

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA AL  
APLICARSE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, AL MOMENTO DE DECRETARSE  
LA MEDIDA DE COERCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN EL PROCESO  
PENAL GUATEMALTECO**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MARIO EDUARDO LÓPEZ ZACARÍAS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, febrero de 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

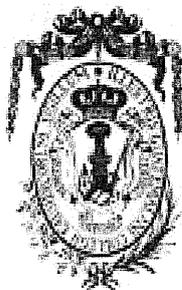
**Primera Fase:**

Presidente:	Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Vocal:	Lic. José Luis de León Melgar
Secretario:	Lic. Amilcar de Jesus Pop Ac

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Emilio Gutierrez Cambranes
Vocal:	Lic. Arnoldo Torres Duarte
Secretaria:	Licda. Mirza Eugenia Irungaray López

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



## BUFETE JURIDICO ZEPEDA CHEVILLON

Lic. Julio Fernando Zepeda Chevillón;  
ABOGADO Y NOTARIO  
6 calle 10-07, zona 7, Colonia Quinta Samayoa  
Tel. 52086231

Guatemala, 21 de febrero de 2012.

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales  
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.

Licenciado Guzmán:



Cumpliendo con la resolución dictada por esa Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller MARIO EDUARDO LÓPEZ ZACARÍAS, titulado : “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL PRINCIPIO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”, y luego de haber sido debidamente analizado, procedí a aconsejarle nuevamente al bachiller MARIO LÓPEZ, adicionar al título de tesis, el siguiente nombre: “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA O CULPABILIDAD EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL ENCARCELAMIENTO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”, tanto de su estructura como de su contenido, al respecto me permito:

### OPINAR:

- Que la investigación realizada por el bachiller MARIO EDUARDO LÓPEZ ZACARÍAS, ha sido discutida y conforme las sugerencias resultantes de su estudio y análisis, contiene desde mi particular punto de vista, un contenido científico aplicable, el cual incluye las técnicas de observación, reglas para el razonamiento y la predicción, así como las ideas sobre la experimentación planificada y los modos de comunicar sus resultados; toda vez que se han utilizado para su desarrollo tanto la metodología, como las formas demostrativas y variantes del mismo, extraídos de una bibliografía adecuada, de la cual se han realizado las consultas y citas correspondientes; con sus respectivas técnicas; entre los cuales los métodos empleados fueron el inductivo, deductivo, sintético, analítico, científico, entre otros; y entre las técnicas: la observación y el trabajo de campo.
- En cuanto a la redacción del presente trabajo, es prudente decir que se ha observado las técnicas gramaticales, con lo cual se ha logrado brindar definiciones, análisis, analogías, formas comparativas y estudio de causa y efecto, para lograr con ello, una presentación



acorde al tecnicismo gramatical, científico y jurídico en la presente tesis; su contenido científico y técnico, así como su metodología y técnicas utilizadas ya mencionadas; la redacción del trabajo, en el cual las conclusiones y recomendaciones representan un aporte importante a este trabajo de tesis para futuras consultas de nuevas generaciones y las actuales; producto de la bibliografía seleccionada acorde al tema que se trata.

Por lo antes expuesto y derivado del nombramiento relacionado, a usted presento el siguiente:

**DICTAMEN:**

- El presente trabajo investigativo constituye un aporte científico para el desempeño de la normativa jurídica y en general para que el planteamiento realizado pueda ser considerado como beneficio para el sistema y como tal puesto en práctica en el desarrollo de la aplicación del Proceso Penal guatemalteco, a la vez que contiene conclusiones que congruentemente se ajustan al contenido de su trabajo, por lo que considero que reúne en general los requisitos establecidos en el Artículo número 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, previo a optar a los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin más en particular, me suscribo de usted, atentamente,

**Lic. Julio Fernando Zepeda Chevillon.**

Abogado y Notario

Asesor de Tesis

Colegiado Número 7,220.

Cel. 5208-6231

**Julio Fernando Zepeda Chevillon**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**Colegiado Número 7220**



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



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

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): EDWIN LEONEL BAUTISTA  
MORALES, bajo de tesis del ( de la ) estudiante: MARIO EDUARDO LÓPEZ  
ZACARIAS, CARNE NO. 200142416, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA  
VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA O CULPABILIDAD EN EL  
USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL ENCARCELAMIENTO EN EL  
PROCESO PENAL GUATEMALTECO"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las  
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,  
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer  
constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de  
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual  
dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su  
opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de  
investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución  
científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o  
desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".

  
M.A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
LEGM/jrvch





Lic. Edwin L. Bautista M.

ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado 3903

Guatemala, 16 de agosto de 2012.

DOCTOR:

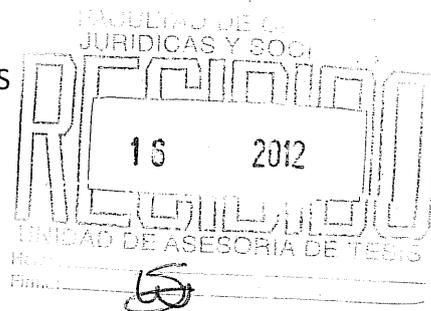
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA

COORDINADOR DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

SU DESPACHO.



DOCTOR MEJÍA ORELLANA:

Tengo el honor de dirigirme a usted, haciendo referencia a la providencia de la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha dos de marzo de dos mil doce, por medio de la cual se sirvió trasladarme el trabajo de tesis presentado por el estudiante MARIO EDUARDO LÓPEZ ZACARÍAS, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA O CULPABILIDAD EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL ENCARCELAMIENTO EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO". Al respecto manifiesto lo siguiente:

- a) Al estudiar y analizar el contenido del presente trabajo de investigación, se modificó el título de la presente tesis por estar mal nominado y ser contradictorio en su significado y contenido, sugiriéndose el título de la misma de la forma siguiente: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA AL APLICARSE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, AL MOMENTO DE DECRETARSE LA MEDIDA DE COERCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO, del cual el estudiante estuvo de acuerdo con la referida modificación.
- b) El presente trabajo de investigación contiene, un estudio jurídico y doctrinario sobre las diferentes formas en que se viola el principio de inocencia en las diversas fases de la detención del sujeto activo en la comisión del delito al momento de decretarse la medida de coerción de la prisión preventiva por la cual se priva de libertad a una persona; logrando en sí causar un efecto intimidatorio anticipado a la pena que, según el derecho y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debe ser tratado y considerado como inocente, ya que en Guatemala los entes encargados de la administración de justicia, tienen en la actualidad el criterio erróneo en la aplicación prioritaria del principio de culpabilidad sobre el principio de inocencia; lo cual hace que el sistema sea eminentemente de carácter



*Lic. Edwin L. Bautista M.*

ABOGADO Y NOTARIO  
Colegiado 3903

Inquisitivo y no bajo los postulados que inspiran el sistema acusatorio. Asimismo, el presente trabajo de investigación contiene un estudio analítico y técnico que plantea criterios lógicos para enfrentar la obligación que tienen los órganos encargados en la Administración de Justicia, de respetar el ordenamiento jurídico penal guatemalteco y la garantía procesal del debido proceso y evitar que se quebrante la presunción de inocencia como una garantía constitucional a favor del procesado.

- c) El estudio doctrinario y jurídico del presente trabajo de tesis se sustentó en el uso de los métodos y técnicas de investigación, fundamentados en el analítico-sintético y deductivo-inductivo, como le fue recomendado al estudiante.
- d) En cuanto a la redacción y estructura de la investigación, la misma es acorde con el desarrollo de la temática, los criterios técnicos-jurídicos y se coincide con lo manifestado por su asesor de tesis dentro del presente trabajo.
- e) El presente trabajo de tesis constituye un aporte significativo para identificar las deficiencias que actualmente quedan plenamente demostradas en el proceso penal guatemalteco, al violentarse por parte de los órganos encargados en la administración de justicia, principios y garantías constitucionales del debido proceso y la presunción de inocencia, proponiendo el sustentante soluciones para velar por el estricto cumplimiento y respeto de las garantías antes citadas, que le asisten al procesado en cualquier fase e instancia del procedimiento penal.
- f) En relación a las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo, son acordes a la hipótesis planteada, y el desarrollo de la investigación ha demostrado que las mismas son contestes con los planteamientos efectuados.
- g) La bibliografía utilizada por el ponente se encuentra actualizada y acorde al trabajo técnico científico de tesis realizado por el sustentante.

Por todo lo anterior, estimo que la presente tesis cumple con los requisitos ordenados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito DICTAMEN FAVORABLE, para que se continúe con el trámite que en derecho corresponde y su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las muestras de mi distinguida consideración y estima, atentamente:

LIC. EDWIN LEONEL BAUTISTA MORALES  
REVISOR COLEGIADO No. 3903

*Edwin Leonel Bautista Morales*  
ABOGADO Y NOTARIO



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de febrero de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARIO EDUARDO LÓPEZ ZACARIAS, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA AL APLICARSE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, AL MOMENTO DE DECRETARSE LA MEDIDA DE COERCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.



Rosario





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Nuestro Señor, por permitir este momento tan especial; para quien, toda la gloria y honra por el título logrado y por los que vendrán.
- A MIS PADRES:** Blanca Aracely Zacarías y Reinaldo López Mejía por todo el apoyo incondicional para que yo lograra alcanzar esta meta.
- A MIS ABUELITOS:** Hortensia Mejía y Luis López Reyes por todo el Sacrificio que manifestaron así mi persona para que yo alcanzara el éxito profesional.
- A MIS HERMANOS:** Susana, Luis y Juan Carlos por estar siempre a mi lado apoyándome y por ser parte importante de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Francisco Méndez, Fredy Córdova, Boris España, Miguel Portillo, Juan Luis, Pablo Prado, Daniel Prado y a todas sus familias.
- A LOS LICENCIADOS:** Lic. Edwin Leonel Bautista, Lic. Marvin Monroy, Lic. Julio Fernando Zepeda Chevillon, Lic. Alejandro Prado.
- A MI NOVIA:** Heydie Karolina Cerna por estar siempre a mi lado en los buenos y malos momentos.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Casa de estudios en donde adquirí sabiduría e inteligencia para poder hacer uso de éstas en mi vida y así ayudar a mi país.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. Teoría del delito.....	1
1.1. Delito .....	1
1.2. Teorías causalista y finalista de la acción.....	2
1.3. El sujeto activo en el delito .....	3
1.4. El sujeto pasivo en el delito .....	3
1.5. Sujeto pasivo de la conducta.....	4
1.6. Diferenciar entre objeto material y objeto jurídico del delito .....	4
1.6.1. Objeto materia .....	4
1.6.2. El objeto jurídico del delito.....	5
1.7. Los delitos atendiendo por el daño que causan .....	6
1.8. Los delitos en cuanto a su duración .....	8
1.8.1. Por su duración los delitos se dividen en instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes .....	8
1.8.2. Por la forma de la persecución del delito.....	9

### CAPÍTULO II

2. Análisis jurídico doctrinal de la prisión preventiva .....	11
2.1. Antecedentes históricos.....	11
2.2. Derechos fundamentales y prisión preventiva .....	14
2.2.1. La protección constitucional de la libertad .....	14
2.2.2. La coerción en el proceso penal.....	16
2.3. El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático .....	17

	<b>Pág.</b>
2.4. Cárcel .....	22
2.5. Prisión.....	23
2.6. Diferencia entre cárcel y prisión .....	24

### **CAPÍTULO III**

3. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva y solicitar la prórroga de encarcelamiento.....	27
3.1. Medidas de coerción.....	30
3.1.1. Presentación espontánea .....	31
3.1.2. Aprehensión.....	32
3.1.3. Prisión preventiva .....	33
3.1.4. Medidas sustitutivas de la prisión provisional .....	35
3.1.5. Cauciones.....	41
3.1.6. Coerción patrimonial.....	43
3.2. Probable responsabilidad del imputado.....	47
3.3. Peligro de fuga .....	48
3.4. Peligro de obstaculización .....	52
3.5. Peligro de reiteración delictiva en el Sistema Penitenciario.....	57

### **CAPÍTULO IV**

4. Límites de la prisión preventiva y la solicitud de la prórroga de encarcelamiento.....	61
4.1. Presunción de inocencia.....	62
4.2. Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso .....	65
4.3. Presunción de Inocencia como garantía procesal.....	67
4.3.1. Consideraciones preliminares.....	67
4.3.2. La garantía como derecho de grada constitucional .....	68

	<b>Pág.</b>
4.4. Presupuestos que violan la garantía a la presunción de inocencia.....	70
4.4.1. Concepto normativo de culpabilidad .....	70
4.4.2. El juicio de culpabilidad y sus elementos la imputabilidad.....	71
4.5. La presunción de culpabilidad, un mal costumbrista o un mal deliberado	72

## **CAPÍTULO V**

5. Presunción de culpabilidad el proceso penal guatemalteco y su contraposición trato de inocencia.....	77
5.1. Presunción de culpabilidad .....	77
5.1.1. Concepto normativo.....	77
5.1.2. Otras definiciones de culpabilidad .....	77
5.2. Bases de su utilización.....	78
5.2.1. La imputabilidad disminuida .....	90

## **CAPÍTULO VI**

6. Análisis jurídico de la violación del principio de inocencia al aplicarse el principio de culpabilidad al momento de decretarse la medida de coerción de prisión preventiva .....	93
6.1. Disposiciones normativas .....	93
6.2. Duración y control en el código procesal penal guatemalteco.....	104
6.2.1. Duración y cesación .....	104
6.3. Uso real de la prisión preventiva.....	106
6.4. Análisis de la aplicación del principio de culpabilidad al momento de decretarse la prisión preventiva en el proceso penal guatemalteco ..	109
<b>CONCLUSIONES</b> .....	125
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	127
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	129



## INTRODUCCIÓN

Con esta investigación se pretende realizar un estudio minucioso de las diferentes formas en que se viola el principio de inocencia, en las diversas fases de la detención del sujeto activo en el delito y llevar a cabo un análisis acerca de la prisión preventiva, con la cual se produce un efecto intimidatorio anticipado de la pena, contrario a derecho al indicar que debe ser tratado y considerado inocente.

La hipótesis planteada para este trabajo es, en relación a que los procedimientos llevados a la práctica por los elementos de la Policía Nacional Civil en la detención y la aprehensión de una persona, denotan un prejuicio de culpabilidad del imputado en el proceso, los cuales son transmitidos al Fiscal del Ministerio Público y, por ende, al órgano jurisdiccional, lo que hace que sea la prejuiciosidad la que maneje el procedimiento preparatorio, violando el principio de inocencia y obviando el *status* de inocencia del imputado; la cual fue comprobada.

El objetivo general, para este estudio, fue: identificar cuáles son las causas jurídicas de violación del principio de inocencia en la fase de instrucción del proceso penal guatemalteco por la investigación que realiza el Ministerio Público; y, como específicos: determinar cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento del principio de inocencia dentro del procedimiento común; concretizar cuáles son los obstáculos jurídicos que afronta el Ministerio Público para llevar a cabo una investigación objetiva en la fase de instrucción del proceso penal; establecer, con claridad, el principio de inocencia durante la etapa preparatoria del proceso penal guatemalteco; evaluar las condiciones jurídicas de la investigación y su desarrollo dentro del proceso penal guatemalteco; comprobar que para evitar el prejuicio de culpabilidad en la fase de instrucción del proceso penal guatemalteco se debe garantizar la objetividad de la investigación, determinando claramente cuáles son las causas de la violación al principio de inocencia.



La Constitución Política de la República de Guatemala, regula el principio de inocencia, específicamente en el Artículo 14; por lo que, mientras no haya sentencia el imputado es jurídicamente inocente y por lo cual no sería admisible, por ningún motivo, un anticipo de pena, ya que toda privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso; en Guatemala prevalece la aplicación del principio de culpabilidad sobre el principio de inocencia, toda vez que en la práctica el acusado debe demostrar su inocencia, toda vez que existe falta de aplicación del principio de objetividad por parte del Ministerio Público.

Esta tesis se divide en seis capítulos: en el primero se analiza la teoría del delito; el segundo trata acerca del análisis jurídico doctrinal de la prisión preventiva; en el tercero se analizan los presupuestos para ordenar la prisión preventiva y solicitar la prórroga de encarcelamiento; en el capítulo cuarto se estudian los límites de la prisión preventiva y la solicitud de prórroga de encarcelamiento; el quinto se relaciona a la presunción de culpabilidad en el proceso penal guatemalteco y su contraposición en trato de inocencia; y, el sexto, contiene el principio de culpabilidad, al aplicarse al momento de decretarse la medida de coerción de la prisión preventiva, los cuales se refuerzan al final con las consideraciones y recomendaciones a las cuales se arriba en este informe.

