

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

**LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA
LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO
PROCESAL PENAL GUATEMALTECO**

ROSALIO LÓPEZ ALONZO

GUATEMALA, MAYO DE 2015

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

**LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA
LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO
PROCESAL 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

ROSALIO LÓPEZ ALONZO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
y los títulos profesionales de ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2015

**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. Luis Rodolfo Polanco Gil

VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez

VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario

SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidenta: Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal: Licda. Claudia Elvira González
Secretario: Lic. Juan Carlos López Pacheco

Segunda fase:

Presidente: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Vocal: Lic. José Roberto Mena Izeppi
Secretario: Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

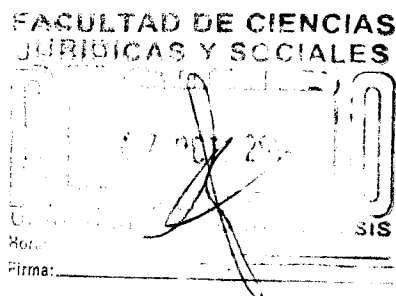
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinassustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

②

Licda. Marisol Robledo Ordóñez
Abogada y Notaria
18 Calle 8-24 zona 12 Condominio Jardines de Loma Blanca
Teléfono: 55967240

Guatemala, 01 de septiembre de 2014

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



En resolución emitida por usted, con fecha doce de agosto del año dos mil catorce, fui nombrada para asesorar el trabajo de tesis del estudiante: **ROSALIO LÓPEZ ALONZO**, del trabajo de tesis titulado **“LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO”**.

En atención a la providencia de esta unidad a su cargo y con base al Artículo 32 del Normativo de Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedo a emitir mi opinión del trabajo encomendado.

- a) Considero que el tema investigado, reviste de gran importancia con relación al contenido científico y técnico, al abordar un tema innovador que consiste en el análisis y estudio acerca de los efectos negativos que sobre el sistema acusatorio ocasiona la prórroga de privación de libertad autorizada en el Código Procesal Penal guatemalteco.
- b) Para la elaboración del presente estudio se utilizaron los siguientes métodos: deductivo, analítico y sintético porque se partió de la documentación de temas de carácter universal o genéricos con la ayuda de la técnica bibliográfica, para después desglosar una totalidad, con el fin de analizar independientemente cada una de las partes que la componen y obtener solamente los elementos fundamentales de cada tópico, dando como resultado un juicio crítico al respecto.
- c) La forma en que se redactó el trabajo de investigación fue con base al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y cumple con los tecnicismos fundamentales y reglas para la correcta comprensión y lectura de la tesis.

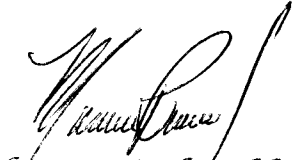
B

Licda. Marisol Robledo Ordóñez
Abogada y Notaria
18 Calle 8-24 zona 12 Condominio Jardines de Loma Blanca
Teléfono: 55967240

- d) Como resultado de la investigación se llegaron a plantear conclusiones y recomendaciones para fundar y definir los principales hallazgos en torno a cada capítulo realizado, así mismo evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica y actualizada.
- e) En el trabajo presentado, fueron citados un número abundante de autores nacionales y autores extranjeros de los temas que componen los capítulos de la presente tesis, haciendo debido acopio en la cita de pue de página en el apartado bibliográfico.

La presente investigación, fue asesorada por mi persona y comprende los requisitos necesarios para la emisión del **DICTAMEN FAVORABLE**, el cual se fundamentó en el Artículo 32 del Normativo de Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Por lo que, se aprueba el trabajo de tesis titulado "**LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO**", a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el tribunal examinador en el examen público de tesis del estudiante: **ROSALIO LÓPEZ ALONZO**.

Atentamente,


Licda. Marisol Robledo Ordóñez
Abogada y Notaria
Colegiada No. 8,515
Asesora de Tesis

Licenciada
Marisol Robledo Ordóñez
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten signature]

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 04 de septiembre de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO SERGIO GAROZ MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante ROSALIO LÓPEZ ALONZO, intitulado: "LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO".

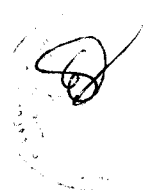
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo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

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.

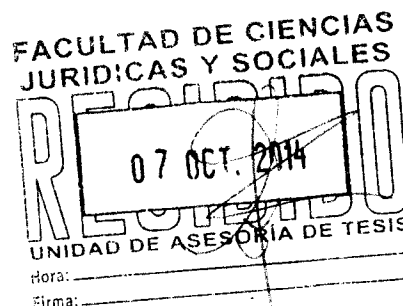




Lic. Sergio Leonel Garoz Martínez
6av. "B" 26-78 zona 5 Villa Nueva
Residenciales Fuentes del Valle II
Teléfono: 4580-5052

Guatemala, 18 de septiembre de 2014

Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana:

De conformidad con la designación que me fuere hecho por la Unidad de Asesoría de Tesis que usted coordina con fecha 04 de septiembre de 2014, respetuosamente me permito informar que he revisado el trabajo de tesis elaborado por el bachiller **ROSALIO LÓPEZ ALONZO**, investigación intitulada "**LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO**". En tal sentido, fue revisado con la participación del estudiante, respetando el criterio y aporte personal del sustentante, haciendo constar lo siguiente:

- a) Procedí a revisar el trabajo presentado, del cual me permito concluir que, efectivamente, como lo indicó oportunamente su asesor, el trabajo resulta de suma importancia en el ámbito jurídico, ya que enriquece los conocimientos e integra la legislación penal vigente sobre la los efectos negativos que ocasiona la prórroga de libertad, dentro del sistema acusatorio;
- b) Asimismo, me permito manifestar que el trabajo revisado fue elaborado de forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abordando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia y presenta un lenguaje técnico y adecuado, propio de los profesionales del derecho. Del análisis del trabajo se desprende que el bachiller sigue una línea de pensamiento bien definida que se manifiesta mediante una teórica coherente que le permite concluir atinadamente en relación al tema.

Lic. Sergio Leonel Garoz Martínez
6av. "B" 26-78 zona 5 Villa Nueva
Residenciales Fuentes del Valle II
Teléfono: 4580-5052

Tal como lo señalo su asesora, el trabajo presenta un alto contenido técnico, jurídico y doctrinario marcado por la idea de integrar la legislación penal vigente para indicar los efectos negativos que sobre el sistema acusatorio ocasiona la prórroga de privación de libertad autorizada en el Código Procesal Penal guatemalteco.

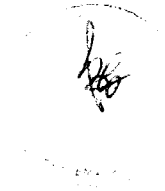
- c) Los métodos inductivo, deductivo, comparativo, dialéctico y analítico utilizados en la investigación son actualizadas e idóneas para llevar a cabo la investigación propuesta y arribar a la confirmación de la hipótesis planteada.
- d) Respecto a las conclusiones y recomendaciones, las mismas me parecen meritorias de discusión en el ámbito jurídico y fueron redactadas de forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.
- e) Por último, en cuanto a la bibliografía consultada, puedo afirmar que la misma es suficiente y adecuada, ya que incluye autores tanto nacionales como internacionales, y catedráticos especializados en la materia de derecho penal.

Por estas razones, me permito emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que el trabajo revisado reúne todos los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,


Lic. Sergio Leonel Garoz Martínez
Asesor de Tesis

Lic. Sergio Leonel Garoz Martínez



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de febrero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ROSALIO LÓPEZ ALONZO, titulado LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO OCASIONA LA PRÓRROGA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL 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.

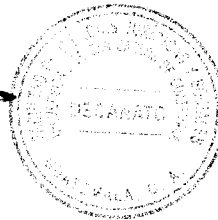
[Handwritten signature]

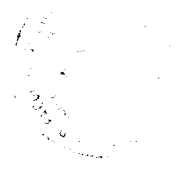


BAMO/srrs.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Guía y consuelo en mi vida.
- A MIS PADRES:** Rosalio López y Jesús Alonzo, gracias por su ejemplo, porque desde lo alto me siguen iluminando
- A ROSITA PAIZ:** Mi esposa, con amor.
- A MARIO Y CARLOS:** Los hijos más bellos del mundo, los amo mucho.
- A MIS HERMANOS:** Por su apoyo en este proceso, con mucho cariño.
- A MIS AMIGOS Y FAMILIARES:** Por compartir conmigo este triunfo.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Por los conocimientos adquiridos en mis años de estudio.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El sistema penal.....	1
1.1. Naturaleza jurídica del sistema penal.....	4
1.2. Regulación legal.....	12
CAPÍTULO II	
2. El ilícito penal.....	15
2.1. Problemática del ilícito penal.....	15
2.1.1. Aspectos que determinan lo ilícito.....	16
2.2. La tipicidad y la antijuricidad como elementos de lo ilícito.....	23
2.2.1. La tipicidad.....	23
2.2.2. La antijuricidad.....	29
2.3. La interpretación penal.....	31
CAPÍTULO III	
3. La prisión preventiva.....	43
3.1. Derechos humanos y prisión preventiva.....	46
3.2. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva.....	55
3.3. Límites de la prisión preventiva.....	66
3.4. Duración y control de la prisión preventiva.....	70
CAPÍTULO IV	
4. Los efectos de la prórroga de la prisión preventiva en Guatemala.....	73
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89



INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva cumple una función de prevención y de garantía en contra del sindicado; sin embargo, cuando se prorroga de manera indefinida, deja de tener la finalidad para lo cual fue creada, constituyéndose en una pena de prisión adelantada; lo anterior determinó que surgiera la interrogante sobre los efectos que ocasiona sobre el sistema acusatorio la prórroga de esta medida de coacción en el proceso penal guatemalteco. Esto determinó que se estableciera como hipótesis, la cual fue comprobada durante el desarrollo del informe final, porque se constató que la prórroga indefinida de la prisión preventiva autorizada en la legislación procesal penal guatemalteca, determina que se quebrante el principio de inocencia, el de proporcionalidad y el de dignidad, los cuales son pilares del sistema acusatorio, además que se le infringe al reo preventivo, daños morales, físicos y psicológicos; así como afectación en su seguridad jurídica.

Los objetivos planteados y alcanzados fueron: explicar el significado de la prisión preventiva, los motivos que determinan su aplicación y la función preventiva que asumen en el proceso penal; asimismo, se definió caracterizar el sentido del sistema penal, su naturaleza jurídica, los fines que persigue y la regulación legal que tiene en Guatemala; así también, establecer la manera en que se definen los ilícitos penales en la doctrina, especialmente en la teoría general del delito.



Como supuestos se consideró que el sistema penal guatemalteco es un modelo constitucionalizado, cimentado en los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley y que el sistema acusatorio tiene como pilares fundamentales el principio de inocencia, el de igualdad jurídica, el debido proceso, orientado hacia el logro de la prevención especial. Los métodos utilizados en esta tesis fueron: el deductivo, el inductivo, el analítico y el sintético, con los cuales se procesó la información obtenida a través de la investigación bibliográfica y documental, en donde el hilo conductor de la reflexión sobre la prisión preventiva fue, establecer los efectos negativos que la prórroga de la misma, genera en el sistema acusatorio y en el privado de libertad de manera preventiva.

El informe final de este estudio se encuentra contenido en cuatro capítulos: en el primero se hace referencia a lo que es el sistema penal, sus características, su naturaleza jurídica y su regulación legal; en el segundo se analizan los aspectos que determinan el ilícito penal, su función en la sociedad, sus elementos esenciales relacionados con la tipificación y la antijuridicidad; el tercero se redactó a partir de exponer el sentido y significado de la prisión preventiva, su relación con los derechos humanos, los presupuestos que deben existir para que se aplique y los límites legales que esta enfrenta; mientras que, en el cuarto capítulo se explicaron los efectos negativos de la prórroga indefinida de la prisión preventiva y cómo se convierte en un anticipo de la pena de prisión en detrimento del principio de inocencia que reviste el sindicado.


CAPÍTULO I

1. El sistema penal

El sistema penal es el control social coercitivo y represivo institucionalizado a cargo del Estado, el mismo surge como medio de socialización sustitutivo sólo cuando los mecanismos primarios del control social informal, como la familia y la sociedad, fracasan.

Este carácter especialísimo se debe a que el sistema penal es el conjunto de relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, lo que le permite al gobierno, a través de las fuerzas de seguridad, tomar en cuenta relaciones del control penal que se salgan de los límites jurídicos aceptados legalmente, a partir de aplicar fuerza institucionalizada, que incluye el uso de la represión.

“El Estado elabora y da a conocer las reglas leyes para legitimar el uso de la fuerza. En ese momento, se presume que los hombres saben lo que han de seguir y que reconocen los límites de lo legal y lo ilegal. El Estado a través de las leyes dice lo que se encuentra permitido y a su vez lo que está prohibidos sin embargo, ante toda prohibición se encuentra su contrario: la disidencia, ya que de no existir, la norma perdería su sentido, su razón de ser. Ante esta posibilidad de desobediencia, de transgresión a lo establecido, el Estado posee los mecanismos más eficaces: las sanciones, contenidas en la norma como vigilantes de la sociedad, amenazando con



imponer castigos, con emplear la fuerza contra el transgresor del orden establecido; así, obediencia y transgresión conforman el régimen dual.”¹

Aún cuando existen posturas críticas que plantean la parcialidad de la legislación penal, a partir que la misma se ha hecho por algunos para un grupo social determinado, quien resulta siendo el chivo expiatorio sobre el cual recae el estigma social, en la práctica todos son posibles sujetos de esas normas dependiendo condiciones y particularidades a las cuales se enfrentan cada día.

