas no se encuentran manifiestamente regulados en la legislación.

7. Los índices de detenciones ilegales cometidas en el país son inquietantemente elevados, lo que sustenta afirmación de que existe en la función policial, una fuerte tendencia a realizar capturas basadas en conjeturas o meras especulaciones.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario fortalecer los entes encargados de la administración de justicia, y los encargados de auxiliar en su aplicación, como el caso de la Policía Nacional Civil; esta consolidación debe traducirse necesariamente en transformación de las estructuras, modernización y profesionalización.
2. Es necesario capacitar a los elementos de la Policía Nacional Civil, a través de la Academia de esta organización, sobre la prevalencia de las garantías individuales contenidas en los tratados internacionales de Derechos Humanos que rigen en el país, así como el contenido de la Constitución Política de la República, y los Acuerdos de Paz, específicamente en la fundamentación de las detenciones y los derechos del individuo sujeto a ese tipo de coerción.
3. Es indispensable unificar en un solo tipo legal, la regulación de las detenciones ilegales, a usanza de las legislaciones extranjeras, de manera que se excluya una confusa interpretación de los postulados que tipifican la aprehensión injustificada.

4. La misma falta de claridad en los tipos legales, puede resultar en la comisión de arbitrariedades en la captura de los individuos sindicados de la comisión de delitos; así, se resalta la urgente necesidad de que los tipos legales relacionados con este tema se encuentren claramente delimitados y concretamente establecidos.

5. Es necesario operar las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, referidas a la captura de los individuos señalados por la comisión de ilícitos penales. Para esto, los entes existentes en la materia, como la Comisión Presidencial de Derechos Humanos (COPREDEH) y la misma Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH) deben participar en la formulación de los mecanismos que permitan cumplir con estos objetivos.

6. Aún cuando han pasado más de diez años desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de Guatemala, su puesta en práctica continúa siendo incorrecta, lo que también sucede en las áreas referentes a la captura y aprehensión. Así, es necesario fortalecer los entes operadores de la justicia penal, de manera que su funcionamiento se traduzca en el cumplimiento de sus propias disposiciones y la consolidación de las instituciones mencionadas.

7. Es necesario que las facultades de Derecho de las universidades del país actualicen sus programas de estudios, específicamente en materia procesal penal, de manera que las áreas que se han estudiado en esta investigación, sean plenamente discutidas y permitan el mejoramiento institucional del país.

BIBLIOGRAFÍA

- BANACLOCHE Palao, J. **La libertad personal y sus limitaciones**. Editorial McGraw Hill. Madrid, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público**. En revista Doctrina Penal número 12. Editores Del Puerto. Buenos Aires, 1994.
- CAFERATA NORES José. **La prueba en el proceso judicial**. Editorial De Palma Buenos Aires. 1994.
- CALDERÓN MORALES, Hugo. **El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Guatemala**. Consultado en www.usfq.edu.ec/foro/05.pdf. El 15-01-2007.
- CLARIÁ OLMEDO, José. **El Proceso Penal**. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- CLIMENT DURÁN, Carlos. **Detenciones ilegales policiales**. Tirant lo Blanch, Valencia. 1998.
- Comunicación W 687/1996, Rojas García C. Colombia (dictamen aprobado el 3 de abril de 2001, en el 71 ° período de sesiones), en Informe del Comité de Derechos Humanos, volumen 11, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/56/40), Ginebra, 200.
- Corte Suprema de Justicia de la Argentina. Sentencia del 22-2-2005, Y.208.XXXVI, Ventura, Vicente Salvador y otro causa N° 9255, Revista Investigaciones \2 (2004)
- CORWIN Edward S. **La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual**. Editorial Fraternal. Buenos Aires, 1987.
- DONNA, Edgardo A. **Teoría del Delito y de la Pena**. Editorial Astrea Buenos Aires 1995.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. **Curso de Derecho Administrativo**. Editorial Tecnos, Madrid, 1965.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. **El derecho a la libertad personal**. Universitat de Valencia, 1995.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Proceso Penal y Derechos Humanos**. Editorial Porrúa. México, 1998.
- HALL, Kermit. **The Oxford Companion to American law**. Oxford University Press. 2002.
- Investigaciones Secretaria de derecho comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación T. 1. Suprema Corte de los Estados Unidos (2000).
- JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Editorial BDF. Bogotá, 1998. Pág. 267
- LANDROVE DIAZ, Gerardo. **Detenciones ilegales y secuestros**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. **De la captura a la excarcelación**. Editorial Temis. Bogotá, 1993.
- MAURACH, Reinhart – GOSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz: **Derecho penal. Parte General**. Tomo 2. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Gensch. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MEANS, Randy et al. **Probable cause and reasonable suspicion**. St Louis, Mo.: Alert & Able, 2005.
- METER, Carlos y Randy MEANS. **Probable cause and reasonable suspicion**. St. Louis, Mo. Alert&Able. 1998.
- MILLER, Gary. **Drugs and the law: detection, recognition & investigation**. Gould Publications. Charlottesville, 2005.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto. **Derecho de la función pública**. Madrid: Dykinson, 1996.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **El delito de práctica ilegal detención por funcionario público**. Edersa, Madrid, 1990.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2003.
- STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal. Parte general**. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2005.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**. Editorial Universidad Externado. Bogotá, 1998.

- WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Editorial Jurídica. Santiago, 1997.
- WHITE, Welsh. **Criminal procedure: constitutional constraints upon investigation and Proof**. Editorial Lexis Nexis, Newark. 2004.
- WITT, Elder. **The Supreme Court Yearbook**. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1991
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**. Tomo I. EDIAR, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1989.

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Suscrita en París, Francia, el 10 de diciembre de 1948. Entre los países firmantes se encuentra Guatemala.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Aprobada en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1949. Entre los países firmantes, se encuentra Guatemala.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**. Aprobada en Nueva York, Estados Unidos, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sesión del 9 de diciembre de 1975.
- Código Penal y sus reformas**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73,1973.
- Código Procesal Penal y sus reformas**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

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