Cabe indicar que, los métodos utilizados en la elaboración de esta tesis fueron: el analítico, con el cual se estableció la importancia de establecer las formas en que se viola el principio de inocencia; el sintético, determinó sus particulares en el proceso; el inductivo, señaló su aplicación legal; y, el deductivo en el que se analizó jurídica y doctrinariamente la importancia de velar por el cumplimiento del debido proceso. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó la información suficiente y de actualidad.

## CAPÍTULO I

### 1. Teoría del delito

#### 1.1 Delito

Es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana.

La teoría del delito se analiza desde su evolución a través de la historia, remontándonos a Alemania, hace ya más de un siglo hasta la actualidad considerando el *causalismo positivista*, para llegar al finalismo y luego al funcionalismo. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; ya que esta teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad por la perpetración de un hecho delictivo; conceptualizaciones que enuncian diversos autores y que coinciden en afirmar que la teoría del delito, representa una parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en sentido genérico, descomponiendo el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas, en requisitos o elementos que facilitan así la aplicación de la ley penal. Entre las categorías tradicionales del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) que se encuentran reestructuradas conforme a las directrices de la política criminal. Los enunciados de Jakobs, en su teoría sobre el funcionalismo sistémico, por el contrario, retracta la concepción tradicional del delito y diseña su sistema apoyado en las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann.

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede ésta rebajarse, es decir, atenuarse. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad. Pero lo que hoy día se conoce como teoría jurídica del delito es relativamente moderna: surge a finales del siglo XIX, cuando los docentes del derecho penal se ven en la necesidad de explicar a sus alumnos de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte. En concreto, surge en Alemania tras la promulgación del Código Penal de 1871.

## 1.2. Teorías causalista y finalista de la acción

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

**Voluntad:** Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

**Actividad:** Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito.

**Resultado:** Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

**Nexo de causalidad:** Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse la causa.

### 1.3. **El sujeto activo en el delito**

Es la persona física que comete el Delito, llamado también; delincuente, sindicado o criminal.

Será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, (La minoría de edad da lugar a la inimputabilidad), nacionalidad y otras características.

Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.

### 1.4. **El sujeto pasivo en el delito**

Es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, (patrimoniales y contra la nación). Estrictamente el ofendido es quien de manera indirecta reciente el delito: Ej.; Los familiares del occiso.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quién puede serlo y en qué circunstancias.

#### **1.5. Sujeto pasivo de la conducta**

Es la persona que de manera directa recibe la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

#### **1.6. Diferenciar entre objeto material y objeto jurídico del delito.**

##### **1.6.1. Objeto material**

Es persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se coloca a dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica, por Ej. el homicidio, lesiones y difamación.

En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, aguas, etc. Por ejemplo: En el robo, la cosa mueble

ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales; y en el daño o propiedad ajena lo son los muebles o los inmuebles, indistintamente.

### **1.6.2. El objeto jurídico del delito**

Es el interés jurídicamente tutelado por la ley.

El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

Al derecho le interesa tutelar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidios en razón del parentesco o relación con lo cual pretende proteger la vida humana.

Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. En razón a esto, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídico tutelado). Cada título del Código Penal agrupa a los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado.

### **1.7. Los delitos atendiendo por el daño que causan**

Según la forma de la conducta del agente o según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de **acción y de omisión**.

Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto.

En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio.

Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión se dividen en: Simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los de simple omisión o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma. Ej: Auxiliar a las autoridades para la averiguación de delitos y persecuciones de los delincuentes.

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, “consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer”<sup>1</sup>. Ej.: La madre que, con deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

---

<sup>1</sup>Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal. Tomo I, Parte General**, pág. 87.

Los de daño, consumados causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc.

**Los de peligro** no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causar un daño.

## **1.8 Los delitos en cuanto a su duración**

### **1.8.1. Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes**

**Instantáneo:** La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

**Para la calificación** se entiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

### **1.8.2. Por la forma de la persecución del delito**

#### **- De oficio**

Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no solo el ofendido puede denunciar la comisión del delito.

La mayor parte de los delitos, se persiguen de oficio, en cuyo caso, no procede el perdón del ofendido.

#### **- De querrela necesaria**

Éste sólo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes.



Los delitos que se persiguen por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo u otro. Los de oficio no tienen señalamiento y al ser omisa esa percepción, se entiende que son perseguibles de oficio.

## CAPÍTULO II

### 2. Análisis jurídico-doctrinal de la prisión preventiva

#### 2.1 Aspectos generales

Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente"<sup>2</sup>.

Los argumentos de críticos y defensores se producen en dos planos diferentes, quienes desean ampliarla invocan el deber de una administración de justicia eficiente de poner coto a la criminalidad; es decir, convertir a la prisión preventiva en un instrumento efectivo de lucha en contra de ésta. Mientras que, quienes la consideran excesiva, lo hacen desde la óptica de las restricciones formales de un procedimiento penal acorde con un estado de derecho.

Las críticas a la institución se han visto fortalecidas también por el serio cuestionamiento a que ha sido sometido el encierro como medida eficaz para producir algún efecto positivo, y que ha llevado a la puesta en evidencia de su urgente y necesaria sustitución como pena.

---

<sup>2</sup> Revista de Derecho Penal Argentino, *Crítica al derecho penal de hoy.*, Pág. 105.

Por otra parte, aun cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia, aprovechando el estado de inocencia de que goza durante el proceso, es lo cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, tal como quedó demostrado en la publicación "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"<sup>3</sup>, la convierten en una verdadera pena.

En este sentido afirma el profesor Raúl Zaffaroni, en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.

Ante esta disfunción -que sólo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho".<sup>4</sup>

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las

---

<sup>3</sup> Elías Carranza, Luis Paulino Mora. **Situación y perspectiva penitenciaria en América Latina y el Caribe**, Pág. 98.

<sup>4</sup> Domínguez, Federico. **El derecho a la libertad en el derecho penal**. Pág. 118.

pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad a la colectividad", asignándole un carácter de *sedante social* frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar".<sup>5</sup>

En la cultura progresista de los últimos años, se niega que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplaridad o el intento por apaciguar el alarmismo social. La única finalidad que esta cultura de las garantías y de los derechos le asigna a la prisión preventiva es aquella excepcional, de carácter instrumental, necesario para evitar el entorpecimiento del juicio.

El carácter de instituto de naturaleza eminentemente procesal ha sido definido como el constituir una excepción calificada a la libertad de los acusados, dentro de esa fase previa de investigación penal de los hechos en que aún no se ha resuelto la situación jurídica. En este contexto, la medida se justifica cuando en concreto, en

---

<sup>5</sup> Florianm, Eugenio. **La detención preventiva**. Pág. 18

la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente concretas que exigen la adopción de esa medida cautelar.

Con el afán de contribuir a esta discusión y formular algunas ideas, desarrollaremos el tema, a partir de su consideración tanto desde la perspectiva de los derechos fundamentales como desde su vinculación con el fenómeno del encierro aplicado como pena luego de la tramitación de un proceso.

## **2.2. Derechos fundamentales y prisión preventiva**

### **2.2.1. La protección constitucional de la libertad**

Al haber optado nuestro constituyente por la democracia como el régimen político aplicable, se estaba definiendo por un sistema de gobierno que garantiza un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales.

En este contexto, el derecho a la libertad, como parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales y sociales, fue ubicado dentro de los primeros artículos del texto constitucional, pudiendo apreciarse de esta forma el grado de reconocimiento que el constituyente le otorgó. La libertad deviene entonces en el bien por excelencia durante la existencia del ser humano.

El concepto va más allá del aspecto ambulatorio, abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra, de comercio etc., pero para los



efectos del tema objeto de estudio, este debe limitarse al derecho a la libertad ambulatoria, en relación con el desarrollo del proceso penal. La protección que el régimen democrático brinda en ese sentido se extiende a cualquier persona, incluyendo por supuesto a todos aquellos que ingresan a la maquinaria del sistema penal en condición de supuestos acusados por un hecho delictivo. El Estado debe garantizarles el reconocimiento absoluto de todos sus derechos y deberes, y brindarles medios de protección para cuando éstos le sean desconocidos.

Se debe reconocer sin embargo, que por desgracia, la realidad presenta un cuadro diferente, según el cual, el sujeto sometido a proceso pasa a formar parte de una categoría distinta de ciudadanos, para quienes los derechos fundamentales no tienen vigencia plena.

Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en nuestro país, tenemos los Artículos 4 y 5 de la Constitución Política y el 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra señala: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales."

Como garantía fundamental este derecho no ha sido considerado de carácter absoluto e irrestricto, pues se admite que en ciertas circunstancias pueda ser restringido, en salvaguarda de intereses sociales de mayor valor, y por ello, tanto la Constitución como la Convención Americana establecen los casos en que puede restringirse el disfrute de la libertad y la forma en que debe hacerse como supuestos de excepción. A estos se hará referencia más adelante.

## 2.2.2. La coerción en el proceso penal

Como resulta obvio, la sanción en este tipo de procesos es la consecuencia natural de la actuación de la ley material, resultado del haberse comprobado la realización de una conducta típica y antijurídica, por un sujeto capaz, al que puede serle reprochada jurídicamente, y como producto de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal competente, en los términos del Artículo 14 de la Constitución Política. La comprobación del derecho aplicado en relación con los hechos que se declaran acreditados es un paso lógico anterior a la sentencia, inexcusable en un Estado de Derecho. De esta manera, el procedimiento penal cumple una función instrumental, posibilita la realización del derecho penal material, de tal suerte que la interpretación acerca de su finalidad, naturaleza, alcance y eficacia de sus normas y principios, debe ceñirse a ese carácter, que también tiene una función garantizadora cuya configuración sistemática está definida en la propia Carta Magna.

Desde esta perspectiva Domínguez opina, "todo otro acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal".<sup>6</sup>

En primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de

---

<sup>6</sup> Trejo Duque, Julio Aníbal. **El derecho a la libertad en el proceso penal.** Pág. 9.

una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero éstos se convierten en la práctica de una función instrumental y de garantía.

La coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo se analiza la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

La tendencia dominante en la doctrina latinoamericana confirma la tesis de que la prisión preventiva solamente puede perseguir fines de aseguramiento procesal y no aquellos de carácter penal material.

También un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: "la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".<sup>7</sup>

### **2.3. El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático**

---

<sup>7</sup> Lobet, Javier, **La prisión preventiva (límites constitucionales)**. Pág. 177.

El problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas.

Según los estudios y análisis elaborados por Elías Carranza "es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad".<sup>8</sup>

La medición del aumento de la criminalidad es por otra parte una tarea muy difícil. Cuando se recurre al método de análisis de estadísticas policiales o judiciales y encuestas a autores y víctimas, no podemos perder de vista su inexactitud por lo dificultoso que resulta determinar la llamada "cifra negra", y también porque el método de estadísticas policiales y judiciales tiene el inconveniente no solo de las dificultades de averiguación de los delitos, sino también el de depender de la disposición de denunciar que tienen las víctimas.

El recurso a la seguridad ciudadana ha sido capitalizado políticamente en nuestro medio, y a él se ha vinculado solo lo referido al tema de la seguridad personal y del patrimonio frente a la potencial agresión. En realidad se puede afirmar que se ha desarrollado una histeria colectiva, por ese sentimiento de inseguridad que han fomentado los medios de comunicación, fenómeno que es altamente peligroso, pues este conduce por equivocados caminos no solo en materia de política

---

<sup>8</sup> Editorial Uned, Compilación. **Criminalidad ¿prevención o promoción?**. Pág. 95.

criminal, -si es que puede hablarse de ella en nuestro país-, sino también en la actitud de la población que ha optado por recurrir a organizarse para supuestamente garantizarse la seguridad personal.

Al derecho penal y al procesal en su campo, se les encarga, en este contexto, del cumplimiento de una función que no les atañe, el ser garantes de esa seguridad, justificándose el que se proceda a actuar sin ataduras legales, es decir, que al delincuente se le juzgue y ejecute con las formalidades de la realización de un proceso.

El concepto, que es bastante difuso, ha sido empleado como sinónimo de seguridad física en las calles, desconociéndose que incluye también lo referido a libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los políticos, económicos y sociales, que nunca se han visto afectados cuando ha habido un incremento de actividades delictivas.

Se evidencia de esta forma que luego del abandono de la doctrina de la seguridad nacional, que en su guerra contra el marxismo justificaba la tortura, las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, se defiende hoy día una guerra contra la delincuencia utilizando métodos similares.

Señala el Dr. Javier Llobet que en Latinoamérica, a diferencia de lo ocurrido en la época del fascismo en Europa en donde fueron las filas oficialistas las que se agruparon reclamando una mayor represión contra la criminalidad, las críticas se

producen en el marco de la libertad de prensa y de la realización de elecciones, "es importante anotar que el reclamo de una mayor seguridad ciudadana, abandonando las garantías penales y procesales, está íntimamente relacionado con la libertad de prensa y el desarrollo de elecciones. Sin embargo, paradójicamente las campañas de ley y orden llevadas a cabo por la prensa, desembocan en el llamado a un Estado fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia"<sup>9</sup>.

De este punto de vista se infiere que en un régimen democrático, la delincuencia solo puede reprimirse a través de los procedimientos establecidos en forma previa, de conformidad con los principios del respeto a la dignidad del ser humano. En este sentido, es indispensable que, si en la etapa procesal de investigación, con el objeto de proteger los fines del proceso y mantener vinculado a quien se somete al mismo, se debe restringir su libertad, solamente se pueda tomar tal determinación como última ratio, con las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido, dentro del orden sistemático que conforma el debido proceso.

Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más

---

<sup>9</sup> Autor. Op.cit. Pág. 118

firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado".<sup>10</sup>

Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos ratificados por el Congreso de la República, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza".<sup>11</sup>

Lamentablemente en Guatemala se ha respondido al aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso. Es así como el Poder Legislativo aprobó una excesiva legislación en materia de delitos y penas para lograr un mayor control en la delincuencia organizada. Pese a ello, la tasa de delincuencia registrada ha sido más alta en el último año, y como era de esperarse tampoco se provocó una disminución en otras delincuencias, pero la opinión pública se tranquilizó.

El aumento desmedido de las leyes no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios

---

<sup>10</sup> Pastor, Daniel R. **El encarcelamiento preventivo. El nuevo código procesal penal de la nación. Análisis crítico.** Pág. 44.

<sup>11</sup> **Ibid.** Pág. 44.

fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario. La historia ha demostrado que los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad.

En esta región sobran los ejemplos, las dictaduras militares latinoamericanas, en su mayoría legitimaron sistemas de excesiva represión y permitieron los abusos que todos conocemos. El control se inició primero con la delincuencia común, pero los perseguidos fueron muy pronto los sindicalistas, los opositores políticos y simples ciudadanos. A estos regímenes se debe el surgimiento de fosas comunes y miles de desaparecidos, para mencionar solo algunos de sus logros.

Además del aumento de las leyes algunos proponen incrementar el término de la prisión preventiva, pretendiendo que el imputado empiece a cumplir su pena antes del dictado de la sentencia, con las graves violaciones de derechos fundamentales que ello implica como veremos.

#### **2.4. Cárcel**

En un sentido amplio este término se identifica como el lugar, edificio o local físico en donde se destinará la custodia y seguridad de los presos. Dentro de éste concepto genérico, existen otras denominaciones, relacionadas con los locales destinados a la reclusión de delincuentes o presuntos delincuentes.

Corrientemente se llama cárcel la destinada a las detenciones preventivas (cárceles de encausados) o al cumplimiento de penas de corta duración, contrario a la prisión o presidio.

La estructura y distribución de las cárceles, presidios y prisiones varía no sólo su destino, sino también según el sistema penitenciario adoptado.

## **2.5. Prisión**

Es el establecimiento carcelario donde se encuentran los privados de libertad por disposición gubernativa o judicial, quienes son acusados de delitos graves.

Dentro del contexto de las penas, se le conoce con este nombre a una de las penas en las que se priva de la libertad al individuo, la cual puede ser de duración y carácter variable según la legislación de los países.

La prisión preventiva, es aquella medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que conoce del caso, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Como esta precaución es contraria en cierto modo al principio de que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta sin las cuales la medida resultaría ilegal. Son ellas: Que la existencia del delito esté justificada cuando menos por semiplena prueba; que al detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndosele además impuesto de la causa de su prisión; que haya indicios suficientes para creer que el

imputado es responsable del hecho. El juez podrá decretar la libertad provisional del encausado en los casos y en la forma que la ley determine.