No es tanto que haya un grupo específico sobre el que recae o hacia quien se ha orientado la ley penal, lo que sucede es que se tipifican conductas, la mayoría de las cuales han sido más utilizadas por los sectores pobres y los marginados sociales y siendo ellos la mayoría, se ha planteado que ellos son el objeto de dicha ley; sin embargo, las personas de sectores de la sociedad de donde surge la norma penal también pueden enfrentar el peso de la ley, aunque la forma de enfrentarla es totalmente diferente a la mayoría de la población.

La asunción de esta noción de sistema penal permite evidenciar que aun cuando se quiera asignarle una relevancia política a la regulación limitadora y delimitadora del poder punitivo, el mismo resulta siendo neutral política y socialmente; sin embargo, no se puede negar que quien asume la dirección de las instituciones de seguridad, va a definir una política de seguridad que utilizará con fines partidarios y electorales a la

¹ Armenta Deu, Teresa. **El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas**. Pág. 19.

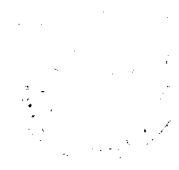


norma penal, por lo que como todo el derecho, lo penal no puede quedar al margen de la utilidad que se le quiera dar de acuerdo a intereses políticos.

“Así, el control penal se manifestará en la actuación de los órganos del sistema, en los procesos de formulación legislativa y hasta en las desviaciones en que incurra el poder punitivo. Siendo lo primordial el conjunto de las relaciones vinculadas al ejercicio de la facultad punitiva del Estado o al ejercicio del control penal y cómo tales relaciones se integran en el devenir social; por eso es que desde una perspectiva de la persona y su libertad, cabe considerar al sistema penal, en tanto que control social formalizado, como un sistema garantista, el cual es consecuencia de una política criminal en un Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, presenta ventajas que no tienen los controles informales. Desde luego, la *reacción penal garantiza que otro tipo de reacciones sociales informales, espontáneas, incontroladas de otras fuerzas sociales queden neutralizadas, lo que permite impedir la venganza.*”²

Lo anterior implica que el sistema penal expresa la violencia institucionalizada o sea el monopolio legal y judicial de la violencia represiva, ante lo cual la vigencia de los derechos humanos se convierte en una garantía contra la arbitrariedad, en cuanto representa límites a ese poder punitivo y la implementación de técnicas exclusivas y exhaustivas orientadas a establecer los límites en el uso de la fuerza con fines de defensa social, así como los alcances estatales para utilizar la norma legal, para evitar la criminalización de la protesta social o el uso de la pena como medio político.

²Ibid.




“Esta defensa democrática resulta primordial cuando las relaciones sociales y los fenómenos que se generan cada día son más complejos, muchos de estos fenómenos provocan daño social o crean intereses o demandas que necesitan de una protección eficaz y oportuna, transformándose en bienes jurídicos que necesitan ser protegidos o tutelados a través de la punibilidad, lo cual conduce a la configuración de figuras delictivas creadas por la ley penal, cuyas consecuencias alcanzan a aquellas personas que causan daño social mediante la aplicación de sanciones penales”.³

Esta compleja relación de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal surge al amparo de la construcción del Estado moderno, denominándosele sistema penal, el cual está previsto como conjunto de medios o instrumentos para llevar a cabo un efectivo control social formalizado de la criminalidad que se manifiesta en esas sociedades; aunque es de tomar en cuenta que el control social estatal es más amplio que lo penal, porque éste es una parte de aquel.

1.1. Naturaleza jurídica del sistema penal

En esta tesis se está de acuerdo con que el sistema penal guatemalteco es un sistema constitucional de derecho, con un principio rígido de tipicidad donde no hay ningún tipo abierto, tampoco ninguna ley que remita a normas análogas, con un claro principio de culpabilidad, sin ningún tipo de peligrosidad, ningún delito de peligro abstracto, con un

³Ibid.



claro respeto del individuo y sin retroactividad legal; es decir, con un fundamento propio de un Estado de derecho.

Se entiende, entonces, que el sistema penal está configurado mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes sustantivas o materiales y adjetivas o procesales, las cuales orientan la práctica de la justicia quien está facultada para aplicarlas, a partir de concretar situaciones, comportamientos y actores cuándo se comete un delito.

Esto implica que el sistema penal guatemalteco se presenta como sancionador de acciones reprochables que hayan producido lesiones de bienes jurídicos, en donde ningún tipo se aplica sin acción típica; ninguna condenatoria sin comprobar el dolo o culpa, ninguna norma que promueva la autolesión o que origine la violencia punitiva, sino únicamente una pena o medida de seguridad retributiva y reparadora.

“Pero lo anterior no agota al sistema penal, como realidad, pues si se observa la norma, por un lado y por otro, las prácticas legislativa, judicial y administrativa, en relación con la creación, juzgamiento y castigo de los delitos, es necesario hablar de sistema penal real el cual centra su atención e interés en el real acontecer: el control real, a partir de prácticas judiciales, administrativas y particulares. Esta perspectiva no puede quedar fuera de ningún análisis pues se perdería la descripción de lo que realmente vive el



grupo social como control. El sendero de la ley no necesariamente evidencia la vida real del grupo social”.⁴

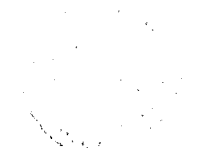
Al estudiar la manera en que el sistema judicial funciona en Guatemala, se debe partir, por un lado, de establecer lo regulado en las normas constitucionales y las leyes penales y, del otro, establecer las prácticas judiciales y policiales que resultan autoritarias y violatorias de esas normas, lo cual implica una contradicción entre la doctrina acusatoria estructurada en la Constitución Política de la República, la cual establece un derecho punitivo con reglas claras de legalidad, que incluyen el principio de inocencia, respeto a la libertad y el debido proceso, entre otros, las prácticas de las fuerzas de seguridad y de los operadores de justicia continúan siendo autoritarias.

“De este modo, el sistema penal se diferencia en estático o abstracto y dinámico o concreto, siendo que el primero designa aquel nivel de los sistemas penales que únicamente se ocupan (por parte de los juristas) de la producción y estudio del sistema de preceptos, reglas o normas que definen los conceptos de delito y pena. Mientras que el segundo, en cambio, alude a las actividades de aquellas instancias o agencias de aplicación del control punitivo, como la policía, los fiscales, los jueces, etc.”⁵

La descripción de tipos delictivos por el Código Penal y la manera en que tendrán lugar los procesos penales o la determinación de las formas de actuar que se prevé para las instancias de aplicación del control penal, tales como la policía, el Ministerio Público, los

⁴ **Ibid.** Pág. 21.

⁵ Carranza Elías, Luis Paulino. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe.** Pág. 44.



jueces y presidios, en las respectivas leyes no se llenan de contenido hasta que efectivamente una persona o varias son imputadas, incriminadas o acusadas de una conducta punible.

Al existir sindicatos, se ponen en funcionamiento las instancias de aplicación del sistema penal y el producto de sus actividades no necesariamente coincide siempre con las previsiones abstractas del ordenamiento jurídico, lo cual significa que en la práctica, al realizar estas actividades se producen realidades que habitualmente difieren de las previstas en la norma.

“Una de las características fundamentales del sistema penal actual es la atribución de la persecución penal en exclusividad al Estado, diferenciándose en ello de lo que sucede con las otras ramas del derecho en las que el servicio de justicia se limita a decidir respecto de un conflicto que se plantea entre partes. El Estado al hacerse cargo totalmente del poder penal, tomó en sus manos el elemento más poderoso en materia de control social. La víctima real y concreta fue reemplazada por otra abstracta y simbólica, representada por la comunidad institucionalizada, en un momento histórico en el que al derecho le interesaba poco y nada el individuo como tal”.⁶

En esta visión estatal de la lucha contra el delito, el mismo deja de tener significado como conflicto entre personas, pasando a ser considerado una desobediencia al soberano, la cual que debe ser castigada para restablecer su autoridad y disuadir a

⁶Ibid.

otros de conductas similares; aunque es un hecho que no siempre ha existido esta forma estatal que despoja a la víctima de toda facultad sobre los resultados del delito; sin embargo, sí es una característica del modelo penal predominante en los estados modernos.

“Dada la complejidad de las interacciones que existen en la trama social, hay infinidad de situaciones litigiosas que se encuentran en una zona difusa; hechos en los que no está claro que la conducta desplegada caiga bajo una sanción penal o donde la ausencia de pruebas anticipa el fracaso inexorable del proceso penal. En estas situaciones, si la víctima acude al sistema y realiza una denuncia, una vez ingresado en la maquinaria judicial, su problema será procesado en forma totalmente inadecuada y terminará simplemente siendo expulsado por medio del archivado, desestimado o sobreseído sin que la persona afectada haya logrado ninguna respuesta.”⁷

En este escenario, la víctima debe depender de las condiciones, posibilidades e intereses de la política oficial del Ministerio Público, para ver si su caso es tomado en cuenta o bien es dejado de lado por otros que mediáticamente son de mayor repercusión social, especialmente cuando esta dependencia estatal actúa respondiendo a criterios de opinión pública o posturas penales y no a partir de la persecución penal de los delitos que se cometan, independientemente de quién lo haya hecho y contra quien fue realizado, puesto que se entiende que el ente acusador del Estado debe perseguir

⁷Ibid.

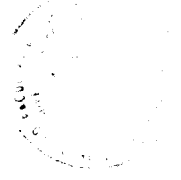


todos los hechos delictivos ocurridos, obtener los medios probatorios del caso y llevar a cabo la acción penal correspondiente.

“Cuando el sistema penal responde a intereses de grupo o mediáticos, tiene más probabilidades de llegar rápidamente a juicio un hurto en flagrancia que un grave homicidio. No se habla de los delitos contra la administración pública o estafas con algún grado de complejidad, cuyo destino más seguro es la prescripción. Este tipo de situaciones, reiteradas a diario, provocan una sensación de frustración en la víctima y de impunidad en toda la comunidad que ha llevado progresivamente al desprestigio y a la deslegitimación del sistema y de la justicia penal”.

Esta situación se debe a que las instancias institucionalizadas del sistema penal generan su propio mecanismo de retroalimentación, seleccionando y entrenando pacientemente a sus propios miembros, de una manera que, por lo general, también es deteriorante, particularmente en lo que hace a la identidad de las personas, pues aquellos se reproducen de acuerdo a la concepción de las funciones del derecho penal y, en muchos casos, en función de los márgenes de maniobra que consideran tener los funcionarios fuera de lo estipulado por la ley.

Esta dinámica de reproducción de concepciones y prácticas estatales, determina que el sistema penal se siga pensando como método de control social de los ciudadanos de un Estado y especialmente a través de la pena estatal, por ser la más rigurosa y formalizada forma coactiva; asimismo, persiste el domino absoluto, derivado de esa



comprensión, de la persecución penal pública u oficial, característica que domina el sistema operativo judicial y persiste hasta el presente en la organización judicial y, acorde con ella, también en el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil, órganos encargados de la persecución penal estatal.

“El sistema penal formal selecciona personas a las que somete a prisión preventiva mediante un procedimiento inquisitorio generoso en este tipo de privaciones de libertad provisionales que, por efecto de una distorsión cronológica del sistema penal, se extiende en el tiempo hasta convertirse en las verdaderas penas del sistema (el 65% de los presos latinoamericanos son procesados, es decir, presos sin condena).”⁸

De ahí que el sistema penal resulta ejerciendo todo su poder sobre los sectores carenciados, porque el mismo es utilizado por los que definen la política de seguridad estatal, quienes responden con la arbitrariedad del poder configurador, sobre los sectores con menos influencia política y social, hacia quienes deja sentir el sistema penal formal, pese a que como medida real de control de la criminalidad estas políticas tienen escasísima incidencia numérica, pero logra legitimarse ente los medios de comunicación, aunque con ello estigmatice a las personas de los sectores pobres.

“El sistema penal guatemalteco, por diferentes circunstancias, desarrolla mecanismos de selección (de personas más que de casos), de lo cual se encarga principalmente la Policía; por esto, su clientela la constituye principalmente gente pobre. Esta realidad

⁸ *Ibid.* Pág. 45.



genera la necesidad de organizar la defensa como un servicio público, de tal manera que no se convierta el sistema en ilegítimo, por las arbitrariedades que puedan cometer los operadores del mismo, con las cuales dejan en pura retórica intrascendente el derecho de defensa de la gente de escasos recursos económicos.”⁹


De acuerdo a la historia del país y de su sistema penal, el poder penal del Estado guatemalteco es tan fuerte que la simple amenaza de imposición de una pena significa para el ciudadano un desgaste personal para repelerlo, a lo que se debe agregar la estigmatización social que produce.