## **2.6. Diferencia entre cárcel y prisión**

Dentro de las denominaciones del concepto genérico de cada una de las connotaciones se deduce la importancia de resaltar el hecho de que en cada país según la legislación que regula la materia penitenciaria caben diferentes acepciones sin embargo, se parte del principio básico conocido por la mayoría de que en nuestro país la connotación cárcel, se refiere al lugar físico en donde se asegura la presencia del encausado durante un tiempo estipulado el cual no es de larga duración; en sentido contrario sucede, que la acepción de prisión la cual se asocia según nuestra cultura penitenciaria es la pena, la cual priva de libertad al individuo por orden de un juez el cual evalúa una serie de condiciones y disposiciones para que esta sea ejecutiva y tenga carácter de apego a los principios procesales entre ellos el de presunción de inocencia y el de legalidad.

Se establece entonces que en realidad la diferencia entre una y otra definición no es mas que la interpretación que se pueda hacer entre el lugar físico en el que se asegura la permanencia del encausado (cárcel) y por otro lado el nombre con el cual se le identifica a la pena privativa de la libertad (prisión).

En la legislación procesal penal de Guatemala, ambos conceptos tienen estrecha relación por su carácter ejecutivo y de aplicación dentro del derecho penitenciario el



cual reúne ciertas características para cada uno de ellos tal y como lo determina la doctrina del derecho penal ejecutivo.



### CAPÍTULO III

#### **3. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva y solicitar la prórroga de encarcelamiento**

Se puede afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad tal y como lo indica el Artículo 13 de la Constitución, en tal sentido la Corte de Constitucionalidad en su gaceta número 4, expedientes acumulados números 68-87 y 70-87, pagina número 9, sentencia: 21-05-87 en su parte conducente resuelve "...La regla general es la libertad personal, por lo que la excepción es la prisión provisional. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de

la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales".<sup>12</sup>

De esta forma la excepcionalidad se convierte en el principio básico que regula la institución y que tiene jerarquía tanto constitucional como internacional al estar consagrada en los instrumentos de derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 9 inc 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general."

La constitucionalidad de la prisión preventiva se resalta en nuestra Constitución Política en el Artículo 13 al señalar que: "No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito, relacionado directamente con el principio de inocencia contenido en el Artículo 14, que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio. Si la autoriza el citado Artículo 13, ello hace que no resulte inconstitucional por estimarla contraria a lo reglado en el 14, siempre y cuando se la utilice cuando sea indispensable a los fines propios del proceso, ya sea impidiendo la fuga del encausado o el éxito de la investigación, imposibilitando la alteración u ocultación de la prueba. El constituyente permitió la afectación de la libertad de los encausados, por medio de la prisión preventiva, pero al aceptar el principio de inocencia en el Artículo 14, ello tiene como consecuencia -cuando se interpretan ambas normas, relacionándolas-, que la prisión preventiva sólo pueda acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la

---

<sup>12</sup> Bovino, Alberto. **Temas de derecho penal guatemalteco**. Pág. 40.

existencia de una colisión de intereses -en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia- puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, pueda afectarse la libertad. Para adecuar la institución a las exigencias constitucionales, a la prisión preventiva se le constituyó en medida cautelar o precautoria, que como todas las del mismo género es provisional, ameritando ello que deba concluir cuando no resulte necesaria a los fines del proceso; para ello existen otras instituciones procesales. La prórroga o terminación extraordinaria es una de ellas, según los Artículos 325 y 332 del Código Procesal Penal procede cuando vencido el término ordinario de la instrucción, no existieren elementos de convicción suficientes para sobreseer, se puede solicitar la clausura provisional no elevando a juicio el proceso. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo -su libertad-, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el sindicado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en nuestro medio por la propia constitución en su Artículo 14. Esta tesis fue aceptada a nivel legal en el Artículo 259 del Código de Procesal Penal, en el que se dispone:

"Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en el. La

libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

Las medidas cautelares deben ser utilizadas sólo cuando circunstancias propias del proceso así lo exijan, son provisionales -no definitivas- y deben necesariamente darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso o hayan cumplido ya con su cometido. De lo anterior puede concluirse que tanto el marco constitucional, como el convencional, permiten la prisión preventiva (Artículos 13 de la Constitución Política y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero ella, según se ha dicho, debe ser aplicada por los jueces, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de modo tal que cuando resulte innecesaria, es obligación del juez hacerla cesar, ya sea en aplicación del Artículo 268 del ordenamiento procesal penal o acordando la excarcelación del encausado -aún de oficio-.

Sin embargo, a criterio del autor de la presente investigación el texto constitucional merece una reformulación para adquirir mayor solidez, pues lo cierto es que admite interpretaciones en sentido diverso al expresado por los constituyentes que pueden cuestionar su fundamento.

### **3.1 Medidas de coerción**

Las medidas de coerción personal son aquellos medios de restricción al ejercicio de derechos personales del imputado impuestos durante el curso de un proceso

penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley substantiva al caso concreto. Son medios jurídicos de carácter cautelar o temporal de los que dispone el órgano jurisdiccional, para poder legalmente vincular al proceso penal a la persona sindicada de la comisión de un delito. Si se aprehende a una persona y se le aplica prisión preventiva o detención, esto constituye una medida coercitiva personal o directa, ya que es una limitación que se impone a la libertad del imputado para asegurar la consecución de los fines del proceso.

**Fines:** Garantizar que el imputado no evada su responsabilidad, en caso de obtener una sentencia de condena. Estas medidas deben interpretarse siempre en forma restringida, y aplicarse en forma excepcional contra el sindicato, ya que en las ocasiones en que el juzgador las dicte, será porque en efecto es indispensable vincular al imputado al proceso, para evitar que éste se fugue, o en su caso, que exista peligro de obstaculización de la verdad y sólo debe decretarse cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley. La detención provisional tiene como fin asegurar que el imputado no burle el cumplimiento de la ley, ya sea, obstaculizando la verdad del hecho, o bien a través de una posible fuga, o que haga desaparecer los vestigios y evidencias de la escena del crimen, o intimidar a los testigos, por ejemplo.

### **3.1.1 Presentación espontánea**

La ley indica que quien considere que puede estar sindicado en un procedimiento penal podrá presentarse ante el Ministerio Público, pidiendo ser escuchado. (Artículo 254).

### 3.1.2 Aprehensión

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 inmediatamente 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. (Artículo 257 del Código Procesal Penal).

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. (Artículo 258 del Código Procesal Penal).

**Formas y casos:** Como se pudo notar en la definición legal anterior las formas son dos: a) en el momento de la comisión del delito; b) y posteriormente a su comisión existiendo continuidad en la persecución. Los casos serían cuando hay delito flagrante y cuando hay orden de juez competente para la detención.

**Detención:** En los casos en que el imputado se oculte o se halle en situación de rebeldía, el juez, aún sin declaración previa, podrá ordenar su detención. Si ya hubiere sido dictada la prisión preventiva, bastará remitirse a ella y expresar el motivo que provoca la necesidad actual del encarcelamiento. (Artículo 266 del Código Procesal Penal).

De la definición anterior, se desprende que la detención es una medida coercitiva personal que consiste en la privación de la libertad de una persona, contra quien existe presunción de responsabilidad de la comisión de un delito. A esta persona se le priva momentáneamente de su libertad con el fin de ponerla a disposición del tribunal competente, asegurándola para los fines del mismo y para una eventual prisión preventiva. Podemos decir entonces que los presupuestos procesales para que el Juez ordene la detención cuando la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo se oculte o se halle en situación de rebeldía. (Véase Artículo 79 Código Procesal Penal).

### **3.1.3 Prisión preventiva**

La prisión preventiva es el encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca al juicio, que la pena será cumplida, y que en una y otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado u obstaculización de la verdad del hecho.

"A ninguno escapa la gravedad del problema que presenta esta medida coercitiva, ya que la utilización de la prisión preventiva contra el imputado en el proceso penal moderno, se interpreta como una pena anticipada, más aún en un país donde el sistema inquisitivo cobró su máxima manifestación durante muchos años... la privación de libertad del imputado, durante la substanciación del proceso penal, se caracteriza por vulnerar garantías procesales, ya que no debe ser aplicada al imputado, quien hasta ese momento es inocente. En ese sentido vale decir que la sentencia de condena, pronunciada por un Juez, o tribunal competente, es el único título legítimo que el Estado puede exhibir para aplicar una pena de prisión, restringiendo el derecho de libertad personal del imputado...

No obstante lo expuesto, se debe aceptar que la prisión preventiva es un instituto procesal reconocido por el régimen guatemalteco, sustentado en el Artículo 13 de la Constitución Política de la República, que establece: "No podrá dictarse auto de prisión, sin que proceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él. Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente."

**Sustanciación:** Esta medida a la que también se le denomina auto de prisión, está contemplada en el Artículo 259 del Código Procesal Penal que establece: "**Prisión provisional.** Se podrá ordenar la prisión preventiva después de oír al sindicado, cuando media información sobre la existencia de un hecho punible y

motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en el. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso." El artículo subsiguiente establece los requisitos que ha de contener el auto de prisión dictado por el juez competente; luego, el Artículo 261 prescribe los casos de excepción, en el sentido de que en los delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, asimismo de que no se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción. Inmediatamente después en los Artículos 262 y 263 se establecen los parámetros para determinar cuándo hay peligro de fuga y cuándo peligro de obstaculización, respectivamente.

#### **3.1.4 Medidas sustitutivas de la prisión provisional**

El gran porcentaje de población carcelaria que aumenta en los centros penitenciarios, casi todos a la espera de una decisión que ponga fin a su situación de incertidumbre, las condiciones en que se cumple el encarcelamiento, su duración injustamente prolongada y su utilización como anticipo de condena, son viejos problemas que a pesar de evidenciar una ilegalidad contra los derechos individuales del imputado, aún no ha encontrado solución en nuestros tiempos.

Por aquellas razones, en la actualidad existe en el derecho penal y procesal penal moderno una corriente doctrinaria orientada a través de una política criminal, que

tiende a extinguir completamente la aplicación de las medidas coercitivas que limiten la libertad del imputado. De tal suerte que se han creado medios alternativos o medidas sustitutivas a la prisión preventiva; estos mecanismos jurídicos apuntan a disminuir la actuación represiva del Estado, dignificando al delincuente, quien es el que soporta la enfermedad grave del encierro humano.

Hace mucho tiempo que se hablaba de sustitutivos penales. Enrico Ferri señaló que para prevenir los delitos es preciso que existan sustitutivos penales o equivalente de pena, orientaciones que permitan guiar la actividad humana a través de propuestas para un orden económico, político, científico, civil, religioso, familiar y educativo. Para menguar la criminalidad en toda la ciudadanía.

En ese orden de ideas, la descriminalización y despenalización son procesos necesarios para dejar la pena privativa de libertad como última razón y usar la fórmula de vaciamiento de las prisiones, considerando que raramente la prisión cura, sino que por el contrario, corrompe, y ni a la larga se constituye en un amparo contra la criminalidad; donde existe la promiscuidad, ociosidad, superpoblación y ningún esfuerzo por la superación o resocialización del hombre penado.

No obstante el *ius imperium* del Estado para defender a la colectividad del crimen, existe el principio de excepcionalidad al encarcelamiento preventivo, en aquellos casos que no haya peligro de fuga ni de obstaculización de la averiguación de la verdad.

De tal manera que las medidas sustitutivas son alternativas o medios jurídicos procesales, de los que dispone el órgano jurisdiccional para aplicar el principio de excepcionalidad en el proceso penal, limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja la libertad del sindicado, haciendo patente, los derechos y garantías constitucionales del imputado.

De conformidad con el Artículo 264 del Código Procesal Penal, se establece que: "Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe;
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe;
- 4) La prohibición de salir sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;

- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- 7) La presentación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrán también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento basta para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumerada anteriormente en procesos instruidos contra reincidente o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada,



violación calificada, violación de menores de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado."

Artículo 264 Bis. Arresto Domiciliario en Hechos de Tránsito. Creado por el Decreto 32-96 el cual queda así.

Cuando se trate de hechos por accidentes de tránsito, los causantes de ellos deberán quedarse en libertad inmediata, bajo arresto domiciliario.

Esta medida podrá constituirse mediante acta fraccionada por un Notario, Juez de Paz o por el propio jefe de Policía que tenga conocimiento del asunto; estos funcionarios serán responsables si demoran innecesariamente el otorgamiento de la medida. El interesado podrá requerir la presencia de un fiscal del Ministerio Público a efecto de agilizar el otorgamiento de dicha medida. En el acta deberán hacerse constar los datos de identificación personal tanto del beneficiado como de

su fiador, quienes deberán identificarse con su cédula de vecindad o su licencia de conducir vehículos automotores, debiéndose registrar la dirección de la residencia de ambos.

El Juez de Primera Instancia competente, al recibir los antecedentes, examinará y determinará la duración de la medida, pudiendo ordenar la sustitución de la misma por cualesquiera de las contempladas en el artículo anterior.

No gozará del beneficio la persona que en el momento del hecho se encontrare en alguna de las situaciones siguientes:

- 1) En estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o estupefacientes.
- 2) Sin licencia vigente de conducción.
- 3) No haber prestado ayuda a la víctima, no obstante de haber estado en posibilidad de hacerlo.
- 4) Haberse puesto en fuga u ocultado para evitar su procesamiento.

En los casos en los cuales el responsable haya sido el piloto de un transporte colectivo de pasajeros, escolares o de carga en general cualquier transporte comercial, podrá otorgársele este beneficio, siempre que se garantice suficientemente ante el Juzgado de Primera Instancia respectivo, el pago de las responsabilidades civiles. La garantía podrá constituirse mediante primera hipoteca, fianza prestada por entidad autorizada para operar en el país o mediante

el depósito de una cantidad de dinero en la Tesorería del Organismo Judicial y que el juez fijará en cada caso.

Artículo 265. Acta.

Previo a la ejecución de estas medidas, se levantará acta, en la cual constará:

- 1) La notificación al imputado.
- 2) La identificación de las personas que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función o de la obligación que les ha sido asignada.
- 3) El domicilio o residencia de dichas personas, con indicación de las circunstancias que obliguen al sindicado o imputado a no ausentarse del mismo por más de un día.
- 4) La constitución de un lugar especial para recibir notificaciones, dentro del radio del tribunal.
- 5) La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones.

En el acta constarán las instrucciones sobre las consecuencias de la incomparecencia del imputado.

### **3.1.5 Caucciones**

Son medidas de coerción personal o actos cautelares de restricción al ejercicio patrimonial, limitando la disposición sobre una parte de su patrimonio del imputado impuestos durante el curso de un proceso penal, tendientes a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley substantiva al caso concreto. Son medios jurídicos de carácter cautelar o temporal de los que

dispone el órgano jurisdiccional, para poder legalmente vincular al proceso penal a la persona sindicada de la comisión de un delito.

**Formas:** Ya que las medidas de coerción personal se clasifican en personales y reales; siendo las personales las que abordamos en el apartado anterior. En tanto que las medidas de coerción real son aquellas que recaen sobre el patrimonio del imputado, entre ellas pueden citarse: el embargo y el secuestro. Pero ambas medidas tiene una misma finalidad, la cual consiste en garantizar la consecución de los fines del proceso los que pueden afectar, como ya se vio, al imputado o a terceras personas.

**Sustanciación:** Ya en la anterior medida de coerción que conforme el Artículo 264 del Código Procesal Penal, se establece que: "Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes: ...

7) La presentación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su



finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación..."

También que previo a la ejecución de este tipo de medidas sustitutivas, se levantará un acta con los requisitos del Artículo 265. Y en la sustanciación también: "Artículo 269. **Cauciones.** El tribunal, cuando corresponda, fijará el importe y la clase de caución, decidirá sobre la idoneidad del fiador, según libre apreciación de las circunstancias del caso. A pedido del tribunal, el fiador justificará su solvencia. Cuando la caución fuere prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente por el imputado la obligación de pagar, sin beneficio de exclusión, la suma que el tribunal haya fijado. El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal."

### **3.1.6 Coerción patrimonial**

Entre la coerción patrimonial existe el embargo y secuestro

#### **- Embargo:**

El embargo es el acto de coerción real por el cual se establece la indisponibilidad de una suma de dinero y otros bienes determinados (muebles o inmuebles) con el fin de dejarlos afectados al cumplimiento de las eventuales consecuencias económicas que pudieran surgir de la sentencia (pena pecuniaria, indemnización

civil y costas). Tal cumplimiento se llevará a cabo por el simple traspaso de lo embargado (si se tratara de dinero) o por su previa conversión en dinero mediante la ejecución forzada (si se tratara de otros bienes).

También se puede entender como un acto cautelar consistente en la determinación de los bienes que han de ser objeto de la realización forzosa, de entre los que posee el imputado o el responsable civil, en su poder o en el de terceros, fijando su sometimiento a la ejecución futura, que tiene como contenido una intimación al sujeto pasivo que se abstenga de realizar cualquier acto dirigido a sustraer los bienes determinados y sus frutos a la garantía de las responsabilidades pecuniarias. Esta medida únicamente puede ser decretada o ampliada por un Juez competente; ahora bien, según el Código Procesal Penal, puede en ciertos casos excepcionalmente ser decretada por el Ministerio Público, caso en el cual deberá solicitar inmediatamente la autorización judicial, debiendo consignar las cosas o documentos ante el tribunal competente.