“De este modo, la selección del sistema penal configura una población penal muy atípica, en que el grupo humano que domina decididamente es masculino, joven, proveniente de sectores marginales, con oficios manuales o no calificados, no pocas veces configurados por caracteres físicos, lo que indica no sólo la cuota de clasismo, sino también la de racismo con que el sistema penal opera”.¹⁰

Debido a esta utilización político-electoral del derecho penal y la estigmatización que afecta a la mayoría de la población, existen tendencias que señalan la importancia de suprimir el sistema penal, pues en lugar de favorecer a la sociedad la perjudica y fortalece a la criminalidad; sin embargo, en esta tesis se considera que no se trata de *suprimirlo, ni de renegar de los avances hechos en materia de legalidad y respeto por*

⁹ Gómez Colomer, Juan Luis. **La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado.** Pág. 36.

¹⁰ *Ibid.*



las garantías, sino de tener en cuenta que la mayoría de veces recurrir al mismo para dirimir conflictos no es la respuesta adecuada, sino que debe tenerse, como lo fundamenta el derecho penal democrático, como la última medida que el Estado utilice y únicamente contra aquellas acciones delictivas que ocasionan impacto social.

1.2. Regulación legal

El sistema penal guatemalteco se encuentra regulado en las siguientes leyes: Constitución Política de la República, Código Penal y demás leyes penales, Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil y Ley del Sistema Penitenciario.

Estas leyes le asignan funciones específicas a las instituciones estatales tales como: a) los tribunales de justicia, a quien le confía la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgados; y, b) al Ministerio Público se le asignó la función de velar por el estricto cumplimiento de las leyes y el ejercicio de la acción penal pública.

En su parte procesal, el sistema penal guatemalteco establece una relación directa entre juicio y sentencia, esta última como conclusión del juicio y único fundamento para la imposición de una pena en la cual se declara la culpabilidad del imputado. Esta sentencia debe estar fundada o motivada, lo que significa declarar las circunstancias de hecho verificadas, las reglas jurídicas aplicables y las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión.

En el sistema penal vigente en Guatemala, el imputado no necesita probar su inocencia, pues constituye el estatus jurídico que lo ampara, de tal manera que el ente acusador del Estado debe destruir completamente esa posición, presentando pruebas que permitan al tribunal sentenciador arribar a la certeza sobre la comisión de un hecho punible y la responsabilidad del mismo. Esto significa que el imputado en el proceso penal no tiene la carga de la prueba de su inocencia, por el contrario, la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador. Durante el juicio el acusador tratará de desvanecer la inocencia con las pruebas que presente.

En todo caso los límites al ejercicio del poder penal los constituyen los derechos individuales prescritos en el ordenamiento constitucional, principalmente los límites a la coerción sobre el imputado referida a la libertad física y la locomoción, así como a los tratados sobre Derechos Humanos que ha ratificado el Estado guatemalteco los cuales tienen preeminencia sobre la norma interna, ubicándose en el ordenamiento jurídico en el mismo nivel que una norma constitucional.

“En un estado de derecho, no se puede permitir que se intente amenazar al imputado cada cierto tiempo, por los mismos hechos, con imponerle una pena, por todo lo que significa el accionar del sistema penal contra una persona. En buena medida, toda la sistemática penal, procesal penal y penitenciaria, busca ordenar el uso del poder penal del Estado y, principalmente, fijarle límites. El Código Procesal Penal constituye en



conjunto, una de esas barreras. Su contenido, comprende algunas instituciones específicas de control y límite del ejercicio del ius puniendo”.¹¹

Es por eso que el sistema acusatorio separa las funciones de los órganos encargados de la justicia penal, para lo cual establece que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público; es decir, le corresponde a esta institución perseguir de oficio los delitos que tengan la calidad de tales, con las excepciones de los delitos de instancia privada y aquellos cuya persecución esté condicionada a instancia particular o autorización del Estado.

Este cambio implicó que el país dejara formalmente de tener un sistema penal de corte inquisitivo para implementar uno acusatorio. Estos cambios responden a la dinámica de cambios democráticos que tuvo el país desde 1984 con la convocatoria a la elección de Asamblea Nacional Constituyente, la cual redactó y promulgó la Constitución Política de la República vigente desde el 14 de enero de 1986.

¹¹ Villavicencio Terreros, Felipe. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 46.

CAPÍTULO II


2. El ilícito penal

La teoría de lo ilícito, se construye reflexionando sobre la parte general del derecho penal, porque la misma analiza las distintas figuras e instituciones que el sistema penal ha determinado para regular los criterios de interpretación y observación de los delitos, de los autores, de las penas, las medidas de seguridad, así como los atenuantes y los agravantes de los ilícitos tipificados en el Código Penal.

2.1. Problemática del ilícito penal

Se comenzará argumentando que el acto de desobediencia, manifestado en la infracción de la norma da lugar al nacimiento del derecho penal subjetivo; es decir, el derecho a reprimirla con una pena, porque no importa tanto lo causado como lo que se quiso causar, puesto que lo ilícito se entiende como un acto socialmente dañoso de un bien jurídico; o sea como una perturbación del orden de bienes jurídicos, por lo que *debe concebirse la norma como un juicio de valor sobre el hecho en el que no reconsidera al autor si no lo actuado.*

En torno al ilícito penal se ha desarrollado una polémica, que para algunos autores aún continúa, destacando en la discusión la denominada escuela clásica, la positivista, la *causal y la personal, que por separado o como síntesis han buscado explicar la acción penal, el delito, las penas y medidas de seguridad, así como su fundamento doctrinario.*



“La llamada Escuela Clásica se vinculó a las teorías absolutas de la pena, mientras que el positivismo se orienta a la realización de una teoría preventivo especial de la pena. La discusión no comienza, sin embargo, en la segunda mitad del siglo XIX, partiendo de la oposición de las concepciones que se centran en el daño de la sociedad y las que toman como punto de partida la intención del que comete el delito; mientras que las posiciones actuales son intentos de sintetizar ambos puntos de vista”.¹²

Lo anterior implica que la discusión deriva en torno a los alcances de prescindir totalmente de la voluntad rebelde o dejar de lado totalmente la lesión de un bien jurídico, por lo que a lo largo del desarrollo de la teoría del delito en los últimos años las concepciones básicas se enfrentaron en la polémica sobre un concepto formal o material de antijuricidad y a la preponderancia otorgada al disvalor de acción o de resultado en la definición del ilícito.

Aunque en la práctica la decisión asumida por los operadores de justicia no se refiere a uno u otro modelo puro, sino a una determinada articulación de ambos, en donde las diferencias de los resultados prácticos no son considerables.

2.1.1. Aspectos que determinan lo ilícito

Actualmente es posible distinguir dos corrientes en la concepción de lo ilícito, la primera se le denomina causal o de resultado y a la segunda personal o finalista; en donde para

¹²ibid.

la primera, lo ilícito consiste en la lesión de un bien jurídico causada por un comportamiento, por lo que los elementos personales no entran en consideración en el momento de valorar la ilicitud; mientras que la segunda, se fundamenta en la necesidad de que el ilícito se diferencie de los meros sucesos naturales explicables por la causalidad, por lo que es fundamental el hecho humano que puede dar lugar a lo ilícito, el cual se debe caracterizar por llevar en sí los elementos que permitan afirmar su contradicción con el orden social, predominando en la actualidad esta propuesta, que también se le denomina teoría de la acción finalista.

“Para la teoría finalista el carácter personal de lo ilícito en los delitos dolosos, depende de que el concepto de ilícito tenga por objeto, además del aspecto objetivo del comportamiento, el dolo, la conciencia de la antijuricidad, de la significación social y de la antijuricidad material, entre otros, porque el hecho humano ilícito se debe caracterizar por llevar en sí los elementos para afirmar su contradicción con el orden social”.¹³

Es por eso que el concepto personal de lo ilícito, junto a la lesión del bien jurídico o disvalor del resultado incluyó los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento relacionados con el disvalor de acción, aunque en la actualidad hay una fuerte corriente que estima que, en verdad, el concepto personal de lo ilícito debería agotarse en el disvalor de acción, porque el disvalor del resultado nada agrega al mismo; porque el ilícito no sólo consiste en la producción de una lesión de un bien jurídico, sino que requiere un particular disvalor de acción.

¹³ **Ibid**, pág. 47.



Esa conclusión es posible porque las normas sólo pueden mandar realizar u ordenar omitir acciones, por lo que lo ilícito está integrado sólo por el disvalor de acción tanto en los delitos dolosos como en los culposos, siendo las consecuencias prácticas extremas de este punto de vista las siguientes:

- a) La distinción entre delito consumado y delito frustrado carece de toda significación: el delito frustrado contiene ya todo el ilícito y por lo tanto no debe ser necesariamente menos punible que el consumado.
- b) Para constituir el disvalor de acción (lo ilícito) no es necesario que se den todos los elementos objetivos del tipo: alcanza con que el autor los suponga, es decir, crea que se dan.
- c) *Correlativamente, la suposición de una situación justificante, justifica aunque no se dé la situación de necesidad*.¹⁴

Se entiende que el derecho penal prohíbe la acción con el fin de que no se produzca el resultado, porque este no es, como tal, antijurídico, por lo que no es él lo prohibido, sino la acción.

“El derecho no puede prohibir el resultado, ya que él no tiene por única causa la acción: el agente sólo completa una serie infinita de condiciones que conducen al resultado. Sólo este completar es lo prohibido. En verdad, el resultado le resulta indiferente al derecho. La norma que prohíbe matar a Gaius no dice: Gaius no debe morir. Ni tampoco: Gaius no debe morir ahora ni a causa de esta lesión o enfermedad; la norma

¹⁴ *Ibid.* Pág. 48.




dice solamente: la muerte de Gaius no debe producirse por causa de una acción imputable. Antijurídica es siempre sólo la acción".¹⁵

A pesar de lo expuesto, es obvio que las leyes penales le otorgan al resultado un carácter que no puede desconocerse, porque el mismo cumple una función básicamente procesal, pues facilita la prueba de una acción dirigida al resultado, pues el mismo tiene la función de aumentar la impresión que el hecho causa en la comunidad, razón por la cual crece también la necesidad de reaccionar con una pena por parte del Estado.

Sin embargo, si se es coherente con la postura de que lo adecuado es solo la acción, el injusto se agota en su disvalor por la infracción de la norma, porque el mismo se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido pues es allí donde se pone de manifiesto toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico.

Esto implica que entre tentativa y delito consumado no debería haber diferencia alguna en la gravedad de la punibilidad, porque todo lo ocurrido después del comienzo de la ejecución sería ya irrelevante para aumentar el contenido de ilicitud del hecho, pues el dolo debe estar íntegro en el momento del comienzo de la ejecución, por lo que la realización o no del plan del autor no debería agregar nada a su disvalor; de ahí que la completa exclusión del disvalor del resultado eliminaría, en consecuencia, *toda*

¹⁵ *Ibid.* Pág. 49.



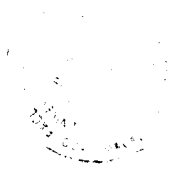
diferencia entre hechos que se quedan en tentativa, son frustrados o que son consumados.

“Por otra parte, la atenuación de la pena de la tentativa acabada no se ve imposibilitada por la inclusión del disvalor del resultado dentro de lo ilícito. Si se acepta este punto de vista, por el que la atenuación de la pena en la tentativa acabada o inacabada debe ser facultativa, es evidente que aquellos casos en los que la no producción del resultado no provenga realmente de una menor energía criminal, sino de una pura casualidad (ejemplo: el que apunta a la cabeza de otro con su arma de fuego y no acierta porque el agredido hace un movimiento en el momento del disparo) deberían juzgarse de la misma manera que los casos de consumación”.¹⁶

De hecho, se entiende que la razón de la atenuación obligatoria de la pena por llevar a cabo la tentativa no es la inclusión del resultado en lo injusto, sino la presunción de que toda tentativa significa un menor grado de criminalidad y por lo tanto debe merecer menos pena por ser menor también la culpabilidad, aunque a partir de lo expuesto, parece evidente que esta presunción debería ser dejada de lado.

Por otro lado, siempre en la caracterización de los elementos de lo ilícito, la concepción personal de lo injusto requiere discutir también el sentido del disvalor de acción y del disvalor del resultado en el nivel de lo doloso y lo culposos.

¹⁶ **Ibid.**




En el delito doloso ese disvalor de acción está dado porque el autor ha querido la realización del hecho típico, porque ha propuesto como fin de su acción el resultado típico, ha seleccionado los medios para alcanzar ese fin y dado a su acción el impulso necesario para ello; como se puede apreciar, aquí es clara la coincidencia entre lo que el autor hizo y lo que el autor quiso, por lo que el haber querido el hecho típico constituye el disvalor de la acción.

“Es preciso tener presente que hay puntos de vista que sostienen que el contenido personal de lo ilícito requiere más elementos de la persona y que debe darse cabida, por tanto, ya en este nivel (y no sólo en la culpabilidad) al conocimiento de la significación jurídica del hecho (carácter socialmente dañoso, conocimiento de la antijuricidad, conocimiento de que se está ante un bien protegido por el derecho, etc.)”.¹⁷

Este disvalor de la acción y de resultado, como elementos fundamentales de lo ilícito adquiere una explicación distinta en los delitos culposos, pues en estos, el autor no ha querido la realización del hecho típico, del supuesto de hecho del delito, por lo que el resultado no es producto de su voluntad, sino de su negligencia, del incumplimiento del deber de cuidado; en consecuencia, lo que constituye el disvalor de acción en los delitos culposos es esta infracción del deber de cuidado o, dicho de otra manera, el obrar sin la diligencia debida.