El Artículo 278 del Código Procesal Penal, prescribe: "...**Remisión.** El embargo y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil. En los delitos promovidos por la Administración Tributaria, se aplicará lo prescrito en el Artículo 170 del Código Tributario. En estos casos será competente el juez de primera instancia o el tribunal que conoce de ellos. Sólo serán recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé."

**- Secuestro:**

El secuestro consiste en la aprehensión de una cosa por parte de la autoridad judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica que es la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal.

La ocupación de cosas por los órganos jurisdiccionales, durante el curso del procedimiento, puede obedecer a la necesidad de preservar efectos que puedan ser sujetos a confiscación, cautelando de tal modo el cumplimiento de esta sanción accesoria en caso de que proceda. También puede obedecer a la necesidad de adquirir y conservar material probatorio útil a la investigación.

Precisa indicar que el secuestro es un acto coercitivo, porque implica una restricción a derechos patrimoniales del imputado o de terceros, ya que inhibe temporalmente la disponibilidad de una cosa que pasa a poder y disposición de la justicia. Limita el derecho de propiedad o cualquier otro en cuya virtud el tenedor use, goce o mantenga en su poder al objeto secuestrado. Otro aspecto que merece destacarse es que únicamente se puede secuestrar cosas o documentos objetivamente individualizados, aunque estén fuera del comercio.

El fin de esta medida apunta a un desapoderamiento de objetos, bien del propietario o de tercera persona, con los fines de aseguramiento de pruebas, evidencias, recuperación de objetos de delito, si se trata de los relacionados con el delito. Y también como complemento del embargo, con el fin de poner los bienes embargados en efectivo poder del depositario nombrado.

El secuestro puede terminar antes de la resolución definitiva del proceso o después. Puede cesar antes cuando los objetos sobre los cuales recayó dejaron de ser necesarios, sea porque se comprobó su desvinculación con el hecho investigado, o porque su documentación (copias, reproducciones, fotografías) tornó innecesaria su custodia judicial. Pero si tales efectos pudiesen estar sujetos a confiscación, restitución o embargo, deberá continuar secuestrados hasta que la sentencia se pronuncie sobre su destino. Fuera de este caso, las cosas secuestradas serán devueltas a la persona de cuyo poder se sacaron, en forma definitiva o provisionalmente en calidad de depósito, imponiéndose al depositario el imperativo de su exhibición al tribunal si éste lo requiere. Las cosas secuestradas pueden ser recuperadas de oficio o a solicitud de parte, antes de dictarse la sentencia o al dictarse la misma; si hay revocación de prisión preventiva o sobreseimiento, o bien por la obtención de una sentencia absolutoria, respectivamente y según el caso.

El Código Procesal Penal, regula en el Artículo 198: "Las cosas y documentos relacionados con el delito o que pudieran ser de importancia para la investigación y los sujetos a comiso serán depositados y conservados del mejor modo posible. Quien los tuviera en su poder estará obligado a presentarlos y entregarlos a la autoridad requirente. Si no son entregados voluntariamente, se dispondrá su secuestro."

### 3.2. Probable responsabilidad del imputado

Uno de los requisitos exigidos en la mayor parte de la legislación procesal latinoamericana, entre la que se encuentra nuestro Código Procesal Penal, establece para la procedencia de la prisión preventiva, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del hecho punible.

“Este requisito plantea algunas dudas en cuanto a su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, y en torno a éstas han girado importantes discusiones doctrinales”<sup>13</sup> como las que menciona el Dr. Llobet. Pero finalmente, según su opinión, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva.

La concepción normativa de la presunción de inocencia implica su permanencia durante todo el transcurso del proceso, y obviamente extiende su protección hasta ese momento final sin relativizarla.

Pareciera que el requisito de la sospecha es más bien un límite a la prisión preventiva, pues el peligro de fuga o de obstaculización no siempre resultan suficientes. Por otra parte también se ha señalado que este requisito está relacionado con el principio de proporcionalidad, según la doctrina alemana.

---

<sup>13</sup> Autor. González, Álvarez. Ob.Cit. Pág. 189.

Como se analiza, el Código Procesal Penal guatemalteco, incluye en el texto del Artículo 239 inciso a) la necesaria existencia de elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible, junto al peligro de fuga y al de obstaculización. Lo importante es que los jueces tengan claro cuál es el grado de convencimiento que deben tener sobre la posible participación como supuesto de la prisión preventiva. Pese a la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de culpabilidad suficiente para el dictado de la medida cautelar, se ha indicado que éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos”.<sup>14</sup>

Este juicio se hará al inicio de la investigación con base en el estado de la misma, pero como bien puede resultar que la posibilidad que se afirmó al inicio no se mantenga posteriormente, debiera dársele a la sospecha un carácter dinámico.

### **3.3. Peligro de fuga**

El Código de Procesal Penal, contemplan, en los Artículos 262 y 263, el peligro de fuga como presupuesto de la prisión preventiva, con la notable particularidad de que, se detallan una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir la existencia del peligro de fuga, concretamente se señala:

---

<sup>14</sup> Levene, Ricardo (hijo). **El debido proceso y otros temas**. Pág. 106.

## Artículo 262.- Peligro de fuga

"Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1º Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- 2º La pena que se espera como resultado del procedimiento.
- 3º La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.
- 4º El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
- 5º La conducta anterior del imputado."

El carácter enumerativo de esas circunstancias queda reflejado en la fórmula "se tendrán en cuenta especialmente, las siguientes circunstancias", sin embargo, ello no debe significar que se pueda hacer un uso abusivo de la medida, inventando circunstancias que no la ameriten.

Entre las más utilizadas por nuestros jueces están: el monto elevado de la pena, la gravedad del hecho cometido, los cambios frecuentes de domicilio, el formar parte de una banda organizada y otros, pero, según pronunciamientos, no siempre las circunstancias mencionadas se acompañan de un razonamiento coherente, pues lo

cierto es que no basta su sola mención. "Cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado, tanto por imperativo constitucional, como por mandato específico, lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues sólo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar.

Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectible a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida

cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad. Así, se evidencian perfectamente legítimos los argumentos del juez recurrido al denegar la excarcelación a los amparados, mismos que encuentran respaldo probatorio en la causa, pese a que éste no fue expuesto en forma diáfana por el juez de instrucción, deficiencia que en todo caso fue subsanada por el Juez de alzada, órgano que sí analiza en específico las razones que justifican en concreto, el mantener privados de libertad a cada uno de los amparados, para evitar que continúen con su actividad delictiva, que evadan la acción de la justicia, así como evitar que su libertad ponga en peligro la averiguación de la verdad, junto con la necesidad procesal de allegar prueba importante a la causa, frente a la gravedad de los hechos y a la cantidad de droga decomisada a los imputados, porque ellos son presupuestos concretos que se dan en el caso en estudio, y que le señalan al juzgador la necesidad de mantener privados de libertad a los acusados para garantizar los objetivos del proceso que ya se han señalado.

"La gravedad del hecho cometido y el tanto de la pena, pueden ser tomados en consideración para establecer con base en ellos y utilizando criterios objetivos que el encausado podrá atentar contra los intereses del proceso, pero por sí solos, resultan insuficientes para negar la excarcelación de un encausado, dado que el propio legislador posibilitó la excarcelación de personas que se encontraran en esa situación. Si el fundamento de la denegatoria acordada por el Tribunal recurrido lo

es el tanto de pena posible de imponer, la cantidad de droga decomisada y el contenido de la prueba aportada a la instructiva, sin que hayan ligado esas circunstancias con una posible afectación a los intereses del proceso".

Se ha señalado por la doctrina que, en algunos supuestos el peligro de fuga ha sido interpretado con mucha amplitud, extendiéndose hasta abarcar el peligro de que el imputado se sustraiga a la ejecución de la pena.

Si bien entre los supuestos que el Código Procesal menciona como suficientes para la presunción de fuga, se encuentra el de la falsedad o falta de información sobre el domicilio, como autor creo, que debe insistirse en la necesidad de que esta disposición sea siempre interpretada en la realidad del caso concreto, pues por sí sola podría ser peligrosa y aún más, discriminatoria, sobre todo en el caso de los extranjeros. Es cierto que algunos tratadistas se ha pronunciado al respecto, insistiendo en que este factor se vincule con otros elementos para poder afirmar el peligro de fuga, pero en todo caso, se considera que es uno de los supuestos que debe ser tratado con más cuidado por los funcionarios encargados de tomar tal determinación.

#### **3.4. Peligro de obstaculización**

Como causal de prisión preventiva, el peligro de obstaculización reviste una menor importancia frente al peligro de fuga, pues lo cierto es que puede recurrirse a otras personas, vinculadas con el imputado, para producir alteraciones o falsificaciones

de prueba, intimidación de testigos, etc. Lo importante en todo caso sería que, en el caso concreto, se realice un efectivo análisis para demostrar el peligro real de obstaculización, sin que resulte prudente utilizar argumentos tales como la falta de conclusión de las investigaciones, la rebeldía de algunos de los coimputados, o el no haberse localizado testigos importantes.

Como señalé al inicio, mantener privada de libertad a una persona bajo el argumento de obstaculización, en supuestos no muy claros, viene a resultar un tanto inconsistente, pues bien pueden sus allegados llevar a cabo por él todas las actividades obstaculizadoras.

El Código Procesal Penal no hace una enumeración taxativa de supuestos que permitan derivar el peligro de obstaculización, sino que se limita a señalar diversos actos como indicativos del mismo.

#### Artículo 263.- Peligro de obstaculización

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- 1º Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.
- 2º Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
- 3º Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate.

El autor cree conveniente someter este supuesto a un riguroso análisis para que las deformaciones de su aplicación práctica no contribuyan aún más a la afectación de derechos fundamentales, sobre todo por la cultura inquisitiva que permea en la mayoría de los aplicadores del derecho penal y por la creencia particular de que los jueces son garantes de la seguridad ciudadana y ésta se pone en peligro cuando los procesados se encuentran en libertad.

En relación con el problema de la cultura inquisitiva cabe destacar que la inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es, como señala Ferrajoli, "un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto de valores que sostiene determinada forma política".<sup>15</sup> Y lo cierto es que si bien con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto, éste en lo fundamental conserva los pilares del método inquisitivo. "la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites a los métodos de averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se haya separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Ese modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta

---

<sup>15</sup>ferrajoli, l. **La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos.** Pág. 28.

del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente".<sup>16</sup>

Es importante rescatar del instrumento procesal las posibilidades que plantea en el sentido de que, siempre que el peligro de obstaculización o el de fuga o cualquier otra presunción de las que motivan la detención provisional puedan evitarse por otras medidas menos gravosas, el tribunal competente deberá preferirlas:

#### Artículo 264.-Sustitución

"Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

- 1º El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 2º La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará periódicamente al tribunal.
- 3º La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
- 4º La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

---

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 29

- 5° La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6° La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7° La prestación de una caución económica adecuada."

Debe señalarse también, se podrá imponer una sola o combinar varias de las medidas mencionadas, pero sin desnaturalizar su finalidad, y no se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. Por otro lado, la promesa del imputado de someterse al procedimiento y no obstaculizar la investigación, así como de abstenerse de cometer nuevos delitos, puede ser suficiente en algunos casos para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización, y permite la posibilidad de prescindir de toda medida de coerción.

"La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: formalmente, el encarcelamiento debe ser autorizado por una decisión judicial que funde sus presupuestos (principio de judicialidad); se parte, como principio, de la libertad del imputado y sólo se autoriza su encierro en ocasiones excepcionales, cuando, fundada la probabilidad de estar frente al partícipe en un hecho punible, el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, cuya verificación como hecho real frustraría los fines del procedimiento penal, sea cierto y no pueda evitarse por otros medios (principio de excepcionalidad); aun en esos casos, evitar siempre que la medida de coerción

procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o que aquella que se espera en caso de condena, con lo cual el encarcelamiento preventivo no se debe autorizar cuando no está amenazada o no se espera la privación de la libertad como reacción penal o, de otra manera, se debe hacer cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de la libertad en caso de condena (principio de proporcionalidad); se debe acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad personal que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento y evitar el encarcelamiento (principio de subsidiariedad).<sup>17</sup>

### **3.5 Peligro de reiteración delictiva en el Sistema Penitenciario**

La causal de peligro de reiteración delictiva como circunstancia que faculta el dictado de la prisión preventiva, es sin duda polémica, sobre todo porque se ha insistido en que las causales cumplen una necesidad procesal, mientras que aquella cumple una función de protección del orden jurídico, atendiendo más a consideraciones relacionadas con el interés de protección a la comunidad. De esta forma prácticamente se convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada, con un muy lamentable resultado.

Por otro lado, la pretensión de adecuar la prisión preventiva con el fin de evitar el peligro de reiteración delictiva, choca abruptamente con las condiciones de la

---

<sup>17</sup> Maier, Julio. **Derecho procesal penal**. Págs. 378 y 379.

prisión en casi todos los países del mundo, pues, como señala Cafferata Nores: "lejos de ser un lugar donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, robos, etc. Si el imputado tiene tendencia a delinquir, allí podrá continuar haciéndolo perfectamente, realizando nuevos contactos, perfeccionando sus técnicas y adquiriendo nuevos vicios que en nada ayudan a los fines correctivos que la medida persigue. Allí reinan los catedráticos de la prisión, recordados por Carrara.

Si realmente es peligroso, no es justo, en salvaguarda de los inocentes libres, arrojando indiscriminadamente sobre muchos inocentes que están detenidos".<sup>18</sup>

Si bien algunos autores le asignan al peligro de reiteración una función de aseguramiento procesal, otro sector de la doctrina señala que no cumple ninguna función de carácter procesal sino más bien de prevención especial, fin atribuido tradicionalmente a la pena.

Para el ponente es necesaria una opinión contraria a considerar el peligro de reiteración delictiva, sobre todo porque compartir las acertadas críticas que las modernas corrientes del pensamiento criminológico le formulan al encierro como pena con algún grado de eficacia. Sus altos niveles de violencia, sus grandes dosis de dolor, lejos de acercarse a una solución, lo convierten en un problema en sí mismo.

---

<sup>18</sup> Caferrata Nores, José. **La excarcelación**, Págs. 20 y 21.

"La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluido, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de prisonización o "cultura de la jaula", en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo".<sup>19</sup>

En este sentido se es del criterio que la convicción moral de la vida social no puede ser controlada de manera eficiente por el derecho penal y por ello su papel debe reducirse drásticamente. En este contexto, con mucha mayor razón se debe considerar en la utilización mínima y estricta de instituciones como la prisión preventiva cuyos fines jamás deben dejar de ser estrictamente procesales.

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal.** Págs. 139 y 140.



## CAPÍTULO IV

### 4. Límites de la prisión preventiva y la solicitud de la prórroga de encarcelamiento

Nadie duda que, el encarcelamiento preventivo -en tanto privación de libertad frente a un inocente- debe tener un carácter excepcional, derivado de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme.

"El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme".<sup>20</sup>

Este carácter está también expresamente establecido en el Artículo 9 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por establecer, en el Artículo 7, la prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrarios, entendiendo por tales los que se encuentran debidamente justificados y no solo los autorizados legalmente, pues utiliza el término arbitrario para englobar toda actuación contraria a la justicia, de lo que podemos inferir que también se refiere a la ilegitimidad de la

---

<sup>20</sup> Maier, Julio. **Ob.Cit.** Pág. 522.

detención autorizada por un juez, sino se han respetado los límites de protección a la libertad o la medida no resulta proporcional a los intereses del proceso.

La clara conciencia, al menos teórica sobre su finalidad instrumental, ha permitido el desarrollo de ciertos límites que deben respetarse y a cuyo contenido se analiza a continuación:

#### **4.1. Presunción de inocencia**

De acuerdo con el profesor Hassemer: "quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria".<sup>21</sup>

No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable.

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor, como señala el profesor Nils Christie, "la imposición

---

<sup>21</sup> Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*. Pág. 118.

de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de Derecho y el principio de racionalidad de los actos de gobierno, que es característico del sistema republicano".<sup>22</sup>

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines solo pueden ser instrumentales, y en virtud de ello es preocupante observar los pronunciamientos de nuestro tribunal constitucional cuando ha señalado que no tomar la medida restrictiva cuando se acredite la concurrencia de los supuestos legalmente establecidos que lo permiten, significa "relegar en forma injustificada, al plano de lo irrealizable, objetivos tan importantes como el del logro de la verdad real de los hechos, el de sujeción del acusado a los procedimientos, buscando con ello **asegurar la aplicación de la ley penal**, en virtud de los cuales se permite excepcionalmente restringir la libertad en la fase de investigación" (lo destacado no es del original).