¹⁷ Bramont Arias Torres, Luís. **Manual de derecho penal**. Pág. 37.



“Mientras en los delitos dolosos es extraordinariamente discutido si junto al disvalor de acción se debe reconocer también un disvalor del resultado, en los delitos culposos la opinión dominante considera que el resultado es una simple condición de punibilidad que no integra la ilicitud del delito culposo. El fundamento de este punto de vista reside en que la producción de un resultado no siempre acompaña a la infracción del deber de cuidado o de diligencia y en que, consecuentemente, el resultado representa un momento casual. Depende del favor de la casualidad si el autor tiene que sufrir la pena”.¹⁸

De acuerdo a esta argumentación, la estructura de lo ilícito difiere según se trate de lo ilícito en los delitos dolosos o en los delitos culposos. La diferencia se manifiesta en los elementos constitutivos del disvalor de acción: dolo y demás elementos subjetivos en el delito doloso; infracción del deber de cuidado en los delitos culposos, aunque como se puede comprender en ambos casos existe la acción, aunque lo que los diferencia es la intencionalidad; de ahí que la discusión gira en torno a si el disvalor de acción agota ambas formas de ilicitud o si en los delitos dolosos debe darse más importancia o significación también al disvalor del resultado.

Debido a la importancia que revierte para la determinación de los elementos de lo ilícito, la consecuencia práctica de esta diversidad de elementos en el delito doloso y en el culposo se manifiesta en la necesidad de un estudio separado de ambas especies de delitos, principalmente lo relativo a la tipicidad y la antijuricidad.

¹⁸Ibid.




2.2. La tipicidad y la antijuricidad como elementos de lo ilícito

La afirmación de que un hecho constituye un ilícito requiere la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada; por lo que determinar si el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la tipicidad, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenido en la ley; mientras que establecer si ese comportamiento es típico es propio de la antijuricidad.

2.2.1. La tipicidad

Cuando en la teoría del delito se establece que una acción es típica o adecuada a un tipo penal, quiere decir que esa acción está prohibida por la norma, por lo que esta doctrina es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido, porque si la acción ejecutada por el autor es prohibida por la norma, la misma se encuadra bajo un tipo penal.

Se entiende al tipo penal en sentido estricto, como la descripción de la conducta prohibida por una norma, aunque la redacción de la misma no esté orientada hacia una prohibición expresa como no debe matarse o no debe cometerse homicidio, sino que describa la acción prohibida como quien matare a otro o como sucede en el caso del Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República, el cual regula

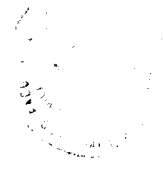


en el Artículo 123 que comete homicidio quien diera muerte a otra persona, porque realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma.

“En general, tipo es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común, porque el tipo penal es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma. De todos modos es posible distinguir por lo menos dos conceptos de tipo según su contenido: el tipo garantía que contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena y el tipo sistemático que es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el tipo de error: los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido y querido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo”.¹⁹

El tipo penal de los delitos dolosos contiene básicamente una acción dirigida por el autora la producción del resultado, mientras que el de los culposos, por el contrario, contiene una acción que no se dirige por el autor al resultado; sin embargo, en ambos casos existe el tipo, lo que varía serían los efectos penales y la gradación de la pena si la misma se impone. Por ejemplo, el Código Penal establece para el homicidio doloso una pena de 15 a 40 años, mientras que si culposo es de dos a cinco años, porque en ambos casos se produjo la muerte de un tercero, lo que lo diferencia es que en el primero existía la intención de hacerlo mientras que en el segundo estaba ausente ésta.

¹⁹Ibid, pág. 39.



“En el primer caso se requiere, por lo tanto, una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor. Esto permite distinguir entre un tipo objetivo que contiene los aspectos objetivos del hecho y un tipo subjetivo, que contiene los aspectos subjetivos del mismo. Ambos tipos deben ser coincidentes. En el tipo de los delitos culposos esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido y querido no existe”.²⁰

Los tipos penales además presentan una estructura diferente según que describan hechos comisivos o comportamientos omisivos, aunque los tipos del derecho penal hoy conocido y vigente son básicamente tipos de acción y el derecho penal actual es por eso un derecho penal de acción.

“La descripción de la situación de hecho en la que el autor realiza la acción se lleva a cabo por el legislador mencionando los distintos elementos que la componen. Estos elementos pueden clasificarse según la repercusión que deban tener en el autor: dado que el autor debe conocer las circunstancias del hecho y que este está compuesto por elementos fácticos y otros que no lo son, el conocimiento requerido por el dolo es diferente según se trate de elementos descriptivos o normativos”.²¹

Los elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos; puede verlos, tocarlos u oírlos; mientras que los normativos son aquellos en los que predomina una valoración que, por lo tanto, no es perceptible sólo mediante los

²⁰ **Ibid.**

²¹ **Ibid.** Pág. 40.



sentidos, se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídico, sino que es suficiente con la valoración común en la esfera de las personas comunes.

“También pertenecen a la categoría de los elementos normativos los elementos que requieren una valoración empírico-cultural del autor, como la honestidad de la mujer o las buenas costumbres. En estos casos el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad. Los márgenes para el error son sumamente amplios y los problemas que de allí se pueden derivar son sumamente complejos, aunque la distinción no es, por supuesto, absoluta. No faltan casos en los que el componente descriptivo requiere alguna referencia normativa y viceversa”.²²

Según las características de la acción o las exigencias referidas al autor, los tipos penales pueden distinguirse en delitos de resultado o peligro y de pura actividad, por un lado, y por otro en delitos comunes o especiales; o sea que, todos los delitos implican una lesión al bien jurídico, pero sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material que es el objeto de la acción.

Junto a los delitos de resultado material o de lesión, se encuentran los de peligro, en los cuales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que

²² Peña Cabrera, Raúl. **Tratado de derecho penal. Estudio pragmático de la parte general.** Pág. 103.

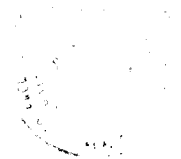
es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.

Los tipos penales igualmente se distinguen, según requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o que puedan ser realizados por cualquiera. Por lo general, sólo se requiere para ser autor de un delito tener capacidad de acción; pero hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas, quienes tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor, por lo que en estos delitos que establecen, no solamente la prohibición de una acción, sino que requieren además una determinada calificación del autor, por lo que se denominan delitos especiales.

“Estos pueden ser a su vez de dos clases: delitos especiales propios, como el prevaricato, porque sólo puede cometerlo quien es juez, quedando impune cuando lo cometiera alguien que carece de esa calificación; y, delitos especiales impropios que son aquellos en los que la calificación específica el autor opera como fundamento de agravación”.²³

Por otra parte, la relación entre un hecho y un tipo penal que permite afirmar la tipicidad del primero se denomina subsunción, porque reúne todos los elementos que este contiene; es decir, si un hecho se encuentra tipificado en el Código Penal y se realizan todos los elementos del tipo hay subsunción.

²³Ibid.



En los delitos dolosos la tipicidad depende de la comprobación de los elementos del tipo objetivo y de los elementos del tipo subjetivo, mientras que en los culposos, la misma depende de la comprobación de una acción realizada sin el cuidado exigido y de la producción del resultado o peligro requerido para su punibilidad.

2.2.2. La antijuricidad

El segundo elemento de lo ilícito es la antijuricidad, la cual es una acción típica que no está justificada, sea que se trate de la realización de un tipo de comisión o de omisión o de un tipo doloso o culposo, en todo caso la antijuricidad consiste en la falta de autorización de la acción típica.

Por ejemplo, matar a otro es una acción típica porque lesiona la norma que dice no debes matar, pero esta misma acción típica será antijurídica si no ha sido realizada al amparo de una causa de justificación, como legítima defensa, estado de necesidad u otro.

En la práctica esto se traduce en que la pregunta por la antijuricidad es en realidad una pregunta por la eventual justificación de una acción típica, porque aquella es en la práctica una teoría de la adecuación al derecho; es decir, una exposición de aquellos hechos que, a pesar de la realización del tipo, no son antijurídicos en el caso concreto y, por lo tanto, irrelevantes para el derecho penal, por lo que resulta incorrecto plantear el problema de la antijuricidad antes de haber dado una respuesta afirmativa a la

cuestión de la tipicidad, puesto que como establece el Artículo uno del Código Penal guatemalteco, nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, de ahí que no se pasa a determinar la antijuridicidad si previamente no hay tipicidad.

“La antijuridicidad se da o no se da: un hecho típico está justificado o no lo está; fue cometido en legítima defensa o no. Por lo tanto, no hay grados de antijuridicidad: los hechos no pueden ser, comparativamente considerados, más o menos antijurídicos. Lo que sí puede ofrecer distintos grados (de gravedad) es lo ilícito en su conjunto: un hecho ilícito (típico y no justificado) puede ser más o menos grave (por ejemplo, por la forma en que fue cometido, o por la intensidad del dolo, por lo que responder cuáles de las causas que excluyen la pena son causas de justificación son problemas que se plantea sobretodo en códigos que no establecen una distinción expresa, por lo que depende de los principios que se adopten como justificantes”.²⁴

De lo expuesto, se entiende que la antijuridicidad es aquel disvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho penal, porque no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita, además, que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación, porque para que sea delictuosa, la conducta además de típica debe ser antijurídica.

²⁴Ibid.

La antijuridicidad se le puede considerar como un elemento positivo del delito; es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito, por lo que para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir lo que la norma prohíbe.

Por tradición se ha venido distinguiendo entre la antijuridicidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la Ley y la material, cuando se trata de una conducta antisocial; ésta sirve de fundamento a aquella, de tal modo que la conducta prohibida por la Ley debe serlo porque protege un bien jurídico; en otras palabras, una antijuridicidad material sin la formal no tiene ninguna relevancia para el derecho penal.

La antijuridicidad formal de un acto se afirma, cuando a su condición de típica se une la de ser contrario al ordenamiento; es decir, no ésta especialmente justificado por la concurrencia de alguna causa de tal naturaleza, porque el mismo resulta ser una posición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo; mientras que la acción es materialmente antijurídica cuando, al haberse transgredido una norma positiva se lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

Otro carácter que reviste la antijuridicidad es la objetividad. Sobre ello también existe consenso mayoritario en la doctrina, porque la objetividad de la antijuridicidad implica que la disconformidad que la misma importa respecto del ordenamiento jurídico es independiente de la situación de quien comete la acción.



Esto quiere decir que la antijuridicidad se diferencia completamente de la culpabilidad, en la posibilidad de imputar el acto al autor en razón de haber mediado culpa o dolo, por lo que no interesa que no se haya querido dañar ni que se tomaran las precauciones del caso o, más aún, que no se comprendiera la ilicitud de la conducta realizada, por eso es que la ausencia de tales elementos no quita al acto la condición de antijurídico, la que se da por la mera disconformidad con el ordenamiento jurídico.

2.3. La interpretación penal

El derecho penal que se aplica contemporáneamente, es de corte culpabilista, porque establecida la responsabilidad del autor, sobreviene el castigo como resultado de la imputación directa que se hace sobre su actuación y la conciencia de ilicitud que maneja al momento del acto, en donde voluntad y razón son dos elementos necesarios para endilgar responsabilidad penal al sindicado.

“Pero el derecho penal no se apoya en si mismo. Es en si, insuficiente, necesita de otras disciplinas extrajuridicas para sustentarse, para hacerse suficiente y para constituirse como lo que es: una ciencia del comportamiento humano criminoso. Hoy, en la modernidad, en la época de la globalización del conocimiento, cualquier herramienta, ciencia, disciplina, técnica, arte u oficio es útil y necesaria al derecho penal en la resolución de un enigma criminoso”.²⁵

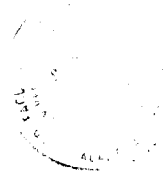
²⁵ Arroyo, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. Pág. 103.

Esta afirmación sucede porque existen una pluralidad de disciplinas científicas que se emplean en la lucha contra la delincuencia y se agrupan bajo el nombre de disciplinas criminalísticas, donde un grupo de ellas estudia las normas jurídico penales; otro, los hechos y las personas a que esas normas se refieren y un tercer grupo complementan la labor puramente jurídica del juez.

Una de estas disciplinas es la dogmática jurídico penal, la cual es reconocida también como ciencia del derecho penal en sentido estricto, a la cual se le define como la disciplina que estudia el contenido de las disposiciones que en el seno del ordenamiento jurídico positivo, constituyen el derecho penal.