Resulta claro entonces, que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

---

<sup>22</sup> Chistie, Nils. **Los límites del dolor**. Pág. 85.

Si bien se comprende las dificultades que en muchos casos plantea el enfrentamiento de la criminalidad, es lo cierto que se debe desterrar de nuestro medio la idea equivocada de que a través del sistema penal se va a modificar la realidad delictiva, pues ésta tiene sustento, entre otras causas, en el acentuado proceso de empobrecimiento a que se han visto sometidos los sectores marginados de la población, y de Latinoamérica en general, agravados con los procesos de globalización y las corrientes neoliberales que se imponen en las políticas económicas de nuestros países. Definitivamente el aumento de los delitos contra la propiedad tiene una comprobada relación con los períodos de deterioro en las condiciones de vida, según lo ha demostrado en nuestro país, la interesante investigación de Elías Carranza <sup>23</sup>, e igualmente se ha puesto en evidencia que, como ocurre en casi todo el mundo, la población penitenciaria proviene de los sectores más carenciados y empobrecidos.

De esta forma, no es el aumento de la pena privativa de libertad ni mucho menos el de los términos de la prisión preventiva, lo que permitirá un combate eficaz contra la delincuencia. Por el contrario, estas tendencias empujan violentamente hacia formas autoritarias de gobierno, en las que la violación de derechos fundamentales es tarea cotidiana. Sobre este peligro se debe reflexionar muy seriamente.

---

<sup>23</sup> Carranza, Elías. **Criminalidad ¿Prevención o promoción?**. Págs. 29 a la 32.

#### **4.2. Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso**

El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por tres subprincipios: 1) necesidad, 2) idoneidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto.

En relación con el de necesidad se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva sea la última ratio, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad. Este principio también ha sido llamado de excepcionalidad y está vinculado con el de subsidiariedad cuando se plantea la necesidad de recurrir a medios menos gravosos.

La idoneidad está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar.

La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de Derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal.

Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente.

"El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma".<sup>24</sup>

Opera también como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente. Su razonabilidad es evidente, pues no sería posible que el fin procesal signifique una privación de derechos más grave para el imputado que la propia pena que se le pudiera imponer.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado principio de prohibición de exceso y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión.

"La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado"<sup>25</sup>, pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente, y por ello es también conveniente el establecimiento de límites temporales.

---

<sup>24</sup> Llobet, Javier. **Ob. Cit.** Pág. 258 y 259.

<sup>25</sup> Bovino, Alberto. **Ob. Cit.** Págs. 44 y 45.

Consecuencias evidentes de la prohibición de exceso vienen entonces a ser, tanto la prioridad de aplicar medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva, como el establecimiento de límites precisos y controles a su duración.

El Código Procesal Penal recoge, en el Artículo 259 segundo párrafo el principio de proporcionalidad al señalar que: "La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso."

Al tema de los límites y controles en la duración se analizarán en el siguiente título.

#### **4.3. Presunción de inocencia como garantía procesal**

##### **4.3.1. Consideraciones preliminares**

En forma preliminar es necesario ubicar la garantía objeto del presente trabajo en su fuente legislativa tanto en su nivel de derecho interno como internacional, estando ésta contenida en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley Suprema de la Nación, conjuntamente con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre que contiene la citada garantía en el Artículo 26, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la desarrolla en el Artículo 11 punto 1 y finalmente la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el Artículo 8, punto 2.

Los Códigos de forma también han dedicado especial atención al tópico, así la garantía de presunción de inocencia se encuentra contenida en el Artículo 14 del Código Procesal Penal.

#### **4.3.2. La garantía como derecho de grado constitucional**

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De la Constitución Política de la República de Guatemala surge que no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena.

Esta garantía es propia de un estado de derecho y forma parte del sistema de enjuiciamiento que tenemos en Guatemala; además que se deriva de la garantía del juicio previo, tal como he enunciado en la introducción de la presente.

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho

moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

La presunción de inocencia es muy importante en nuestro sistema de justicia, además denota un alto grado de democracia y de civismo. El derecho de la presunción de inocencia es de avanzada, ya que por ejemplo, en Europa la presunción de inocencia no existe. En Europa el sospechoso o acusado tiene la obligación de probar su inocencia.

En el sistema de justicia guatemalteco en cambio, el sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

Los Estados tienen no solo el derecho sino también la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen por lo tanto una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de

cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.

Asimismo, aquel órgano internacional también ha sostenido que el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables, agregando también que el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

#### **4.4. Presupuestos que violan la garantía a la presunción de inocencia**

##### **4.4.1. Concepto normativo de culpabilidad**

La culpabilidad es normativa, implica, para su definición, una referencia de la norma, a la valoración de la norma, a un juicio de valor, propiamente desaprobación de reproche, en razón de una conducta que se presenta como contraria al deber impuesto por la norma.

La culpabilidad como contrariedad a la norma en cuanto al deber impuesto por ella, no implica confundir la denominada antijuridicidad objetiva con la culpabilidad.

La culpabilidad consiste en el reproche que se dirige al individuo por haber conservado un comportamiento psicológico contrario al deber, por haberse

determinado a un comportamiento socialmente dañoso en contra de las exigencias de la norma que le imponía adecuar su conducta a sus prescripciones. Ahora bien, precisado que la culpabilidad consiste en un reproche, en un juicio de valor que se dirige al sujeto en razón de la contrariedad del deber de su comportamiento, debe señalarse que tal juicio es objetivo, a cargo del ordenamiento jurídico y del juez y no del propio sujeto y que se trata de un juicio por el cual a luz de la norma penal se considera la actitud interior del individuo como disconforme con las exigencias de la norma; se le reprocha no haberse comportado con el deber impuesto sino en forma contraria a la exigida.

#### **4.4.2. El juicio de culpabilidad y sus elementos la imputabilidad**

Es la posibilidad condicionada por la salud mental del autor para obrar según el justo conocimiento del deber exigente.

La imputabilidad es un supuesto indispensable de la culpabilidad, y es por ello que a la imputabilidad se le llama capacidad de culpabilidad; para ser culpable hay que ser imputable.

Solamente las personas imputables, es decir, las personas que hayan alcanzado la edad de 18 años y gocen de perfecta salud mental, pueden ser culpables, y serán culpables cuando perpetren un delito determinado que se les pueda reprochar.

Se dice que un individuo considerado como capaz ante la ley es imputable siempre que pueda probarse que obro con plena comprensión del alcance de su acto, así como de las consecuencias del mismo.

Sin embargo el Código Penal establece en el Artículo 23, al consignar la fórmula de imputabilidad por enfermedad mental, que no es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental, suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.

De esta manera, en nuestro ordenamiento positivo, el concepto de imputabilidad implica la capacidad de entender o de comprender la significación de los propios actos y la capacidad de querer o libertad del sujeto en el momento de la acción, sin lo cual no podrá formularse juicio alguno de reproche.

#### **4.5. La presunción de culpabilidad, un mal costumbrista o un mal deliberado**

El Tribunal del Santo Oficio (Inquisición) afirmaba que el sospechoso de herejía era culpable mientras no se demostrara lo contrario. Es decir, la ardua tarea que el acusado tenía sobre sí era convencer a sus jueces de que era inocente, lo cual, como se analiza, era más difícil que lograr la cuadratura del círculo. Desde el mismo momento en que las autoridades eclesiásticas intuían que en determinado lugar había indicios de herejía, se ponía en marcha un implacable mecanismo destinado a extirparla por todos los medios.

Lo primero que el inquisidor hacía era proclamar dos edictos: el de fe y el de gracia. Por el edicto de fe se apremiaba a todos los habitantes del lugar a denunciar a los herejes y cómplices, sin excluir a los propios parientes y familiares. De no hacerlo serían ellos mismos culpables de encubrimiento y enfrentarían las consecuencias. Por el edicto de gracia se concedía un plazo de 15 o 30 días para que los herejes se presentaran espontáneamente. Durante este periodo se ponía en marcha la búsqueda de herejes y sospechosos.

Una vez terminado el plazo de gracia comenzaba el proceso en sí, en el que el juez era el mismo inquisidor que había realizado las pesquisas. Aquí se encuentra ya la primera aberración del sistema, al unificar la función inquisitiva y la judicial, con lo cual difícilmente el juez podía ser imparcial hacia el acusado. Es como si el policía, que busca pruebas contra el presunto delincuente, también ejerciera el cargo de juez. Pero no terminan aquí las aberraciones del sistema. El acusado estaba en la obligación de decir la verdad, para lo cual se usaban todos los medios imaginables: promesas, amenazas, presiones y tortura, siendo la autoinculpación la prueba suprema en su contra. Toda la fase sumaria era secreta, de manera que el reo no sabía qué cargos había contra él ni quiénes habían sido sus delatores, cuya declaración no era pública. El abogado del acusado no asistía a las audiencias.

Es fácil deducir las consecuencias de este cúmulo de tropelías: indefensión total del acusado ante un poder despótico que le negaba a priori la presunción de inocencia.

La Inquisición fue el mecanismo que la Seguridad del Estado inventó para proteger al Estado mismo, ante la amenaza que los grupos heréticos suponían. En efecto, en una época en la que la homogeneidad religiosa era la piedra angular del edificio político-religioso, la herejía suponía el mayor peligro, al poner en entredicho tal homogeneidad. Al verse mortalmente amenazado, el Estado, capitaneado por la Iglesia de Roma, creó la Inquisición. Pero al hacerlo, recurriendo a un medio tan monstruoso, el Estado mismo y esa Iglesia se convirtieron en culpables de delito. Por eso la historia no los ha absuelto.

Ahora se vive en un Estado de Derecho, donde se establece la presunción de inocencia y lo que en un proceso judicial se tiene que demostrar es la culpabilidad del acusado, porque mientras no haya pruebas en su contra cualquiera es inocente. Es decir, todo lo contrario al pensamiento jurídico que sustentaba la Inquisición. De ahí que los ciudadanos en democracia tienen derechos y garantías, amparados por la ley, que nos defienden frente a la posible arbitrariedad y abuso de los poderes del Estado.

Pero el terrorismo se ha convertido hoy en día en la mayor amenaza para muchos Estados actuales: Israel, Estados Unidos, Reino Unido, España, Marruecos, Rusia, India y un largo etcétera, consideran prioritario la prevención y combate de ese peligro que busca destruirlos. Sin embargo, es fácil que en la legítima defensa, la Seguridad del Estado se extralimite en sus competencias y entre de lleno en la ilegalidad cuando no en el atropello. En otras palabras, el sagrado axioma de que uno es inocente mientras no se demuestre lo contrario puede de nuevo volver a ser

vulnerado, incluso en democracias bien asentadas. Para llegar a eso se comienza por ser sospechoso mientras no se demuestre lo contrario.

Uno de los lugares en los que se respira un aire de sospecha global es en los aeropuertos, donde a raíz de los terribles atentados del 11 de septiembre de 2001 se ha creado un ambiente propicio para ello. En algunos aeropuertos, aparte de pasar por los consabidos arcos de seguridad, es preciso quitarse también los zapatos, de manera que formando una larga fila, los pasajeros descalzos son observados por los agentes y oficiales que pueden estar vociferándote algo en una lengua que no entiendes. Sintiéndote como un conejo asustado ante una jauría de canes ladrones, lo que quieres, por encima de todo, es salir de este embarazoso trance. Especialmente peculiar es el caso de los aeropuertos de entrada a Estados Unidos. Lo primero que ocurre al llegar al control de seguridad es que te hacen una fotografía y te toman las huellas dactilares que, junto con la foto, son enviadas a la base de datos de un macro-ordenador donde ya están fichadas cien millones de personas. Es de agradecer que te tomen una sola foto de frente y no las tres que se hacen en las comisarías desde tres ángulos diferentes.

Pero la gran sorpresa te la puedes llevar una vez regresado a tu país de origen, cuando abres la maleta y descubres una nota del Departamento de Seguridad estadounidense que dice entre otras cosas: "Como parte del proceso, algunas maletas se abren e inspeccionan físicamente. Su maleta fue seleccionada entre otras para inspección física... Si el inspector no pudo abrir su maleta para fines de inspección porque estaba cerrada con llave, es posible que haya tenido que romper

la cerradura de su maleta. Y entonces es cuando una pregunta te viene a la mente ¿Cómo es posible que se haya abierto mi maleta sin estar yo presente? ¿Quién me garantiza que alguien no pueda extraer o introducir algo en la misma? ¿No queda aquí el pasajero a expensas de lo que el oficial de turno quiera hacer con su maleta? Si ellos no se fían de mí (y están en su derecho), por la misma razón estoy yo en mi derecho de no fiarme de ellos. Por lo tanto, derecho por derecho. Pero no. Ellos tienen el derecho de considerarme potencialmente sospechoso y de tratarme como a tal, no estando ellos sujetos a un tratamiento recíproco.

## CAPÍTULO V

### 5. Presunción de culpabilidad en el proceso penal guatemalteco y su contraposición, trato de inocencia

#### 5.1 Presunción de culpabilidad

La culpabilidad, en su más amplio sentido puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

##### 5.1.2. Otras definiciones de culpabilidad

La **culpabilidad** es un elemento del delito, esto es, una *condictio sine qua non* del mismo, fundada más que en razones éticas o utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición. El concepto de culpabilidad hoy utilizado fue desarrollado por la doctrina europea hacia finales del siglo XIX.

Por lo tanto, en el derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación:

Culpabilidad es una categoría de la teoría del delito que permite reprochar la conducta de la persona que cometió un delito y por lo tanto atribuirle esa conducta y hacerle responsable de ese hecho.

Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la conducta) que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad.

Culpabilidad vinculada al aspecto biológico y psicológico. Es decir, para que una persona sea considerada culpable debe ser mayor de 18 años y debe tener la capacidad de comprensión de la realidad, por tanto, si una persona tiene enfermedades mentales o es un ebrio consuetudinario o tiene problemas de drogadicción será considerado inimputable (incapaz penalmente), incapaz para responder una acción u omisión que constituye delito o falta, por lo tanto, se convierten en elementos atenuantes o agravantes del hecho.

Culpabilidad como base de aplicación para la imposición de la pena. Es decir, está vinculado y entendido como presupuesto para imponer la pena, en este caso se trata de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración. Se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora que impida que la pena sea impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad.

### **5.3 Bases de su utilización**

Surge el problema de saber qué autor puede ser responsabilizado por su acción antijurídica. Para esto hay que entender el concepto de autor en sentido amplio.

Comprende toda clase de participación dolosa (autor instigador y cómplice) y el autor culposo La responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad.

La característica culpabilidad añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito. La antijuridicidad, es, como se infiere, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda la realización de voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito social la culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla La conducta el autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad: allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de la culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica.

Ya que a través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción.

Culpabilidad es la reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Sólo aquello respecto de la cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones todo aquello que el hombre simplemente es ya sean valiosas o mediocres (desde luego pueden ser valoradas), sólo aquello que él hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o como hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como mérito o reprochado como culpabilidad.

Sólo puede hacerse culpable el individuo dotado con una voluntad, no una asociación o cualquier otra persona colectiva. Otro problema es si y en qué medida responde una asociación por los delitos cometidos por sus órganos.

La comprensión que es la esencia de la culpabilidad reside en la responsabilidad (en el poder en lugar de ello del autor en relación a su estructuración antijurídica de la voluntad) ha sido el resultado de un largo proceso de desarrollo. En los comienzos de la dogmática moderna (desde 1880) se está ante la separación de lo externo y lo interno, de lo objetivo y subjetivo. Todo lo externo-objetivo se asignó a la antijuridicidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad: la culpabilidad debía ser la relación anímica del autor con el resultado. Sin embargo, la culpa inconsciente fue el primer escollo que no puedo franquear la concepción psicológica de la culpabilidad, en qué debía consistir la relación anímica del autor con el resultado en la culpa inconsciente. Fracasó el instante de Radbruehade de elaborar la culpa de modo puramente psicológico.

El primer paso para superar la concepción psicológica de la culpabilidad lo dio Frank (1907), en cuanto señaló como elemento independiente de la culpabilidad junto al dolo y la culpa la motivación normal y definió la culpabilidad como reprochabilidad. En la teoría normativa de la culpabilidad iniciada por Frank se trataba de inquirir por la esencia de la reprobabilidad, Goldschmidt (1913) creyó en controlarla en la contravención del deber del querer Freudenthal (1922) en la exigibilidad. Sin embargo, por lo menos en el dolo, se incluía todavía como esencia, la relación psíquica en el concepto de culpabilidad, o sea, seguían considerando al dolo parte integrante de la culpabilidad.