“La dogmática consiste en separar los diferentes puntos capitales de la ley contenidos en su texto, convirtiéndolos en unidades de dogmas, para estudiarlos independientemente y así poder extraer de ellos, al reconstruirlos, la correspondiente teoría, pero sin modificar el sentido de ninguna de las unidades halladas, pues la teoría resultante debe coincidir con lo que quiso el legislador cuando agotando los procedimientos legales y constitucionales de creación de las normas planteo una solución teórica a un problema que según las conclusiones obtenidas de estudios criminológicos venia agobiando a los asociados del estado, por lo que es misión constitucional del Estado garantizar que el delicado tejido social se mantenga impermeable y por ende mantener la seguridad y el orden ciudadano”.²⁶

²⁶ **Ibid.**



Se trata de que los jueces y magistrados, a través de su análisis apliquen la dogmática jurídica, aunque también lo realizan los estudiosos del derecho en sus interpretaciones de la ley, pues como herramienta de análisis, la dogmática Jurídica es una tendencia que tributa respeto al sentido de la letra de las leyes, porque con ella se pueden estudiar uno a uno los caracteres de las normas que describen conductas punibles y luego encuadrar la acción típica, antijurídica y culpable de la cual acusan al sindicato.

Este estudio se realiza mediante las disciplinas normativas o disciplinas del deber ser, fundadas sobre el principio de la imputación, porque las mismas estudian el contenido de las normas jurídicas; por el contrario, las ciencias causales explicativas relativas al estudio del ser y fundadas sobre el principio de la causalidad, estudian la realidad física o síquica, tratando de concentrar sus fenómenos en leyes de validez universal.

“La Dogmática se refiere exclusivamente al ordenamiento jurídico y en ningún caso al derecho natural. La dogmática corresponde al momento lógico de la actividad del jurista. Se traduce en formación, definición y coordinación de los conceptos jurídicos. El momento volitivo (momento en que aparece la voluntad) se expresa por la legislación (en la norma) y es diferente del momento práctico, que es la aplicación que de la norma hace el juez al caso concreto. Este presupone el momento lógico”.²⁷

Con la dogmática se puede tener un conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas, puesto que la misma se sirve del análisis, la síntesis, la inducción, la

²⁷ *Ibid.* Pág. 104.



deducción y otros como métodos jurídicos o procedimientos lógicos aplicados a la realidad jurídica, con lo cual se logra orientar las decisiones de la jurisdicción y por ende, lo alcanza en el modo en que se conciben esas decisiones.

“Si la función del poder judicial es solo la de ejecutar leyes fundado en una interpretación puramente gramatical estamos frente aun Estado bonapartista; ahora, si para el Estado el poder judicial es un instrumento en manos de una fracción minoritaria que gobierna sin atender siquiera sus propias decisiones previas, no hay método, solo hay una racionalización arbitraria de la voluntad omnímoda del que manda. Se reconoce este como un Estado policía. Pero si el poder judicial tiene a su cargo la toma racional de decisiones, en el marco de una constitución republicana, cuya supremacía debe controlar, el método se orienta hacia la construcción de un sistema denominado Estado constitucional de derecho”.²⁸

Por eso es que se dice que el derecho no es objeto de interpretación, sino fruto de ella, o sea, de una variable que no depende solo de la legislación sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisprudencial, que nunca es inocente ni aséptica respecto del poder; de eso deriva que con la dogmática, el método jurídico y la concepción constitucional del derecho penal, se procura redimir la necesidad de aplicar un sistema penal democrático, de formar un conjunto ordenado y enlazando de los elementos, principios, garantías y procedimientos para interpretar la ley.

²⁸ **Ibid.**




El conocimiento de dicho sistema auspicia la claridad que jueces, fiscales, magistrados, abogados y estudiosos del derecho deben tener para el ejercicio de la profesión. Así mismo, también le sirve al legislador, para la elaboración de leyes que dentro del marco punitivo constitucional del Estado sean efectivas y eficientes para combatir la criminalidad sin perjuicio de los derechos humanos que deben ser respetados aun en contra de las personas que se suponen son los peores criminales.

“Se afirma que la dogmática jurídica establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. Debemos acompañar entonces la dogmática jurídico penal de políticas estatales para el derecho penal y el derecho en general, fundadas en serios estudios de criminalidad (como fenómeno social) y de la sociedad misma como comunidad de hombres que por su contacto cotidiano están propensos a vulnerarse entre si sus derechos y por tanto entra el Estado a actuar como garante de la convivencia, el orden y la seguridad ciudadana”.²⁹

El fundamento doctrinario de la dogmática jurídica es que el derecho penal es un orden de regulación de la conducta humana distinto a la moral y a la religión, por lo que el delito no se puede confundir con el vicio, de ahí que la pena no tiene por fin la expiación de una culpa moral, debiéndose rechazar las penas desproporcionadas, puesto que las mismas despersonaliza a los sindicados y a la misma sociedad.

²⁹ Bramont. **Ob. Cit**; Pág. 46.



Es por eso que en la actualidad la pena tiene como fin la prevención general y especial para que el delito no destruya el tejido social y la seguridad del Estado, por lo que frente al reo la pena tiene una finalidad reeducadora, resocializadora y rehabilitadora con el fin de que en el futuro este pueda integrar la sociedad, con lo cual, la pena debe estar en grado con el delito, pues la misma es la restricción que se hace por el órgano jurisdiccional competente a la persona que a realizado un hecho punible, pero la tarea básica de esta es la protección del bien jurídico tutelado a fin de asegurar la existencia humana en sociedad.

“El Estado está frente a la limitación constitucional para ejercer el ius puniendi o derecho a castigar, aunque limitado por los principios constitucionales, por lo que la pena consiste en reprimir al infractor de gozar y disfrutar de elementos básicos para el desarrollo de su personalidad como lo son fundamentalmente la libertad, el honor, la vida y su patrimonio, sin perjudicar por ello la dignidad humana, obligándose a dar protección al individuo en sus derechos fundamentales de los cuales se deduce que el fin es la justicia cuando a este se le haya violado un bien jurídico tutelado”.³⁰

Asimismo, la constitucionalización democrática del derecho penal obliga a que el juez para imputar la pena debe basarse en la norma constitucional y en el derecho penal utilizando medios o instrumentos de interpretación como lo son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pues la pena en el ordenamiento jurídico guatemalteco tiene una función preventiva general y especial.

³⁰ **Ibid.**

Frente a la prevención general, la pena pretende una actitud disuasiva para que quien no ha delinquido no delinca y para que el que delinquiró no delinca más por lo tanto la prevención especial está basada en la criminalización del sujeto activo y cuando se ha penado, la función de la pena lleva a que éste se reeduce, se resocialice y rehabilite.

“El principio de legalidad es pieza fundamental en el desarrollo histórico del proceso punitivo del sujeto, porque marca la diferencia entre la época monárquica y la democracia, porque conforma la garantía procesal del reo, por eso es que se ha incluido en casi todas las leyes fundamentales de todos los países. Asimismo, junto a este principio se manifiesta la reserva de ley , también la claridad y precisión de las leyes penales, la institucionalización de jueces independientes (frente al gobierno) e imparciales y a principios como es el debido proceso y la legalidad de la prueba y al respeto de la lógica y el lenguaje en el contexto de unas reglas generales de carácter metodológico en torno a las tareas de la interpretación jurídica reglas que son suministradas por la dogmática jurídica penal (sistematización de las normas penales)”.³¹

Desde el punto político-criminal se trata de la exigencia constitucional y desde los derechos humanos hacia el legislador para que no autorice la imposición de penas sin la existencia previa de una ley debidamente promulgada, en la que se defina con claridad y precisión el hecho amenazado y determine igualmente la clase y medida de pena criminal que le corresponde; esto significa que solo el legislador, puede crear

³¹ **Ibid.**

leyes en sentido formal en donde se definan delitos y estatuir penas, así como medidas de seguridad.

En cualquier caso, el sentido de la ley más clara puede ser pervertido si los jueces no están sujetos a los principios del pensamiento lógico y dogmático y no tienen una comprensión nítida de los límites de lo razonable en cada caso concreto.

“Las definiciones de la ley penal deben identificar el hecho por sus rasgos facticos esenciales, conceptualmente de modo completo o exhaustivo, de tal manera que la conducta penalmente amenazada no pueda confundirse con ninguna otra y el sentido del tipo penal debe tender al máximo posible de univocidad y al mismo tiempo de demostrabilidad, tener la certeza como garantía de los tipos penales, lo cual se cumple tan solo en la medida en que las leyes incriminadoras elaboren tipos determinados o ciertos por medio de un lenguaje sencillo, claro y preciso describiendo acciones y calificaciones verificables o comprobables empíricamente”.³²

Por otra parte, la ley determina la naturaleza de la pena y el marco para su dosificación o individualización judicial, definido por límites cuantitativos de un mínimo y un máximo que son irrebasables para el juez.

“En las más modernas leyes penales se proporciona a los jueces criterios fundamentales como los de gravedad de injusto, vinculada con la importancia del bien

³² *Ibid*, Pág. 48.

jurídico y magnitud de su lesión o puesta en peligro y grado de culpabilidad, en relación a las formas de culpabilidad e intensidad de la culpabilidad; así, se prohíbe imponer el máximo cuando concurren circunstancias genéricas de atenuación punitiva e impide acudir al mínimo de la pena legal cuando se presenten circunstancias de agravación punitiva, de suerte que el juez puede moverse entre uno y otro topes únicamente cuando se halle en presencia de circunstancias de uno y otro carácter”.³³

Sucedo, entonces, que frente a la ilicitud, el principio de legalidad penal es una especial adaptación del principio general de legalidad administrativa propio de todo Estado de derecho a las necesidades del derecho penal, en donde no es posible que la ilegalidad sea distinta en uno y otro caso, sino que sea más estricta en materia criminal en virtud de la mayor severidad de los recursos punitivos y de su capacidad de afectación de los derechos fundamentales de los individuos.

Resulta por eso fundamental que, en toda aplicación de la ley penal, se tenga en cuenta que los criterios para el juzgamiento y la penalización concreta no pueden provenir de las impresiones ético sociales del caso concreto, sino de los criterios fijados con carácter general, igualitario y objetivo por la ley preexistente, lo cual significa que la legalidad de una ley debe ser cierta estricta y escrita con el fin único de tutelar y desarrollar los derechos fundamentales y especialmente la dignidad humana de todas las personas.

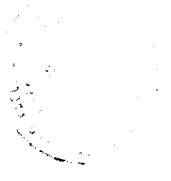
³³ Lainfiesta, José Manuel. **Introducción a las bases del derecho penal**. Pág. 61.

“La ley penal ha definir el hecho punible y sus consecuencias de manera clara, precisa e inequívoca, por eso es que no se aplicarán las leyes penales antes de su promulgación, ni se someterán a su imperio hechos cometidos con anterioridad; sin embargo, la pena posterior será retroactiva cuando sea mas favorable al acusado y las figuras de la ley penal deben contener de modo taxativo el catálogo de las figuras delictivas, de tal manera que por fuera de ellas no es posible otorgar a una conducta cualquiera que esta sea la calificación de criminosa y el juez penal no puede, de ninguna manera, integrar o completar la ley penal, por procedimientos analógicos o extensivos desfavorables al reo, al menos en la fundamentación y el alcance de tipos y circunstancias agravantes así como de la clase”.³⁴

Asimismo, como garantía del principio de legalidad, las figuras delictivas no deben ser complementarias las unas de las otras, porque hay entre ellas absoluta discontinuidad e incomunicabilidad, de suerte que cada tipo actúa de manera autónoma e integral sobre la conducta imputable, para que la pena criminal y cualquier medida gubernamental que afecte los derechos fundamentales, han de ser proporcionales a los conflictos que se pretenden resolver, los males que quieren prevenir, los beneficios sociales que persiguen.

“El fundamento político del principio de legalidad consiste en que el Estado tiene que auto limitar su poder por la obligatoriedad de las normas jurídicas modernas tanto para gobernantes como para gobernados; más aún, el poder no es jurídico sino en tanto que

³⁴Ibid.



autolimitador y controlador del poder político y en cuanto poder, el mismo esta auto regulado en virtud de la jerarquizacion de las normas que lo integran".³⁵

Como se puede apreciar, la garantía criminal es de gran importancia puesto que ninguna conducta puede calificarse como delictiva o criminosa sin una ley formal que previa y expresamente la haya tipificado de modo claro y preciso conminado con una determinada pena criminal; por lo anterior, se entiende que todo sujeto que delinca, sea normal o anormal, imputable o inimputable, es penalmente responsables y debe quedar cobijado por el derecho penal.

"El hombre es responsable siempre de todo acto que realice, sólo y porque y en tanto vive en sociedad. Viviendo en sociedad el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual y moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquel mínimo de disciplina social sin el cual no es posible ningún consorcio civil."³⁶

Con estos planteamientos, se entiende que la norma adquiere magnitud penal como sistema controlador de conductas humanas, a la que se le da una estructura determinada y se diseña según lo que se quiere controlar, generando una simbología del delincuente, del delito, de las penas y de las medidas de seguridad, en donde resulta fundamental comprender la existencia de una tipología propia de un país y una

³⁵ **Ibid:** Pág. 62.

³⁶ **Ibid.**

condición histórica determinada, que responde a valores y principios socialmente predominantes, sin que ello implique la parcialización del derecho penal, sino que el mismo adecúa delitos y penas de acuerdo a lo que la sociedad considera valioso.

Asimismo, se entiende que al ser indiscutiblemente que el derecho penal se orienta a la protección de los bienes jurídicos sociales por encima de los individuales, el mismo también estará presente a futuro, donde se proyectarán nuevas exigencias de acuerdo a la evolución de las relaciones sociales y la definición de nuevas estrategias político-criminales, que justificarán la intervención del derecho penal y determinen la intervención de los alcances de su intervención.

Lo importante es que la evolución del derecho penal permite suponer que las concepciones sobre las funciones del derecho penal, de las penas y de las medidas de seguridad se enmarcarán cada vez más en un amplio y profundo respeto por los derechos humanos, donde la pena no se vea como una expiación sino que se profundice su sentido de prevención especial.

CAPÍTULO III

3. La prisión preventiva

La prisión preventiva es una situación de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al imputado cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, a fin de asegurar la efectiva actuación de la ley penal, por lo que la misma se aplica desde que el sindicado queda ligado a proceso, hasta que en sentencia firme se decide su situación legal respecto al delito que se le imputa.

Por lo que se puede ver, la prisión preventiva es una excepción que se encuentra en medio de la libertad, como condición esencial del ser humano que participa en la vida colectiva y la pérdida de la libertad durante un tiempo determinado por haberse demostrado que cometió un delito de los que tienen como pena la prisión.

Aunque desde el discurso teórica, únicamente debe existir la pena privativa de libertad como efecto de la comisión de un delito, producto de la sentencia condenatoria, que ha de emanar de un órgano jurisdiccional luego de un proceso que resolverá el litigio, por lo que la misma constituye el único título jurídico idóneo para legitimar la restricción definitiva del derecho a la libertad, como exigencia del propio ordenamiento jurídico que consagra la potestad represiva del Estado y la potestad jurisdiccional, a la conclusión a la que se llega es que el encarcelamiento sin condena del imputado solo puede ser, legítimamente provisional, mientras el Ministerio Público investiga el hecho punible.

La investigación, que debe estar bajo control judicial, tiende a verificar si la imputación es fundada o no y a aplicar la ley material en sentido condenatorio o absolutorio; lo cual explica y justifica que la potestad jurisdiccional comprenda en sí misma o pueda manifestarse en una potestad coercitiva en contra del imputado, cuando ésta sea indispensable para que el órgano estatal pueda cumplir con el rol que le corresponde, cual es, la investigación de los hechos considerados como delictivos y la actuación de la ley penal.

En otras palabras, esta potestad jurisdiccional puede traducirse en actos que restrinjan la libertad personal antes de una sentencia firme solo cuando exista un peligro concreto de que el imputado, al estar en libertad, impedirá la consecución de los fines de la función judicial, ya sea poniendo obstáculos a la investigación o eludiendo con su fuga el juicio propiamente dicho; de esta manera, los actos coercitivos además de tener un carácter provisional, deben ser cautelares y preventivos y por lo tanto nunca pueden significar una pena anticipada

“En un sistema de preparación a cargo del Ministerio Público, cabe admitir la posibilidad de que éste pueda arbitrar algunas medidas cautelares; pero en cualquier supuesto debe quedar en claro la potestad revisora y decisoria del juez y como consecuencia de ello las posibilidades impugnativas de las partes. Así estudiado el tema y desde un punto de vista meramente teórico es indudable que resulta difícil una justificación de las medidas de encarcelamiento preventivo ya que el mismo constituye de hecho y a los efectos reales una imposición punitiva previa a la sentencia lo que hace cuestionable el

titulo de tal coerción que choca notoriamente con el estado de inocencia y el deber de abstención de vulnerar el derecho a la libertad personal. Sin embargo seria ingenuo negar que existen situaciones en las que de no recurrirse a medios asegurativos se diluiría toda posibilidad de seguir adelante el proceso”.³⁷

Estos elementos permiten establecer que aún cuando la libertad es el principio a respetar, el arresto preventivo configura su excepción, cuya legitimidad se desprende de su necesidad o imprescindibilidad para realizar los fines del proceso. Así el encarcelamiento sin condena solo debería proceder por excepción cuando y sólo cuando existan fundados elementos que permitan presumir que el acusado, si estuviera en libertad, se evadirá del proceso o del cumplimiento de la eventual pena a imponerla u obstaculizara de cualquier otra manera el desarrollo de la investigación.

“En cuanto a la aplicación de la prisión preventiva en el terreno practico uno de los problemas que lo convierten en una verdadera pena anticipada, es la consideración casi mecánica de los antecedentes judiciales y de la existencia de otras causas simultáneas con aquella en la que debe determinarse si procede o no la libertad. Ello ha hecho que en numeroso casos, tribunales que se encuentran entendiendo en forma simultanea en distintos procesos contra un mismo imputado le denieguen la soltura, fundados en la existencia de otras causas, independientemente de las mayores o menores garantías que se tengan para la futura comparecencia del reo al proceso”.³⁸

³⁷ Basello, María Paula. **Fundamentos de la prisión preventiva**. Pág. 3.

³⁸ **Ibid.**

Sin embargo, a pesar que en el medio penal guatemalteco continúa siendo la tendencia utilizar el encarcelamiento como primera medida, en esta tesis se considera que las medidas cautelares de coerción personal y en particular la prisión preventiva, no pueden ni deben tener otro fundamento para implementarse que la peligrosidad procesal y no las características personales del imputado.

3.1. Derechos humanos y prisión preventiva

Aún con la claridad meridiana con que se expresa la validez de la prisión preventiva, porque la misma está orientada a evitar el peligro de fuga o de obstaculización por parte del sindicado, esta institución procesal continúa recibiendo el impacto de la crítica y es el centro de las discusiones políticas, porque, en esencia, se priva de la libertad a una persona que según la Constitución Política y el Código Procesal Penal debe ser considerada inocente.

“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”.³⁹

Aún cuando tradicionalmente se le asignan funciones 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, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal guatemalteco y su excesiva duración en muchos casos, la convierten en una verdadera pena.

“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 la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que solo 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”.⁴⁰

Esto implica que la detención preventiva, además de la disponibilidad del imputado para las diligencias autorizadas por el juez contralor, de preservación de la pureza de las pruebas y de garantía presencial en el debate oral, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria.

³⁹ Sánchez Romero, Cecilia. **La prisión preventiva en un estado de derecho**. Pág. 2.

⁴⁰ **Ibid.**

De acuerdo a sus defensores, la prisión preventiva logra la finalidad de anticipar el efecto intimidatorio de la pena, que desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos; sin embargo, en la práctica, esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, en el que se recurre a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de dar seguridad a la colectividad, asignándole un carácter de respuesta social frente a las agresiones y actos delincuenciales que las fuerzas de seguridad del Estado no están en condiciones de prevenir y contrarrestar.

Los detractores de esta medida penal se niega que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplaridad o el intento por apaciguar el alarmismo social, aunque algunos aceptan como válido que la única finalidad que ésta tiene es aquella, excepcional y de carácter instrumental, necesaria para evitar el entorpecimiento del juicio, por lo que consideran inoportuno y contrario al sentido del derecho penal moderno asignarle otras funciones o atribuciones, puesto que ampliar su sentido veja los derechos humanos.

“La prisión preventiva viene a 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 la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente concretas que exigen la adopción de esa medida cautelar”.⁴¹


⁴¹ *Ibid.*

Si se parte que, los constituyentes en 1985 optaron por el sistema democrático de derecho, lo cual quedó plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde 1986, se definieron por un sistema de gobierno que garantiza un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales; por lo que 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, por lo que la libertad deviene entonces en el bien por excelencia durante la existencia del ser humano.

“El concepto de libertad va más allá del aspecto ambulatorio, abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra y otros, pero para los efectos del tema que nos interesa, nos limitaremos 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”.⁴²

Se debe reconocer 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, además de enfrentar la estigmatización que conlleva ser sindicado.

⁴² Ibid. Pág. 4.



Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en el país, se tienen el Artículo cinco de la Constitución Política y el 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

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.

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.

“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".⁴³

Desde esta perspectiva, todo otro acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal, debido a que mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena y porque si la privación de libertad inferida de 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 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, por lo que se afirma entonces que la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".⁴⁴

Es por eso que el problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal, el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas, frente a la demanda social por seguridad y lucha contra la criminalidad.

⁴³ Domínguez, Francisco. **El derecho a la libertad en el proceso penal**. Pág. 19.

⁴⁴ **Ibid.**

“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 podemos 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 nos conduce por equivocados caminos no solo en materia de política 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 la compra indiscriminada de armas para supuestamente garantizarse la seguridad personal”.⁴⁵

Aunque es al derecho penal y al procesal en su campo, a quienes se les ha encargado, el ser garantes de esa seguridad, esta atribución no justifica el que se proceda a actuar sin ataduras legales, es decir, que al delincuente se le juzgue y ejecute sin las formalidades de la realización de un proceso ni garantizarles sus derechos humanos.

“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”.⁴⁶

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 20.

⁴⁶ **Ibid.**

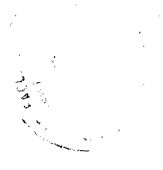
Por eso es que en esta tesis se parte de que en un régimen democrático, la delincuencia solo puede reprimirse a través de los procedimientos establecidos en forma previa, de conformidad con los principios del respeto a la dignidad del ser humano.

En este sentido, es indispensable que, si en la etapa procesal instructora, 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 medida, 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, porque 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 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”.⁴⁷

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 Política y los pactos de Derechos Humanos, para saber

⁴⁷ Pastor, Daniel Ricardo. **El encarcelamiento preventivo**. Pág. 44.



hasta dónde el péndulo de los riesgos procesales se orienta 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.

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.

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

Además del aumento de las penas y evitar las alternativas a la prisión, algunos comentaristas proponen ampliar la aplicación de la prisión preventiva, en detrimento de las otras medidas de coacción, pretendiendo que cualquier sindicado sea privado de su derecho a la libertad de locomoción, como un disuasivo para que otros potenciales criminales no delincan, así como para que empiece a cumplir su pena antes del dictado


de la sentencia, con las graves violaciones de derechos fundamentales que ello implica, así como un incremento en el hacinamiento de reos en las prisiones.

3.2. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva

Se puede afirmar que, en los estados democráticos 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. 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".⁴⁸

⁴⁸ Ibid.



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.

La prisión preventiva se encuentra constitucionalmente aceptada en los Artículo 6 y 10 de la Constitución Política, relacionada directamente con el principio de inocencia contenido en el Artículo 14, que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio, por lo que si la autorizan los artículos citados, 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.

Como se puede ver, 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, que la prisión preventiva sólo pueda acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la 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, pues para ello existen otras instituciones procesales.

La prórroga de la prisión preventiva según el cuarto párrafo del Artículo 268 del Código Procesal Penal, Decreto número 51-94 del Congreso de la República, procede cuando vencido el término ordinario, las Salas de la Corte de Apelaciones lo autoricen cuantas veces sea necesario.

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 indiciado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en la Constitución Política en el Artículo 14.

“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, 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, acordando la excarcelación del encausado -aún de oficio-, conforme a lo reglado."⁴⁹

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

Este requisito ha planteado algunas dudas en cuanto a su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, y en torno a éstas han girado importantes discusiones doctrinales. Pero finalmente, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva, porque 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.

⁴⁹ *Ibid.* Pág. 45.

En todo caso, lo importante es que los jueces tengan claro el grado de convencimiento que deben tener sobre la posible participación como supuesto de la prisión preventiva, aún con la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de culpabilidad suficiente para el dictado de la medida cautelar, porque se ha indicado que éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos, juicio que debe hacerse al inicio de la investigación, 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.

El Código Procesal Penal contempla en el Artículo 262 el peligro de fuga, 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 que el peligro de fuga debe tener las siguientes circunstancias:

- “1) 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.
- 2) La pena que se espera como resultado del procedimiento.
- 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.
- 4) El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
- 5) La conducta anterior del imputado”.

El carácter enumerativo de esas circunstancias queda reflejado en la fórmula se tendrán en cuenta especialmente, las siguientes circunstancias, escritas al inicio del Artículo 262, lo cual implica que deben tenerse presentes todas las que se enumeran en dicho Artículo y no de manera aislada, precisamente para evitar que se pueda hacer un uso abusivo de la medida, inventando circunstancias que no la ameriten.

Entre las situaciones aisladas que son más utilizadas por los jueces penales contralores de la investigación, se encuentra un 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, 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 de la Ley, 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".⁵⁰

Lo anterior implica que el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita y las que son específicas respecto del imputado concreto, para decidir restringir

⁵⁰ *Ibid.*



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.

Por lo que repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar, porque esto 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.*

Por lo expuesto, se entiende que el juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado o sospecha que contaminará la prueba o bien que el fiscal lo pide, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas y para hacerlo debe referirse inevitablemente 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.

Estos argumentos permiten deducir que 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.

Por eso es que debe tenerse en cuenta que la gravedad del hecho cometido y la dureza 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, estos aspectos resultan insuficientes para negar la excarcelación de un sindicado, dado que el propio legislador posibilitó la excarcelación de personas que se encontraran en esa situación, al plantear medidas sustitutivas.

Por aparte, como causal de prisión preventiva, el peligro de obstaculización regulado en el Artículo 263 del Código Procesal Penal, 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, sin que la policía, el Ministerio Público o el juez contralor de la investigación, puedan vincular a los autores de estas acciones con el sindicado.

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, puesto que estos elementos como criterios para 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 e incluso el sindicado desde la cárcel y con ayuda de sus guardias puede llevar a cabo estas actividades, sin que la prisión se lo impida.