La teoría final de la acción asignó al dolo, que con esto había quedado como partida en lugar adecuado (como especie de la voluntad final de la acción) en el tipo subjetivo de los delitos dolosos y estableció, también desde la teoría de la culpabilidad, la situación a que ya había llegado el propio desarrollo de la teoría de lo injusto.

Excluye del concepto de culpabilidad los elementos anímicos subjetivos y conserva únicamente el criterio de la reprochabilidad.

El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no es un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Este reproche tiene dos premisas:

Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad). Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto).

Precisamente respecto de ambos problemas ha de plantearse la discusión de si y cómo es teóricamente concebida en general la posibilidad de la estructuración de una voluntad responsable y de acuerdo a la norma (es el problema del libre albedrío).

El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme al sentido. La libertad, no es un estado, sino un acto, el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido, en la falta de este acto se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido, en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, al dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor.

La culpabilidad no es un acto libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo al sentido en un sujeto responsable.

Los problemas en la determinación de la capacidad de culpabilidad. Con el reconocimiento de que el hombre, como ser determinado a la propia responsabilidad, es capaz de autodeterminación conforme a sentido, y con la comprensión de la estructura categorial de esta forma de determinación, se ha dado ciertamente una determinación general de la naturaleza del hombre y de su libertad: pero no se ha comprobado con ello que este hombre posee realmente en la situación concreta, capacidad de autodeterminación conforme a sentido La capacidad de culpabilidad concreta no es un objeto susceptible de percepción, sobre todo de la percepción ajena, y hasta la propia conciencia de ser culpables no es un criterio para la existencia de la capacidad de culpabilidad, ya que a menudo enfermos mentales graves sin lugar a duda, defienden obstinadamente su imputabilidad.

#### Definición de Imputabilidad o de la capacidad de culpabilidad

Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, es capacidad del autor:

- De comprender lo injusto del hecho y.
- De determinar la voluntad conforme a esta comprensión

La imputabilidad es la capacidad de comprender la relevancia jurídica de su acción y de motivarse conforme a esa comprensión.

La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual)

y uno de voluntad (volitivo): la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de voluntad (conforme al sentido) Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad. Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales, no se da aunque solo sea uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad.

Para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no de lo permitido. No es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común. Si no se da esta capacidad entonces se excluye también la punibilidad concreta de comprensión del injusto. De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad (error de prohibición inevitable).

Presupuesto existencial de la reprochabilidad es la posibilidad de autodeterminación libre del autor, esto es, conforme a sentido: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Esta capacidad o culpabilidad existe generalmente en la situación concreta (o no existe), independientemente de si se comporta conforme a Derecho o antijurídicamente. Pero la reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto al hecho concreto habría podido estructurar el lugar de la voluntad antijurídica de una acción conforme al Derecho ese es el caso cuando a reconocido lo injusto de su hecho o a podido reconocerla.

La sencilla verdad de que el reproche de culpabilidad - el autor habría podido construir su voluntad de acción conforme a Derecho en vez de una antijurídica - solo puede ser planteada al autor cuando éste estaba en situación de reconocer la antijuridicidad de su hacer, tomó gran tiempo y demandó gran esfuerzo para imponerse, y de ningún modo es todavía indiscutible.

La culpabilidad se conforma con una posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, no requiriendo una efectiva comprensión del injusto, que en la mayoría de los casos no existe o es imperfecta.

El grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizarla los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad y en consecuencia, al de reprochabilidad (culpabilidad).

La **exigibilidad** en la culpabilidad se da cuando el sujeto es imputable y tiene conciencia de la antijuridicidad.

Si el sujeto tuvo posibilidad de actuar conforme a la norma y no actúa conforme a ella, a ese sujeto habrá que hacerle el juicio de reproche en virtud de que a ese sujeto se le exigía actuar de diferente manera, entonces, como ese sujeto le era exigible y no obstante actuó de diferente manera, es porque se le va hacer un juicio de reproche.

Son requisitos generales de la culpabilidad entendida como reprochabilidad que al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de determinación por debajo de un umbral mínimo.

Tanto en el caso último como en el anterior se exige que la posibilidad de motivarse en la norma se halle por sobre un umbral mínimo de exigibilidad.

Este umbral mínimo de exigibilidad alcanza; y por ende la culpabilidad se encuentra excluida, cuando no le es exigible al sujeto la comprensión de la antijuridicidad, supuesto que puede darse porque carece de suficiente capacidad psíquica para ello (inimputabilidad) o porque se haya en un estado de error acerca de la antijuridicidad (error de prohibición). Igualmente no se alcanza cuando el autor se halla en estado de necesidad inculpante (amenaza de sufrir un mal grave e inminente); en los diferentes supuestos de inexigibilidad de una conducta diferente, motivada en la norma, que se haya en la parte especial: o en la imposibilidad de dirigir la conducta conforme a la comprensión de la antijuridicidad emergente de incapacidad psíquica, que es otra forma de inimputabilidad.

La inexigibilidad no es, como pretendió en un momento la teoría compleja de la culpabilidad, una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Siempre que no hay culpabilidad, ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera que sea la causa que la excluya. La exclusión de la culpabilidad es la inimputabilidad, es la incapacidad psíquica de comprensión de la

antijuridicidad en el derecho vigente La incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad tiene como base necesaria una perturbación de la conciencia se ha visto que en los casos de inconciencia no hay voluntad, y por ende, no hay conducta. En lugar, los casos en que la conciencia funciona pero perturbadoramente, puede dar lugar a otras incapacidades psíquicas de delito, pero si no se han dado incapacidades más profundas, es decir, si la perturbación de la conciencia a motivado una ausencia de tipicidad como un elemento cognoscitivo, se encuentra con la posibilidad de una ausencia de culpabilidad.

La conciencia es una función sintetizadora, o mejor, un concepto clínico, con el que se sintetiza el funcionamiento de todas las facultades psíquicas. La conciencia no pasa de ser un concepto práctico en el sentido psiquiátrico de la expresión, quizá indefinible en una forma general, pero para la labor de diagnóstico resulta eficaz, afirmando que no se haya perturbada cuando el sujeto parece ofrecer al interrogatorio un cuadro de comportamiento en que los aspectos intelectuales y afectivos de su psiquismo se hayan armónicamente dispuestos, permitiéndole mantener un adecuado contacto y adaptación con el mundo objetivo.

Los elementos que fundamentalmente se toman en cuenta son la ubicación en el tiempo y en el espacio psíquico. Cuando el psiquiatra toma su puesto frente al paciente, entabla un diálogo, en el curso del cual va haciendo su diagnóstico, siendo las primeras preguntas de forma, la introducción y lo grueso para descartar las perturbaciones groseras de la conciencia A medida que el diálogo avanza, la indagación se va haciendo más fina hasta llegar a abarcar en lo posible todas las

relaciones de vida del paciente. El límite entre lo normal y lo patológico no es precisamente lo que nos interesa aquí, sino que, lo que a nuestros efectos interesa es poder formarse una idea del esfuerzo que el sujeto debía realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta.

La diferencia entre lo normal y lo patológico es muy discutible, y en definitiva, es algo reservado a los psiquiatras, sin contar con que el concepto de normalidad se halla profundamente desprestigiado hasta el punto de que algunos psiquiatras prefieren hablar de una norma correctiva.

No es el concepto de normalidad el que nos sirve, sino que, a los efectos de la imputabilidad de lo que tiene que darnos cuenta el psiquiatra es de las características psíquicas que dificultaron o facilitaron la comprensión de la antijuridicidad para la realización del injusto. Cuanto mayor sea la perturbación de la conciencia que el psiquiatra, y el juez observen, mayor será el esfuerzo que el sujeto debió hacer para comprender la antijuridicidad, y consiguientemente, menor ha de ser la reprochabilidad, el objetivo del peritaje o peritación psiquiátrica es precisamente, dar al tribunal una idea de la magnitud de ese esfuerzo, que es lo que incumbe al juez valorar para determinar si excedía el marco de lo jurídicamente exigible, y por ende reprochable.

No se trata de que el psiquiatra haga un diagnóstico ubicando una dolencia y remitiéndose sin más a la nosotaxia psiquiátrica, que es por lo general complicada y discutida entre los mismos psiquiatras. Ese diagnóstico puede ayudar a

comprender y cuantificar la magnitud del esfuerzo y la posibilidad de su realización, pero por sí mismo dice muy poco.

Debe tenerse en cuenta que la imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto por ende, la capacidad psíquica, de culpabilidad hay que medirla respecto de cada delito hay estados patológicos, es verdad, en que cabe presumir que esa incapacidad que generan opera en cualquier delito, pero hay otros padecimientos, como la oligofrenia, por ejemplo que en su grado superficial - debilidad mental- pueden generar una incapacidad psíquica para ciertos delitos que exigen una capacidad de pensamiento abstracto más o menos desarrollada para comprender la antijuridicidad (como pueden ser ciertos delitos contra la economía pública), en tanto que el mismo sujeto conserva capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de otras conductas cuya valoración depende de datos mucho más concretos (el parricidio, por ejemplo) por supuesto que en medio de un brote esquizofrénico se habrá perdido la capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de cualquier conducta, al igual que en un delirio bien sistematizado, porque aquí no se trata de una disminución de facultades mentales, sino de una quiebra de la relación con el mundo objetivo que en el delirio parece seguir pero que en realidad está totalmente teñida por la interpretación delirante.

El efecto que apareja incapacidad psíquica de culpabilidad es la perturbación de la conciencia y la causa de la perturbación puede ser la insuficiencia de las facultades o la alteración morbosa de las facultades.

### 5.2.1 La imputabilidad disminuida

La mayoría de los códigos modernos contienen previsión para ciertos casos en que la exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad no se halla totalmente excluida, aunque está sensiblemente disminuida en el sujeto. Se llama a estos supuestos imputabilidad disminuida, aunque en realidad, son casos de menor culpabilidad por menor reprochabilidad de la conducta (uno de estos casos es el de la emoción violenta).

Después de ver la incapacidad de culpabilidad a consecuencia de las perturbaciones mentales que se han analizado, se habla igualmente de otros incapaces de culpabilidad los menores quienes, a causa de su inmadurez mental y social presumida por la ley se consideran inimputables,

Se ha visto que el primer supuesto de la inimputabilidad es la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica, en tanto que el segundo supuesto se da cuando la incapacidad psíquica hace inexigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la antijuridicidad.

Esta segunda hipótesis está contemplada en la imposibilidad de dirigir sus acciones (que sería un supuesto de ausencia de conducta), o como incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad, que es el supuesto de inimputabilidad que se analiza.

Un círculo de padecimientos particularmente importante como posible fuente de estas incapacidades son las psiconeurosis, es decir padecimientos que tienen una etiología vivencial y también orgánica, tales como las fobias (temblores y miedos sin un adecuado estímulo externo proporcionado) o la historia, siempre que no desemboque en una incapacidad de conducta (parálisis histérica). Un supuesto no patológico puede estar dado por el miedo, cuando responde a un estímulo adecuado y no causa una incapacidad para comprender la antijuridicidad, sino sólo para adecuar a ella la conducta.



## CAPÍTULO VI

### **6. Análisis jurídico de la violación del principio de inocencia al aplicarse el principio de culpabilidad, al momento de decretarse la medida de coerción de prisión preventiva en el proceso penal guatemalteco**

#### **6.1. Disposiciones normativas**

La detención provisional se encuentra reconocida como excepción, constitucional y convencionalmente. Así la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el Artículo 9o. dispone:

"Presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

En el ámbito continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por desarrollar los principios a aplicar cuando se deba restringir la libertad de una persona sometida a juicio, así en el Artículo 7, en relación con el derecho a la libertad personal se dispone:

"1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2.- 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 o por las leyes dictadas conforme a éstas.

3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4.- 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.

5.- Toda persona detenida o retenida debe ser 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 puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio."

Lamentablemente, los principios contenidos en la última de las normas convencionales transcritas no son de aplicación directa -como deberían ser lo por los jueces latinoamericanos, quienes en su mayoría ven en el compromiso adquirido al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica -como también se le llama- sólo la obligación para los Estados Partes, de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Aún en los casos en que en la legislación interna cuenta con normas similares o de igual contenido, es lo cierto que la detención provisional no se acuerda siguiendo sus pautas, como excepción, sino que constituye la regla.

Sin el carácter vinculante de la Convención, pero sí con la fuerza que conlleva el hecho de haber sido redactado y aprobado por los procesalistas más representativos de la región, el Código Procesal Penal Modelo para Ibero y Latinoamérica contiene los señalados principios de la Convención, los que deben ser aplicados con criterio restrictivo según se señala en su Artículo 3, en el que se dispone:

“3.- Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son la que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado.”

La detención provisional del imputado procede cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. En el Artículo 196, el Código Procesal Penal Modelo, dispone:

196.- Finalidad y alcance.- La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuesen absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley."

Rige el Artículo 3 para al aplicación e interpretación de las reglas que autorizan medidas restrictivas de esos derechos. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este Código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación. En el Artículo 202 se dispone sobre los casos en que procede la prisión preventiva, en el 203 se establecen los casos en que puede estimarse existe peligro de fuga, en el 204 cuando peligro de obstaculización y en el 205 cómo debe ser la resolución en que se acuerde la restricción a la libertad. Por la importancia de las normas resulta conveniente su transcripción, de seguido.

"202.- Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado, cuando medien los siguientes requisitos:

1.- la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él (procesamiento);

2.- la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga), u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquéllos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos, sólo se aplicará las medidas previstas en los incisos 3 a 7 del Artículo 209, salvo lo dispuesto en el Artículo 379.

El auto que autoriza la prisión preventiva deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan."

"203. Peligro de fuga.- Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1.- arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

- 2.- la pena que se espera como resultado del procedimiento;
- 3.- la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
- 4.- el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal."

"204. Peligro de obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- 1.- destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
- 2.- influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente;
- 3.-inducirá a otros a realizar tal comportamiento."

"205.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto será dictado por el juez de la instrucción, durante el procedimiento preparatorio, o por el tribunal competente, y deberá contener:

- 1.- los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;
- 2.- una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;
- 3.- los fundamentos;
- 4.-el dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables."

"209. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra

medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

- 1.- arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga;
- 2.- la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal;
- 3.- la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe;
- 4.- la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización;
- 5.- la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- 6.- la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- 7.- la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, no se impondrá una caución económica, cuando el

estado de pobreza o la carencia de medios del imputado, tornen imposible la prestación de la caución.

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la siempre promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad."

En el Código Procesal Penal, Artículos 259, 260, 261, 262, 263 y 264, se regula sobre la materia con el mismo contenido de las normas transcritas del Código Procesal Penal Modelo. Lo propio se hace en los Artículos 285, 286, 287 y 288 del Código Procesal Penal de El Salvador; en los Artículos 244, 245, 246 y 247 del proyecto de Código Procesal Penal de Paraguay; y en los Artículos 239, 240, 241, 257 y 258 del nuevo Código Procesal Penal costarricense.

El tratamiento de la restricción que se analiza, ha experimentado en nuestro medio una interesante incursión legislativa que en algunos casos, significó un importante avance en la consolidación de un proceso garantista y democrático, inspirado en las disposiciones del Código Procesal Penal Tipo para Latinoamérica y en otros, un significativo retroceso.

En el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica "El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiere concedido la excarcelación.

- 1.- Cuando el delito que se le atribuye esté reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de tres años;
- 2.- Si éste fuere inferior, en los casos previstos por el Artículo 298; y
- 3.- Cuando concurren varias infracciones, dicho máximo será establecido con arreglo a los Artículos 75 y 76 del Código Penal.

Como se evidencia, por la estructura de la norma se facilitó la aplicación de criterios antojadizos, subjetivos y arbitrarios, que provocaron una buena cantidad de violaciones a los derechos humanos, que vinieron a ser frenados mediante importantes fallos de la Sala Constitucional, producidos básicamente en los primeros años de su funcionamiento, a partir de noviembre de 1989.

Con la reforma mencionada se introducen los adecuados principios que deben regir este instituto y sobre todo, se establece un estricto control de su duración y posibilidades de revisión. Es así como entonces las reformadas disposiciones señalan:

Artículo 291 del Código Procesal Penal- El juez podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiera concedido la excarcelación, siempre que:

- 1.- Existan elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.
- 2.- Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

3.- El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad, cuyo máximo exceda de tres años; si fuere inferior, solo procederá si concurren alguno de los supuestos previstos en el Artículo 298. La resolución deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan y será apelable por el imputado o por el Ministerio Público."

Artículo 294.- El juez dispondrá, por auto, la cesación del encarcelamiento y la inmediata libertad del imputado, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no subsisten los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida.
- 2.- Cuando su duración supere o equivalga a la condena que, "prima facie", se estima podría imponerse, considerando incluso la posible concesión de beneficios sustitutivos de la prisión.
- 3.- Cuando su duración exceda de quince meses; pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar seis meses más. El Tribunal Superior de Casación Penal, a pedido del tribunal que conoce de la causa o del Ministerio Público, podrá autorizar que el plazo de quince meses se prolongue hasta por un año más, fijando el tiempo concreto de la prórroga de la prisión. En este caso deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Vencido el plazo fijado en este inciso, no se podrá acordar una medida de coerción, salvo la citación y las establecidas en el artículo siguiente; pero, para asegurar la realización del debate, o de un pacto particular, para comprobar la sospecha de fuga o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá

ordenar su nueva detención, por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición."

Por desgracia, la creencia popular de que el uso de la prisión preventiva puede disminuir los índices de criminalidad, muy arraigada en nuestros medios, incidió para que estas disposiciones se derogaran con la ley que aprobó el nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 7594 del 10 de abril de 1996), pero el transitorio quinto de esa ley dispuso que las reformas introducidas a los Artículos 294 y 298 del Código Procesal Penal de 1973 (haciendo una mala cita de la ley) debía estar vigente hasta el 1° de enero de 1998, fecha en que comenzará a regir el nuevo Código Procesal Penal, el cual regresa a la posición de mantener plazos máximos para la prisión preventiva (Artículos 253, 257 y 258).- El Código Costarricense introduce además una prohibición de examinar la prisión preventiva a solicitud de parte durante los primeros tres meses, pero el tribunal puede revisarla de oficio si estima que han variado las circunstancias por las cuales se decretó (Artículo 253) y restringe el recurso de apelación durante esos primeros tres meses sólo a la resolución que decreta por primera vez la prisión preventiva. Transcurrido ese plazo las resoluciones que rechacen una medida sustitutiva, sí tienen recurso de apelación (Artículo 256).

Quizá por inadvertencia, el legislador mantuvo la vigencia de las cuestionadas medidas hasta la entrada en vigor del nuevo instrumento procesal, lo que permite -dichosamente- retornar a la situación de límites y controles adecuados.

## 6.2. Duración de la prisión y control en el Código Penal guatemalteco

### 6.2.1 Duración y cesación

La ley procesal ha establecido algunos límites temporales a la prisión preventiva, con el objeto de obligar al Estado a no perpetuar la privación de la libertad y hacer cumplir con la obligación asumida en el Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad.

Por tal razón, el Artículo 268 Código Procesal Penal establece, conforme esta obligación y conforme el principio de proporcionalidad antes señalado, límites a la prisión preventiva que han de completarse con lo dispuesto en el Artículo 324 bis. La prisión, debe cesar en las siguientes situaciones:

**1º Cuando nuevos elementos de juicio demuestren** que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida.

Si de resultas de la investigación o por otras vías, apareciesen nuevos elementos de juicio referidos a la participación del imputado, el tipo de pena a imponer, o a la probabilidad de fuga u ocultación de prueba, que desvirtúen la necesidad de imponer la prisión preventiva, esta deberá cesar, sustituyéndose por una medida sustitutiva, la libertad bajo promesa o incluso la falta de mérito.

**2º Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera,** considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de pena, o a la libertad anticipada. En concordancia con el Artículo 261 2º párrafo, que prohíbe la prisión preventiva cuando en concreto no se

espera dicha sanción, este inciso ordena poner fin a la prisión preventiva si ésta equivale o supera la pena que se espera en concreto, en aplicación del principio de proporcionalidad, puesto que no tendría sentido continuar con el encarcelamiento preventivo a riesgo de convertirlo en una pena anticipada aún mayor que la que hubiera significado la pena impuesta en la sentencia.

Para el cálculo de la pena en concreto, se tendrán en cuenta todas las normas del Código Penal y de ejecución penal, en aplicación de las cuales podría reducirse el tiempo efectivo de reclusión.

**3° Cuando su duración exceda de un año;** pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar tres meses más. El año de duración es el límite que la ley impone para tener encarcelada a una persona antes de una sentencia. Si existe sentencia condenatoria pendiente de recurso puede extenderse tres meses más. El fiscal deberá tener en cuenta esta norma a la hora de agilizar la investigación. No basta con que el fiscal presente la acusación antes del año para sentirse exento de responsabilidad, sino que debe valorar el tiempo que dura el procedimiento intermedio, el juicio y los recursos.

Existe sin embargo, una excepción que establece el mismo artículo en uno de sus párrafos siguientes, que consiste en que la Corte Suprema de Justicia puede autorizar ampliación de estos plazos fijando el tiempo concreto de extensión. Si bien la autorización puede ser cuantas veces sea necesario, siempre privará el principio de proporcionalidad y esta excepción sólo deberá ser utilizada en casos graves y de investigación compleja. La autorización de la Corte Suprema de

Justicia puede indicar medidas concretas para acelerar el trámite. Por ello, el fiscal sólo debe recurrir a esa autorización en casos muy excepcionales.

**4º Cuando han transcurrido tres meses desde que se dictó el auto de prisión** y aún no se ha presentado acusación (324 bis). La limitación de la duración del procedimiento preparatorio tiene como finalidad principal evitar que la lentitud o la ausencia de investigación afecten directamente a presos preventivos.

### **6.3. Uso real de la prisión preventiva**

La cantidad de personas que guardan prisión en espera de juicio representan entre un 45% y un 91% del total de gente encarcelada en América Latina, y esta situación "lejos de mejorar con los años, empeora, pues los índices y estudios más actualizados revelan que la población penitenciaria en esta condición, sin sentencia condenatoria, crece constantemente y el uso del encierro como medio casi exclusivo de control o contención social es generalizado".<sup>26</sup>

"En la realidad guatemalteca, con el anterior régimen procesal, la prisión preventiva era utilizada como condena anticipada, vulnerando el principio de inocencia, ya que, en los centros de detención, la mayoría de los reclusos eran presos sin condena".<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Carranza, Elías. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe**. Págs. 33-66

<sup>27</sup> Barrientos Pellecer, César. **Derecho procesal guatemalteco**. Pág. 21.

Este aumento en el número de personas detenidas en prisión preventiva debe llamarnos a un detenido análisis. Es un fenómeno que no resulta ajeno a la dramatización del sentimiento de inseguridad ciudadana, estimulada por los medios de comunicación, como lo he señalado supra, y que ha llevado a que se privatice en muchos casos el combate a la delincuencia, mediante la organización de grupos comunitarios de vigilancia o el contrato de policía privada como recursos para conseguir seguridad. Los peligros de la privatización han sido más que evidentes en países del área, en los que la aparición de grupos paramilitares y escuadrones de la muerte que se han pretendido convertir en los garantes de la seguridad ciudadana, han provocado las nefastas consecuencias que ya conocemos.

En este contexto, hablar de exceso de garantismo resulta igualmente preocupante. En esta materia no puede haber excesos, o se es garantistas, respetuoso de los principios y garantías fundamentales consagradas en los textos constitucionales y en los instrumentos de derechos humanos, o se abre la puerta a la entronización del autoritarismo y la cultura represiva como mecanismos de solución de conflictos.

Es tarea ineludible de nuestros juzgadores adoptar criterios interpretativos acordes con los principios filosóficos y político criminales que inspiraron la reforma procesal, tanto para impedir que la prisión preventiva se utilice como adelanto de pena, como para resguardar los derechos fundamentales de personas jurídicamente consideradas inocentes, en el marco de un garantismo pleno.

Es indispensable por otra parte, educar y orientar tanto a la ciudadanía como a los comunicadores sociales, sobre las gravísimas consecuencias que provoca una política represiva que incluya a la prisión preventiva como solución al problema de la criminalidad. Son más los problemas que ocasiona que los supuestos beneficios, y las nefastas implicaciones que tiene para el interno y su familia, lejos de contribuir a disminuir la criminalidad, provocan un desajuste social y familiar que empuja a núcleos enteros hacia la delincuencia como forma de vida.

"Las cárceles producen efectos opuestos a la reeducación y reinserción social. El carácter represivo y uniformante que rige en ellas, anula la individualidad, la libertad y la espontaneidad propias de cualquier proceso educativo realmente edificante. Por otra parte, científicamente se ha demostrado el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, desestructuradores de la personalidad, problema agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados".<sup>28</sup>

La represión no tiene utilidad práctica alguna, pierde el infractor porque no obtiene ningún beneficio ni encuentra razones para modificar su conducta o actitud, pierde la víctima porque no se recupera de su lesión y finalmente también pierde la sociedad, porque el conflicto que se le genera llega muchas veces a ser más violento que la infracción.

---

<sup>28</sup> Arroyo, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas.** Pág. 69.

De conformidad, con lo que hasta ahora se ha expuesto, valdría la pena reflexionar sobre la propuesta del profesor Luigi Ferrajoli, de "un proceso sin prisión provisional"<sup>29</sup> ya que, pese a que él considera que pueda aparecer, a corto plazo, como una quimera, por la resistencia que siempre ponen las culturas conservadores, es lo cierto que, una observación profunda de la experiencia procesal vigente y sobre todo un análisis de los preocupantes datos que nos suministra la investigación sobre el preso sin condena, debe llevarnos a un replanteamiento del tema en nuestro medio. No debemos perder de vista el peligro que encierra el hecho de que "una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por "necesidades procesales" ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por "necesidades penales".<sup>30</sup>

#### **6.4 Análisis de la errónea aplicación del principio de culpabilidad, al momento de decretarse la medida de coerción de prisión preventiva en el proceso penal guatemalteco**

La prisión preventiva es el encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca al juicio, que la pena será cumplida, y que en una y otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado u obstaculización de la verdad del hecho.

---

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi. **Ob.Cit.** Pág. 559-561

<sup>30</sup> **Ibid.** Pág. 555

Ninguno escapa la gravedad del problema que presenta esta medida coercitiva, ya que la utilización de la prisión preventiva contra el imputado en el proceso penal moderno, se interpreta como una pena anticipada, más aún en un país donde el sistema inquisitivo cobró su máxima manifestación durante muchos años... la privación de libertad del imputado, durante la substanciación del proceso penal, se caracteriza por vulnerar garantías procesales, ya que no debe ser aplicada al imputado, quien hasta ese momento es inocente. En ese sentido vale decir que la sentencia de condena, pronunciada por un Juez, o tribunal competente, es el único título legítimo que el Estado puede exhibir para aplicar una pena de prisión, restringiendo el derecho de libertad personal del imputado...

No obstante lo expuesto, se debe aceptar que la prisión preventiva es un instituto procesal reconocido por el régimen guatemalteco, sustentado en el Artículo 13 de la Constitución Política de la República, que establece: "No podrá dictarse auto de prisión, sin que proceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él. Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente. "

**Sustanciación:** Esta medida a la que también se le denomina auto de prisión, esta contemplada en el Artículo 259 del Código Procesal Penal que establece: "Prisión provisional. Se podrá ordenar la prisión preventiva después de oír al sindicado, cuando media información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o

participado en el. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso." El artículo subsiguiente establece los requisitos que ha de contener el auto de prisión dictado por el juez competente; luego, el Artículo 261 prescribe los casos de excepción, en el sentido de que en los delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, asimismo de que no se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción. Inmediatamente después en los Artículos 262 y 263 se establecen los parámetros para determinar cuándo hay peligro de fuga y cuándo peligro de obstaculización, respectivamente.

**- Principio de culpabilidad:**

En un Estado de derecho, el delito y la pena que regulase por la ley previa, estricta y cierta y únicamente por ella y, desde este punto de vista, el principio de legalidad del derecho penal es sólo una manifestación del imperio de la ley. En un Estado democrático esa ley no-solo debe ser expresión de un cuerpo representativo (democracia formal), sino que ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la Constitución y los tratados públicos y propiciar la creación y fortalecimiento de las condiciones sociales para que puedan ser satisfechas las necesidades básicas de todas las personas (democracia material), racionalizando los procesos macro sociales que se opongan a esa meta (Estado social), pero respetando en todo caso la dignidad y autonomía ética del individuo y

protegiendo, incluso penalmente, sus bienes fundamentales y sus derechos humanos Estado Liberal. El concepto de culpabilidad según Grisanti Aveledo (2000), se refiere a que “Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la irreprochabilidad personal de la conducta antijurídica”. La imputabilidad es un supuesto indispensable de la culpabilidad, es por ello, que el autor se refiere a que es la imputabilidad se le llama capacidad de culpabilidad, para ser culpable hay que ser imputable, por lo tanto toda persona culpable tiene necesariamente que ser imputable, pero no toda persona imputable es culpable, tiene para ello que cometer un delito. La naturaleza de la culpabilidad se encuentra fundamentada en dos (2) teorías fundamentales que la sustentan: La primera referida a la teoría psicológica y la segunda la teoría normativa.

#### - **La psicológica**

Según ella la culpabilidad tiene un fundamento puramente psicológico que se desarrolla de acuerdo con el concepto de conocimiento y voluntad que domina en el autor del acto en el momento de su ejecución.

**La teoría normativa:** sustituyó a la psicológica partiendo de los referentes teóricos de los autores: Reinhardt Frank; James Goldschmidt, y otros autores alemanes, que sostuvieron el concepto de culpabilidad no está solo sobre, la base de lo psicológico de conocimiento y voluntad, sino que es un proceso, que por ser atribuible a una motivación reprochable del autor. Este proceso de motivación que conduce al autor de la situación psicológica de culpabilidad (dolo y Culpa), es reprochable si las circunstancias internas y externas que rodean la acción

demuestra que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico, distinto del que ha observado, de ahí, el surgimiento de los conceptos de irreprochabilidad y de su presupuesto de, la exigibilidad. La culpabilidad es normativa porque es una referencia a la norma de valoración del legislador a un juicio de valor, propiamente de desaprobación, de reproche, en razón, de una conducta que se presenta como contraria al deber impuesto por la norma. La culpabilidad tiene dos especies que define distintos campos y requisitos de exigibilidad y son dos: El dolo y la culpa. La culpabilidad según Zaffaroni (2000). Consiste “en el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

Al estar debidamente enterados de que el principio de culpabilidad en Guatemala se materializa a través de la emisión por parte del órgano jurisdiccional, del auto de prisión preventiva a este respecto la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Claudia Paz y Paz Bailey y Luis Rodolfo Ramírez contra el Artículo 27 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto 17-2009 del Congreso de la República. Los accionantes actuaron bajo el patrocinio de la primera mencionada y de los abogados Diego Gustavo Cetina García y Nery Estuardo Rodenas Paredes; permite ilustrar de una forma clara que dicho acto, es la última de las opciones con las que el Estado debe de tener para la aplicación del jus puniendi. A continuación se hace un extracto de la sentencia de merito que resolvió la acción promovida por los profesionales ya indicados:

## “... I. Fundamentos jurídicos de la impugnación

Lo expuesto por los accionantes se resume: a) el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece la garantía del juicio previo, es decir, la imposibilidad de imponer penas sin que exista un proceso penal previo en el que se haya declarado la culpabilidad de una persona mediante sentencia. De la garantía del juicio previo se deriva el principio de inocencia, reconocido en el Artículo 14 constitucional, según el cual, toda persona goza de un estado de inocencia mientras no sea declarada culpable por sentencia firme, aun cuando respecto de ella se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el estado de esa causa. De esa cuenta, en el curso del proceso penal, el imputado no puede ser tratado como culpable ni pueden ser restringido en sus derechos, especialmente el que concierne a su libertad personal, salvo que dicha restricción tenga como propósito asegurar los fines del proceso, referidos a la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y al establecimiento de la posible participación del sindicado, para así garantizar el derecho a la justicia. Conforme a lo anterior, la restricción de la libertad durante el proceso debe ser excepcional, lo que significa que sólo se justifica en casos de extrema necesidad, es decir, cuando no existan otras medidas menos lesivas para asegurar estos fines procesales. En ese orden de ideas, es dable afirmar que en el proceso penal la libertad de la persona es la regla y la excepción es la prisión provisional, como lo consideró la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de 21 de mayo de 1987, dictada dentro de los expedientes 69-87 y 70-87. Aunado a lo expuesto, el carácter excepcional de la prisión preventiva y su finalidad han sido recogidos y desarrollados en la legislación ordinaria, específicamente en el Artículo 261 del Código Procesal Penal, del que se

desprende que su fundamento se encuentra en el aseguramiento de los fines procesales, revistiendo una medida excepcional aplicable cuando existe peligro de fuga o peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, y que únicamente se justifica cuando otras medidas menos gravosas para el imputado no puedan cumplir con garantizar los fines del proceso; **b)** el Artículo 27 de la Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto 17-2009 del Congreso de la República, establece: “**Inconmutabilidad de la pena.** Cuando la pena de prisión a imponerse, de acuerdo a las disposiciones de las leyes que se reforman y la presente, sea inconmutable, no procederá medida sustitutiva alguna.” El texto legal anterior recoge una presunción iure et de iure contra reo, referida a que todas las personas que han cometido esos delitos presentan peligro de fuga o de obstaculización de la persecución penal. Este peligro de fuga, valorado en forma abstracta y ex ante por el legislador, en ningún caso puede ser razonablemente evitado por la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado, aun cuando el juez evalúe que en la situación concreta no existe. La normativa citada viola en abstracto, es decir, para todos los casos, el derecho a ser tratado como inocente durante el proceso penal, pues la aplicación de la prisión preventiva deviene obligatoria y se convierte en regla procesal, sin que importen o sean tomadas en cuenta las circunstancias materiales del caso concreto. Asimismo, la norma viola el derecho de defensa y el derecho a la libertad personal, pues priva de la libertad siempre y para todos los casos, solamente porque la pena es inconmutable. Según lo consideró la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de 17 de agosto de 1988, dictada dentro del expediente 39-88, no se priva, a quien se considere afectado, de los recursos y defensas legales, en tanto la presunción sea

iuris tantum y, por lo mismo, admita prueba en contrario. Ante ello, en el caso de la norma objetada, se está concretando una presunción iure et de iure que no admite prueba en contrario, por lo que, en armonía con la doctrina del Tribunal Constitucional, se priva a la persona procesada de todo recurso o defensa legal, al tener la prohibición un carácter obligatorio y vinculante para el juez, sin brindarle la oportunidad de probar o refutar que en las circunstancias concretas de su caso no existe peligro de fuga o de obstrucción de la averiguación penal, lo que impide todo acto de defensa o recurso para el imputado. Además, al imponerse obligatoriamente la prisión preventiva, sin verificar que sea necesaria para asegurar los fines procesales, dicha medida deviene ilegítima, convirtiéndose en una pena anticipada que vulnera las garantías del juicio previo y la presunción de inocencia, restringiendo la libertad sin que exista sentencia condenatoria. Cabe añadir que si bien la gravedad del delito puede ser un elemento que el juez habrá de tomar en cuenta para establecer si en el caso concreto existe peligro de fuga, no debe ser el único criterio ni, menos aún, el determinante para imponer la prisión preventiva. Así las cosas, es pertinente mencionar que la Corte de Constitucionalidad, al dictar sentencia de 16 de diciembre de 1999, dentro del expediente 105-99, señaló que la norma que prescribía que el delito de hurto agravado era un delito no excarcelable adolecía de inconstitucionalidad; **c)** establece el Artículo 13 de la Constitución Política de la República: “No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él.” En tal sentido, conforme a la norma constitucional transcrita, la potestad de la autoridad judicial para limitar la libertad personal no es absoluta, sino que se exige

una serie de requisitos que deben ser cumplidos incondicionalmente, pues, de lo contrario, la privación de libertad devendría ilegal. Tales requisitos son: i) desarrollo de la imputación; ii) función jurisdiccional; y iii) facultad discrecional y no obligatoria. En cuanto al desarrollo de la imputación, el primer elemento que dispone la Constitución es la existencia de información previa que revele elementos de convicción suficientes para que el juez, en el caso concreto, pueda identificar la existencia de un hecho delictivo y que de dicha información, a su juicio, se logre determinar que la persona ha tenido un grado de participación en ese hecho delictivo. Cabe indicar que el desarrollo de la imputación no implica la simple sindicación. Respecto de la función jurisdiccional, es preciso señalar que conforme lo establece la Constitución, la valoración sobre el grado de desarrollo de la imputación y la decisión de aplicar o no la prisión preventiva están reservadas en forma exclusiva al juez, lo que conlleva que cualquier otro poder del Estado tiene limitación absoluta para intervenir en una decisión de tal naturaleza. Lo anterior significa que será el hecho concreto, y no en abstracto, sobre el cual el juez podrá realizar aquella valoración.

Tal circunstancia es importante, por cuanto la función legislativa tiene como límite la definición en abstracto de las normas que desarrollen el precepto legislativo sobre los motivos para dictar auto de prisión preventiva, conforme los contempla el citado artículo constitucional. De esta manera, la potestad legislativa no puede fijar en forma anticipada el hecho concreto, es decir, delitos en abstracto que, por la simple sindicación, policial o de otro órgano de la persecución penal, implique normativamente y no en la realidad fáctica, el desarrollo de la imputación.

En lo que atañe a la facultad discrecional y no obligatoria, se resalta que del desarrollo de la imputación no se deriva que el juez esté obligado a dictar auto de prisión preventiva. Por el contrario, la norma constitucional confiere al juez una facultad para decretar la prisión, entendiéndose que no le impone una obligación; asimismo, aquella facultad tiene una finalidad específica, que reside en cumplir la obligación del Estado de garantizar a los habitantes de la República la justicia, como lo establece el Artículo 2o de la Constitución, y al señalar el Artículo 13 constitucional un sentido discrecional para cumplir esa obligación, se determina que dicha finalidad puede lograrse con medidas distintas a la prisión preventiva, es decir, con menor afectación al procesado. De igual forma, el Artículo 2o constitucional, además de reconocer la obligación de garantizar la justicia, incluye también, como obligación del Estado, la de garantizar la libertad de las personas, reafirmando este derecho sustantivo, en forma específica y privilegiada, en el artículo 4o del mismo texto supremo, lo que determina que entre la obligación de garantizar la libertad y la justicia, para el caso de la prisión preventiva, la Constitución dispone que el juez podrá lograr los fines de la justicia con la menor afectación, esto es, aplicando medidas distintas a la propia prisión. La interpretación restrictiva sobre la privación de la libertad en materia de medidas de coerción se complementa con lo establecido en el Artículo 14 constitucional, el que reconoce que: "Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada." Ello implica que el tratamiento del sindicado durante el proceso es de inocente, por lo que la privación de libertad para garantizar el resultado del juicio se decretará sólo cuando existan razones objetivas que impliquen peligro de fuga y la posibilidad de

obstaculizar la averiguación de la verdad, pues estas circunstancias pueden impedir que el Estado cumpla con su obligación de garantizar la justicia; sin embargo, tales criterios deben ser desarrollados en cada caso concreto y no en forma general para todos los casos.

El mencionado Artículo 13 de la Constitución Política concibe la privación de libertad por prisión preventiva como medida excepcional y no como regla, por lo tanto, será subsidiaria, en el sentido de que el juez debe verificar si puede lograrse el cumplimiento de la obligación del Estado de desarrollar la justicia por otros medios que sean menos gravosos para el imputado. Tales elementos fueron valorados por la Corte de Constitucionalidad al dictar la sentencia de veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete, antes mencionada. Como corolario, la prohibición de otorgar medidas sustitutivas para aquellos delitos cuya pena sea inmutable introduce una variable contraria a los motivos de aplicación de la prisión preventiva previstos en el Artículo 13 de la Constitución. Dicha contradicción se origina al obligar al juez a aplicar la prisión preventiva, lo que limita el principio discrecional que le otorga la norma constitucional para garantizar el cumplimiento de la justicia; asimismo, la determinación de que la pena sea inmutable podría interpretarse en el sentido de que se excluye la obligación de verificar el grado de desarrollo de la imputación, lo que contradice la norma citada, pudiendo, incluso, devenir en arbitrariedad judicial. Aunado a lo anterior, al eliminarse el carácter facultativo del juez para aplicar la prisión preventiva, se elimina también el carácter de excepcionalidad, necesidad y subsidiariedad que deben acompañar a la medida

como recurso extremo para garantizar el cumplimiento de la justicia y tratar de asegurar el resultado del proceso por vías con menor afectación para el imputado.

El juez, para dictar auto de prisión preventiva, no sólo debe cerciorarse de que concurren los elementos fácticos sobre la existencia del hecho y la participación del sindicado a que se refiere el Artículo 13 constitucional, presupuestos necesarios, mas no suficientes para dicha decisión; además, el juzgador debe comprobar que concurre, en el caso concreto, un peligro para los fines del proceso (peligro de fuga o peligro para la averiguación de la verdad). Así pues, lo que está en discusión al decidir sobre la prisión preventiva no es la culpabilidad o inocencia del imputado, sino la probabilidad racional de que existan elementos de convicción verificables y que no es posible conseguir el cumplimiento de la justicia por otros medios con menor afectación al procesado. De ahí que el juez sea el único funcionario constitucionalmente autorizado para valorar el peligro de fuga o de obstaculización de la persecución penal en el caso concreto; y **d)** la prisión preventiva no es una pena anticipada, por lo que no es factible su aplicación con fines punitivos. Lo anterior conlleva que no puede regularse en función de que el delito sea conmutable o inconmutable, como lo contempla la norma impugnada, pues ello acarrearía violación a la presunción de inocencia, considerando al imputado como culpable previo a que se le haya juzgado y que se haya dictado sentencia de condena. Por ende, el carácter excepcional de la prisión preventiva, en función de asegurar finalidades procesales, hace recaer en el juzgador, con exclusividad, la función de valorar si concurren o no los supuestos de peligro de fuga o de obstaculización de la justicia en el caso concreto. Sin embargo, el Congreso de la



República pretende arrogarse estas funciones jurisdiccionales, al establecer, ex ante y de manera abstracta, que no procederá medida sustitutiva alguna cuando los delitos sean inconvertibles, lo que conlleva la imposición de una restricción obligatoria a la libertad. Es claro que el Organismo Legislativo no puede valorar las circunstancias concretas y personales que concurren en cada caso, puesto que esto sólo puede ser realizado por el juez. El concreto peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad únicamente pueden valorarse a partir del estudio de las constancias procesales, siendo el juez quien tiene, de conformidad con los Artículos 13 y 203 de la Constitución, la facultad de conocer y evaluar los elementos de prueba que pueden llevar a temer racionalmente que el imputado está en posibilidades de sustraerse de la acción de la justicia o de obstaculizar la persecución penal. En consecuencia, cuando el Poder Legislativo dicta una ley que establece la no aplicación de medidas sustitutivas para aquellos delitos inconvertibles está imponiendo al juez un criterio judicial en el caso en cuestión, lo que se ubica fuera del ámbito de potestades que la Constitución le confiere. La norma objetada subordina al Organismo Judicial, desembocando en violación al Artículo 141 constitucional, que establece la separación de poderes y la prohibición de subordinación entre los poderes del Estado. Asimismo, el Artículo 203 del texto supremo indica que corresponde a los tribunales la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, que los magistrados y jueces son independientes en su función y únicamente están sujetos a la Constitución Política de la República y las leyes y que ninguna otra autoridad puede intervenir en la administración de justicia.

Con lo expuesto queda demostrado que la función de valorar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad es una tarea estrictamente jurisdiccional, en la que no pueden interferir los otros organismos del Estado. En ese orden de ideas, se concluye que permitir que el Organismo Legislativo dicte disposiciones en abstracto que, sin conocerse las particularidades del caso, obliguen a los jueces a valorar o dictar resoluciones en un determinado asunto o establezcan presunciones iure et de iure, constituye una vulneración de la independencia judicial en un intento por controlar las decisiones de los jueces. Es una acción intolerable en un Estado republicano, democrático y representativo, basado en la estricta separación de poderes y en el que surgen, como presupuestos fundamentales, la independencia judicial y la exclusividad de la potestad de juzgar, como protección de los derechos fundamentales de la persona. Cabe indicar que la Constitución organiza el Estado para garantizar el ejercicio de los derechos, siendo su deber especial la protección del derecho a la libertad; para tales efectos, el Organismo Judicial se instituye como el mecanismo de tutela de los derechos y libertades del ciudadano y como el órgano contralor de la función pública. En consecuencia, las normas que socavan la independencia judicial son los atentados más graves a las libertades fundamentales del ciudadano. Solicitó que se declare con lugar la acción promovida y, en consecuencia, que se declare inconstitucional la norma impugnada...<sup>31</sup>”

Con lo anterior se demuestra que el Estado de Guatemala, a pesar de que constitucionalmente se organiza con base al principio de presunción de inocencia,

---

<sup>31</sup> Corte de Constitucionalidad de Sentencia dentro del Expediente 135-2010.



en la aplicación cotidiana de las leyes procesales penales; en realidad estamos inmersos en un proceso penal que prevalece la aplicación del principio de culpabilidad.



## CONCLUSIONES

1. Los órganos jurisdiccionales del orden penal no respetan el procedimiento de la prisión preventiva, aceptando las garantías constitucionales del debido proceso y la presunción de inocencia de las personas sujetas a proceso penal, sin excederse con la aplicación de la ley, con el objeto de garantizar una objetiva e imparcial aplicación de la administración de justicia en un Estado de Derecho.
2. Las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no sólo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme, que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona.
3. Ser tratado como inocente es el lineamiento constitucional más claro que recibe una persona que se ve involucrada en un proceso penal; por este motivo no se tienen que tener como presupuesto principal la prisión preventiva durante su persecución penal sino, por consiguiente, rige como principio, el derecho a la libertad ambulatoria; ya que no ha sido vencido en sentencia de condena firme.

4. La culpabilidad, como se analiza por parte del juzgador y el ente acusador, es utilizado como un prejuicio preexistente que limita la aplicación objetiva de una verdadera justicia; que limita una correcta defensa del sindicado, que violenta el debido proceso y la presunción de inocencia; pues la argumentación del encarcelamiento de la persona se presenta como una prioridad y no como una última instancia; que se aparta de los fines y objetivos del proceso penal.

## RECOMENDACIONES

1. Es necesaria la unificación de criterios en la administración de justicia penal para la solución práctica y eficiente de la implementación de las medidas de coerción dentro de cada proceso, en la cual el juzgador debe tener una clara visión que la prisión preventiva es un extremo, y el Ministerio Público debe tener presente que toda persona sindicada de un hecho tipificado como delito es inocente desde el inicio del proceso hasta que se le compruebe con una investigación justa, lo contrario; y el defensor debe mantener la postura actual de la defensa del debido proceso y la aplicación de la normativa jurídica de una forma eficaz.
2. Los entes encargados de la administración de justicia deben tener presente que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el derecho a ser tratado como inocente; y, siendo que es la normativa máxima, todas las partes del proceso penal tienen la obligación de respetarla como tal; en consecuencia, *ser tratado como inocente debe ser la regla, no la opción.*
3. La libertad ambulatoria, bajo alguna medida de coerción, es un derecho que permite una solución plasmada en la norma jurídica, que no sólo beneficia al imputado sino al Sistema Penitenciario ya tan saturado y debilitado; evitando enviar a las cárceles, “escuelas del crimen”, a personas que verdaderamente no son responsables de delitos.



4. La eliminación del prejuicio acusador debe ser la lucha constante del Estado para lograr tener una justicia verdadera, y no solamente un instrumento de intimidación ciudadana que permite que personas inocentes sean encarceladas, sin tener un trato justo en su presunta participación de un delito.



## BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas.** San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, 1995.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal guatemalteco.** Ed. Magna Terra Guatemala, 1995
- BOVINO, Alberto. **Temas de derecho procesal guatemalteco.** Fundación Myrna Mack, primera edición, Guatemala, 1996.
- BOVINO, Alberto. **La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos.** Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.
- CAFFERATA NORES, José. **La excarcelación.** Buenos Aires, Argentina, (s.e.), (s.E.), (s.l.i.), 1988.
- CARRANZA, Elías y otros. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe.** Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente. San José, C.R., 1983.
- CARRANZA, Elías. **Criminalidad ¿Prevención o promoción?**, Editorial Uned, San José, Costa Rica, (s.e.), (s.E.), (s.f.).
- CARRANZA, Elías. **Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión,** en El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas Editor, S. A, México 1991.



CHRISTIE, Nils. **Los límites del dolor**. Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 1994.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal. Tomo I, Parte general**. Editorial Bosch, (s.e.), (s.E.), 1975.

DOMINGUEZ, Federico y otros. **El derecho a la libertad en el proceso penal**. Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, (s.e.), (s.E.), 1984.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. y otros. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**. Segunda edición ampliada, San José, Costa Rica, abril de 1997.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1995.

IPPOLITO, Franco. **La detención preventiva**. Revista de Derecho Constitucional. N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997.

LEVENE, Ricardo, (hijo), **El debido proceso y otros temas**. San José, Costa Rica, (s.e.), (s.E.), 1981-

LLOBET, Javier. **La prisión preventiva (límites constitucionales)**. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. San José, Costa Rica, 1997.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I; (s.e.), (s.E.), (s.l.i), (s.f.).



PASTOR, Daniel R. **El encarcelamiento preventivo**. En AA.VV., El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal**, Ediar S.A., editora comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1989.

### **Legislación:**

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

**Código Penal**. Decreto Legislativo 17-73 del Congreso de la República, 1973.

**Código Procesal Penal**. Decreto Legislativo 51-92 del Congreso de la República, 1992.

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