En función de lo expuesto, es conveniente someter el supuesto denominado peligro de obstaculización, 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 permanece 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 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. 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”.⁵¹

“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 hayan separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Ese modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho procesal penal vigente.”⁵²

⁵¹ Franco, Ipolito. **La detención preventiva**. Pág. 18.

⁵² *Ibid.*

Es importante rescatar del Código Procesal Penal vigente, 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 prisión provisional puedan evitarse por otras medidas menos gravosas, el tribunal competente deberá preferirlas, tal como lo establece el Artículo 264, en donde se enumeran las 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 a cuidado o vigilancia de una persona o de institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 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 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”.*

Este mismo Artículo establece que en ningún caso estas medidas se utilizarán para desnaturalizar su finalidad ni se impondrán aquellas cuyo cumplimiento sea imposible.



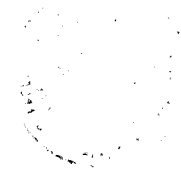
Por otro lado, la promesa del imputado de someterse al procedimiento y no obstaculizar la investigación, así como de abstenerse de cometer nuevos delitos, puede ser suficiente en algunos casos para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización y permite la posibilidad de prescindir de toda medida 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 tiene fundamentos que consisten en: principio de judicialidad, principio de excepcionalidad, principio de proporcionalidad y el principio de subsidiariedad".⁵³

El principio de judicialidad se refiere a que el encarcelamiento debe ser autorizado por una decisión judicial que funde sus presupuestos; el de excepcionalidad, toma en cuenta que la libertad es un derecho humano del imputado, por lo que sólo se autoriza su encierro cuando se encuentra fundada la probabilidad de que el sindicado sea partícipe en un hecho punible y que el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, frustraría los fines del proceso penal.

El principio de proporcionalidad se refiere a que, donde se impone la prisión preventiva, se debe 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

⁵³ Ibid.



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, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de la libertad en caso de condena.


Mientras que el principio de subsidiariedad, implica que 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.

3.3. Límites de la prisión preventiva

Es indudable que el encarcelamiento preventivo, en tanto privación de libertad de 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, así como el trato de inocente que debe tener en todo el proceso el sindicado hasta que se le encuentre culpable en el juicio.

"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 Política, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme".⁵⁴

⁵⁴ Llobet, Javier. *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. Pág. 177.



Este carácter está establecido en el Artículo 9 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se plantea 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 donde se infiere que también se refiere a la ilegitimidad de la 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, los cuales son, principalmente, la presunción de inocencia, la proporcionalidad y la prohibición de exceso.

"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, puesto que 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".⁵⁵

⁵⁵ *Ibid.*

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, la imposición de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de derecho y la racionalidad de los actos de gobierno, que es característico del sistema republicano.

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, por lo que resulta claro 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 ese principio, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

“El principio de proporcionalidad se integra por dos subprincipios: 1) necesidad y 2) idoneidad. 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; mientras que 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, mientras que la proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal”.⁵⁶

⁵⁶ Ibid.

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; asimismo, opera como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente, 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, el cual 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, pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente y por ello es también conveniente el establecimiento de límites temporales. 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, porque la privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso".⁵⁷

⁵⁷ *Ibid.* Pág. 178.

3.4. Duración y control de la prisión preventiva

La duración de la prisión preventiva y su control tiene una estructuración importante en el Código Procesal Penal, como parte de la tendencia internacional que establece límites precisos, los cuales son orientados por el principio de legalidad, puesto que son taxativas las condiciones que ameritan que el encarcelamiento provisional cese. Así se tiene que el Artículo 268 establece como causales de la cesación del encarcelamiento, los siguientes:

- "1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida.
- 2) 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 la pena, o a la libertad anticipada.
- 3) Cuando su duración exceda de un año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar tres meses más.

Sin embargo, en este último caso, este plazo no será absoluto, ya que el cuarto párrafo de este mismo Artículo admite su ampliación al regular que: "Las salas de la Corte de Apelaciones de la República, en los casos sometidos a su conocimiento a solicitud de los jueces de Paz, jueces de Instancia o Tribunales de Sentencia o del Ministerio Público, conocerán, y en su caso autorizarán cuantas veces sea necesario, la prórroga de los plazos de prisión preventiva que establece el Código, fijando en todo caso, el plazo de la prórroga concedida".

"Pese a que se insista en que la fijación de límites a la prisión preventiva es una consecuencia del principio de proporcionalidad en relación con el de aceleramiento procesal y que una prisión de excesiva duración es válida si cumple funciones de aseguramiento procesal, creemos que, en muchos casos de plazo excesivo podríamos estar frente a una verdadera pena, por lo que las prórrogas previstas para la prisión preventiva, evidentemente constituyen una grave afectación al derecho a la libertad."⁵⁸

Lo único bueno, en relación a la prisión preventiva, es que en materia de revisión, el Artículo 276 del Código Procesal Penal, plantea que el auto que imponga una medida de coerción o la rechace es revocable o reformable, aún de oficio; mientras en el Artículo 277 se autoriza al imputado y su defensor a provocar el examen de la prisión y de la internación o de cualquier otra medida de coerción personal que hubiere sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento, siempre que hubiere variado las circunstancias primitivas.

"Con razón se procura establecer un límite temporal máximo para la privación de libertad procesal, para evitar así cargar en las espaldas del imputado la duración exagerada del enjuiciamiento penal, porque se busca un enriquecimiento de las garantías personales, pues la realidad se ha encargado de demostrar modos de aplicación del poder penal del Estado que, con respeto aparente de las formas establecidas para la intervención estatal, las violan en esencia, incluso por utilización de

⁵⁸ Ibid.

esas mismas formas en sentido contrario a la garantía, para limitar aún más la libertad personal".⁵⁹

Se entiende que la limitación temporal del encarcelamiento preventivo es una necesidad, porque su prolongación por demasiado tiempo afecta al Estado de derecho y a la esencia del sistema acusatorio, por lo que resulta un compromiso moral promover rechazos al uso de esta medida de coerción por lo expuesto y por el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, los cuales desestructuran la personalidad del sindicado, problema que se ve agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados, por lo que se debe de promover que se acuda más seguido a las alternativas frente a la detención provisoria, que el ordenamiento procesal penal les proporciona a los operadores de justicia.

⁵⁹ González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** Pág. 73.

CAPÍTULO IV

4. *Los efectos de la prórroga de la prisión preventiva en Guatemala*

El proceso penal está revestido de diversas garantías o principios de reconocimiento constitucional que buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos del imputado, porque los mismos constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea.

Para garantizar la igualdad de las partes en el proceso, es necesaria que la persecución de conductas que afectan el orden social o bienes jurídicos en general, se realice sin ninguna distinción, para lo cual no se puede dejar la persecución en manos de la víctima o de los particulares, sino que es necesario que dicha tarea sea ejercida por un órgano del Estado organizado y especializado; ese órgano es el Ministerio Público.

“En el proceso penal regido por principios del modelo acusatorio, el Ministerio Público es la parte procesal que persigue un interés específico, lo cual se evidencia desde el momento en que decide acusar por los hechos objeto de la investigación previa, respaldada en la prueba recopilada contra el imputado. Además, el fiscal es el contendiente o contraparte del imputado, quien asume una especie de parcialidad artificial, identificándose con el interés público del caso. Sin embargo, de acuerdo a las

funciones dadas por las leyes que regulan su actuación, será también quien solicite la imposición de la medida cautelar de prisión provisional”.⁶⁰

Como se puede apreciar, aun con la fundamentación de la imparcialidad como principio, la fiscalía tiene la obligación de ejercer la acción persecutoria penal con la cual se encuentra obligada a presumir la culpabilidad del imputado hasta tanto no se compruebe lo contrario en el proceso. A partir de ello todas las decisiones que deba tomar, incluso la de requerir la medida cautelar de prisión provisional se verán afectadas por la perspectiva de que el implicado en los hechos es culpable aún sin resultado probatorio.

“Ante esta realidad la figura del juez de garantías es una posible solución a la contradicción que supone el requerimiento de la prisión provisional por parte del Fiscal como parte acusadora dentro del proceso. El operador de justicia es la única manera de garantizar que durante la fase investigativa pueda existir imparcialidad, por ser la mencionada figura parte del proceso sin interés alguno en la decisión final, mientras que la Fiscalía, por su función, está subordinada a sus propósitos”.⁶¹

Se entiende, entonces, que en Guatemala la prisión preventiva está relacionada con la vinculación del sindicado al proceso, siendo la misma una resignación que se hace por razones prácticas debido a que los medios de que dispone el Estado para asegurar las finalidades del proceso no son suficientes y efectivos, pero solo es constitucional su

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

aplicación si se impone con carácter excepcional, provisional y de forma proporcional a la violencia propia de la condena que indica el precepto penal, si existen indicios en cuanto a la comisión del delito y la necesidad de evitar la fuga del imputado.

Por eso es que el Artículo 259 regula que 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 él; asimismo, establece que la libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

Asimismo, el numeral 3) del Artículo 260 regula que debe fundamentarse el auto de prisión con la indicación concreta de los presupuestos que motivan la medida, aunque en la práctica es de conocimiento general que en muchas ocasiones ese razonamiento tan necesario no consta en modo alguno, sino que el juez solamente narra el hecho, lo tipifica y agrega la preconcebida frase de que aparecen motivos suficientes para suponer penalmente responsable al acusado atendiendo a las circunstancias del hecho y la personalidad de los participantes independientemente de la extensión y la calidad de la prueba.

Como puede apreciarse, no se ha hecho más que transcribir al papel lo que aparece redactado en el Artículo 259 sin mayor esfuerzo ni más razonamiento, lo que conlleva a considerar que tales autos carecen de fundamento y casi se han convertido en

proformas. Además no se mencionan las condiciones específicas del acusado y tampoco las características concretas de los hechos y del delito imputado, información de vital importancia en tanto demuestra las razones justas de aplicación de la medida cautelar o de su improcedencia.

Al tratar de impugnar la decisión de prisión provisional impuesta al acusado con la petición de modificación de tal medida que hace la defensa en su momento procesal y que está amparada en la ley, en la mayoría de los casos el abogado es ignorado sin valoración legal justa.

Tal conducta la asumen los jueces aún cuando la investigación se halla avanzada y se han confesado los hechos, el domicilio del encartado se conoce, las pruebas periciales no han arrojado un resultado de importancia al caso y se sabe que el imputado no se sustraerá fácilmente a la justicia; como apoyo a la negativa, el fiscal alega en todos los casos que los hechos son considerados como graves y de gran repercusión en el territorio y los motivos para su adopción no han sido variados, sin detenerse a considerar los motivos expuestos.

“En el auto de imposición de la medida cautelar se refleja que la intención de la misma está dirigida a contribuir con la investigación por la falta de elementos para considerar los hechos como posible delito y elaborar una tesis sobre la aparente participación de las personas detenidas, sin tener en cuenta que tales motivos no están establecidos por la ley. En consecuencia, la prisión provisional es utilizada como instrumento de presión

que acorta y facilita el trabajo de los órganos de investigación al tener al asegurado en su sede, que sólo adquiere modificación cuando se reconoce que se ha colaborado lo suficiente con la instrucción del caso en las declaraciones, esclarecimiento y devolución de los bienes sustraídos”.⁶²

Aún con todas sus limitaciones y asperasas prácticas que enfrenta la prisión preventiva; hasta aquí, la misma se puede considerar aceptable, puesto que se encuentra reconocida por la ley y apegada a derecho. El problema es cuando la misma se deja a criterios personales del fiscal y de los operadores de justicia, puesto que esto ha llevado a una deformación de los fines de esta medida cautelar.

Al establecer el cuarto párrafo del Artículo 268 del Código Procesal Penal, que las Salas de la Corte de Apelaciones tienen la potestad de autorizar cuantas veces sea necesario, los plazos de la prisión preventiva, se deja abierta la posibilidad que la misma se convierta en una pena de prisión de hecho, como efectivamente ha sucedido en la práctica tribunalicia guatemalteca, en donde se ha incrementado la cantidad de presos sin condena, puesto que existe un abuso de esta medida y una violación al debido proceso y a los fundamentos del sistema acusatorio, especialmente los vinculados con el principio de inocencia, el de igualdad, el de dignidad y el de integridad de la persona, así como con la salud psicológica y física del sindicado, cuando la prórroga de la misma se vuelve una práctica permanente, teniendo la mayoría de sindicados más de un año de estar reclusos preventivamente en el sistema carcelario guatemalteco.

⁶² *Ibid.* Pág. 75.

El efecto inmediato de esta tendencia es el aumento desmedido de personas en prisión sin sentencia firme, las cuales según el Instituto de la Defensa Pública Penal resultan siendo el 50%.

“Según registros del Sistema Penitenciario, hasta el 14 de agosto de 2013, habían 16 mil 336 reclusos. De ese total, ocho mil 226 guardan prisión preventiva -50.3 por ciento- y hay ocho mil 129 condenados -49.6 por ciento-”⁶³

Esta actitud de las Salas de ser flexibles ante la petición de prórroga, que el Ministerio Público ya realiza de oficio, en muchos casos fundamentándose como causal la falta de tiempo para investigar porque se tiene exceso de trabajo, viola los principios básicos del sistema acusatorio, deforma la prisión preventiva como medida cautelar y ocasiona graves daños al sindicado que tiene limitada su libertad.

Uno de los primeros aspectos que evidencian la violación de los principios del sistema acusatorio, es que aún cuando el mismo plantea la prisión como última alternativa, estableciendo para ello medidas sustitutivas, se ha vuelto una práctica común de los fiscales pedir de oficio y los jueces conceder de oficio la prisión preventiva, especialmente cuando los medios de comunicación presionan a los operadores de justicia para ver resultados de la lucha contra la criminalidad, aunque los mismos sean basados en efectos mediáticos.

⁶³ Instituto de la Defensa Pública Penal. **Situación de los privados de libertad en Guatemala**. Pág. 12.

Asimismo, la violación a los fundamentos del sistema acusatorio se realiza cuando se le niega al sindicado el cambio de la medida cautelar de prisión provisional pues dicha posibilidad no ofrece seguridad de aceptación por parte del juez.

De igual manera, se quebranta el principio de proporcionalidad, puesto que se encuentran casos donde el sindicado ha guardado prisión durante más tiempo del que se espera que sea condenado en sentencia firme, especialmente en aquellos casos donde se le acusa de delitos de bagatela, pero por carecer de abogado o por exceso de trabajo del juzgado penal que controla la investigación no se le ha tomado las primeras declaraciones, por lo que se encuentra en el limbo de los que no saben cual es su situación legal.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto sirve para prohibir el exceso, pues obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible con el resultado de una pena de prisión, para lo cual se realiza una comparación entre la detención preventiva cumplida o por cumplir, y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado, mientras este procedimiento lógico no se realiza, el privado de libertad preventivamente debe esperarse en prisión.

Por eso es que se considera que tal vez la solución ante la vulneración del manifestado principio está en la aplicación de medidas menos lesivas, en el establecimiento de

límites precisos y de controles a su duración que pudieran igualmente asegurar los fines de la prisión preventiva.

Un daño directo que ocasiona la prisión preventiva sobre el sindicado es la limitación de su libertad como derecho público subjetivo, pues aún cuando la Constitución Política establece que el Estado tiene como uno de sus fines garantizar la libertad a las personas, al prolongar indefinidamente la prisión preventiva, se deforma su sentido cautelar y se viola el derecho a la libertad del sindicado.

Con ello se vulnera el respeto al sujeto como ser humano simplificándolo a una simple herramienta del proceso que finalmente es en su contra; además, en el amplio sentido de protección que significa el respeto al derecho de igualdad y el de libertad, también se debe tener en cuenta al imputado el cual se enfrenta a imposiciones penales en desventajas; en consecuencia, se viola el referido principio toda vez que el acusado es utilizado como instrumento o medio para el desarrollo de los fines de la investigación. El mismo no es más que un ser humano en manos de los órganos de justicia el cual se encuentra desprotegido ante los actos sin fundamento racional que pueden suponer en ocasiones los autos de imposición de la medida cautelar en cuestión.

Al prorrogar la prisión preventiva de manera indefinida, se quebranta la presunción de inocencia, puesto que se le niega de hecho al sindicado tal supuesto, incorporándolo a un sistema penal que lo oprime y lo despersonaliza, pagando, indebidamente, una pena

de hecho, porque está sujeto a vejaciones y a maltratos que no deben recibir ni los condenados en sentencia firme.

La presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita criterio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública en su descrédito, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella, por eso es que la presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares, pero si lo es con la prórroga indefinida de la prisión preventiva.

Como consecuencia de que el proceso descansa sobre la base de la presunción de inocencia, la institución de la prisión preventiva debe ser regulada acorde con dicho derecho, y en todo el proceso deben adecuarse los trámites para evitar que se incurra en declaraciones anticipadas de culpabilidad.

La existencia de acusados en prisión provisional produce un incremento considerable de la población penal que recibe los efectos nocivos, y estigmatizantes, tanto psíquicos como materiales, similares a los producidos por la sanción de privación de la libertad como pena.

Desde el punto de vista criminológico, la prisión provisional constituye un mal ocasionado a quien la sufre, a su familia y una pérdida del vínculo laboral o escolar que poseía antes de ser privado de su libertad; además ha de calificarse como un mal para

el medio social en la que tal individuo está insertado, ya que como miembro del mismo, lo que a él le afecta, lo hará también a la sociedad en que vive.

La práctica muestra que las personas que están aisladas de la sociedad por largos períodos pierden el lazo familiar y el lazo social, las relaciones humanas son difíciles y las familias se desintegran.

Desde la perspectiva psicológica la incertidumbre de la espera que se une a la experiencia carcelaria provoca en los presos preventivos ansiedades paranoides, conductas límites, situaciones de presión intensa, temor por la pérdida de sus afectos y de sus vínculos con el exterior por los cambios extremos en su rutina familiar y social.

Asimismo, resulta un trato degradante el régimen físico impuesto en las prisiones el cual tiene por fin disminuir el potencial de agresividad del interno, es decir, neutralizarlo. El aislamiento prolongado favorece la introversión de la vida psíquica y el desarrollo del pensamiento egocéntrico manifestado en hipocondrías, autoagresividad, autoobservación, hipersensibilidad en las relaciones con los vigilantes y en los intentos de comunicarse, entre otras.

De igual manera, supone el grave peligro que conlleva el contacto con otras categorías de delincuentes, aunque en la Constitución Política se establece que la medida cautelar se cumpla en establecimiento distinto al destinado a la extinción de sanciones privativas de libertad, no deja de ser cierto que por falta de medios o instalaciones adecuadas, la

tendencia es que se encarcelen en los mismos recintos a los acusados en prisión provisional con los condenados.

La prisión provisional produce daños morales y económicos a quien la sufre, así como que presupone prejuzgar su culpabilidad y puede limitar sus posibilidades de defensa e influir negativamente en las declaraciones de testigos y en las decisiones del tribunal.

Además, socialmente se asume, desde el inicio que el individuo es culpable o de lo contrario no se encarcelaría, lo que es asumido igualmente por el tribunal; asimismo, es un hecho que ya involucrado el imputado en la investigación, la atención recibida por parte de su defensa no se desarrolla con la misma calidad que si estuviera en libertad por las trabas que significa, entre otras, tenerse que trasladar hasta un establecimiento penitenciario, más si el sindicado privado provisionalmente de su libertad no cuenta con recursos económicos para estar pagando al letrado.

“La prisión constituye un factor criminógeno, en la medida en que constituye para el acusado un mundo distinto, que lo limita, lo obliga a vivir en un espacio restringido sin intimidad, lo cual unido al miedo al futuro de su vida y a la posible sanción, la incertidumbre y la preocupación por la marcha del proceso, constituye un factor negativo implícito en la esencia misma de la medida cautelar”.⁶⁴

⁶⁴ González. **Ob. Cit**; Pág. 76.

Se entiende, entonces, que la prisión provisional como medida cautelar que restringe la libertad de un sujeto es aplicada por el juez, en la mayoría de los casos sin valoración justa alguna y en desacuerdo totalmente con principios indispensables del proceso penal como son el principio de imparcialidad, el de legalidad, de contradicción y el de proporcionalidad; sobre la base de estos quebrantamientos no son respetados tampoco, derechos fundamentales de todo asegurado como el derecho a la libertad, a la igualdad y el derecho de presunción de inocencia.

Todos estos aspectos traen como consecuencia que se produzcan daños tanto en el plano físico y material del individuo, como en el psicológico traducidos en ansiedad, falta de confianza en el sistema de justicia, relación con otros delincuentes, condiciones de vida deficientes, enfermedades contagiosas y pérdida del trabajo y con ello del sostén de su familia, por sólo mencionar algunos.

Lo peor de todo es que al autorizar el Código Procesal Penal que las Salas de la Corte de Apelaciones de la República pueden autorizar, cuantas veces sea necesario, la prórroga de la prisión preventiva, en la práctica están prorrogando el quebrantamiento de los principios del sistema acusatorio, así como los derechos del privado temporalmente de libertad, la seguridad jurídica y la estabilidad emocional del sujeto al que se le aplicó esta medida cautelar, en detrimento de la credibilidad del sistema de justicia penal vigente en Guatemala.

CONCLUSIONES

1. Aun cuando el sistema penal guatemalteco es doctrinariamente un sistema constitucional de derecho, con un principio rígido de legalidad y tipicidad y especialmente sin ningún tipo de peligrosidad, la práctica forense se orienta hacia una tendencia a reproducir la visión autoritaria y peligrosista que predominó legalmente hasta la vigencia de la actual Constitución Política.
2. A pesar que la dogmática jurídica es la herramienta lógica más adecuada para que los jueces lleven a cabo la interpretación penal de lo ilícito y subsuman los hechos a lo regulado por la norma penal, la mayoría de operadores de justicia por descuido e imprudencia evitar llevar a cabo el ejercicio de encuadramiento penal, asumiendo como propio lo planteado por el fiscal.
3. El sistema procesal penal guatemalteco, fundamentado en lo acusatorio, establece como principio que la pena de prisión, incluso la preventiva, debe ser la última medida en aplicar en contra de los sindicados, pero la mayoría de operadores de justicia por convicción o presión mediática, la aplican como la primera opción en contra del sindicado.

4. El uso sistemático de la privación preventiva de la libertad trae como consecuencia que se distorciona esta figura y se quebrantan los fundamentos jurídicos del sistema acusatorio, se violen los derechos humanos de los sindicados y se deslegitime al sistema de justicia, porque la misma resulta en la práctica un anticipo de la pena de prisión, afectando la inocencia del sindicado.

RECOMENDACIONES

1. La Corte Suprema de Justicia, a través de la Escuela de Estudios Judiciales, debe promover cursos formativos para los operadores de justicia, sobre el significado que el sistema penal guatemalteco tenga carácter de constitucional, con lo cual logrará contribuir a desterrar la visión autoritaria y peligrosista que todavía prevalece en los jueces penales.
2. La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Supervisión de Tribunales debiera llevar a cabo la revisión de los expedientes donde existen procesos en los cuales se ha impuesto la prisión preventiva, con el fin de determinar si los jueces han fundamentado los presupuestos que motivan la medida, si encuentran que no se hizo, obligar a que se implementen los correctivos necesarios.
3. Es necesario que la Procuraduría de los Derechos Humanos promueva programas de concientización para jueces y fiscales, con el objetivo de retomar el espíritu del sistema acusatorio con el fin de que se prioricen las medidas sustitutivas en lugar de la prisión preventiva contra los sindicatos, dejando la máxima coerción para los delitos de acto impacto y cuando sea estrictamente necesario.

4. El Ministerio Público, a través de su Unidad Académica, debe promover cursos formativos para los auxiliares, agentes y fiscales, con la finalidad de que estos comprendan los efectos perniciosos que ocasiona pedir de oficio la prisión preventiva en contra de los sindicados de cualquier delito, así como para que prioricen la solicitud de las medidas sustitutivas establecidas en la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa. **El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas**. Argentina: Ed. Ad-Hoc, S. R. L., 1995.
- ARROYO, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. Costa Rica: Ed. ILANUD, 1998.
- BASELLO, María Paula. **Fundamentos de la prisión preventiva**. Argentina: Ed. Némesis, 1994.
- BRAMONT ARIAS TORRES, Luís. **Manual de derecho penal**. Costa Rica: Ed. Colegio de Abogados, 1996.
- CARRANZA ELÍAS, Luis Paulino. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe**. Costa Rica: Ed. ILANUD, 2002.
- DOMÍNGUEZ, Francisco. **El derecho a la libertad en el proceso penal**. Argentina: Ed. Némesis, 1984.
- FRANCO, Ipolito. **La detención preventiva**. El Salvador: Ed. Corte Suprema de Justicia, 1997.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. **La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado**. Costa Rica: Ed. Uned, 1996.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**. Costa Rica: Ed. Uned, 1997.
- Instituto de la Defensa Pública Penal. **Situación de los privados de libertad en Guatemala**. Guatemala: Ed. Magna Terra, 2013.
- LAINFIESTA, José Manuel. **Introducción a las bases del derecho penal**. México: Ed. Editores Mexicanos Unidos, 2001.
- LLOBET, Javier. **La prisión preventiva (límites constitucionales)**. Costa Rica: Ed. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997.
- PASTOR, Daniel Ricardo. **El encarcelamiento preventivo**. Argentina: Ed. Del Puerto, 1993.
- PEÑA CABRERA, Raúl. **Tratado de derecho penal. Estudio pragmático de la parte general**. Perú: Ed. Grijley, 2007.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. **La prisión preventiva en un estado de derecho.** México: Ed. Orlando Sánchez Editor, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. **Derecho penal. Parte general.** Argentina: Ed. Ediar, S.A., 1989.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1993.

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

Ley Orgánica Del Ministerio Público. Decreto número. 40-94 del congreso de la república de Guatemala. 1994

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del congreso de la república de Guatemala 1989

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. **La prisión preventiva en un estado de derecho.** México: Ed. Orlando Sánchez Editor, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. **Derecho penal. Parte general.** Argentina: Ed. Ediar, S.A., 1989.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1993.

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

Ley Orgánica Del Ministerio Público. Decreto número. 40-94 del congreso de la república de Guatemala. 1994

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del congreso de la república de Guatemala 1989