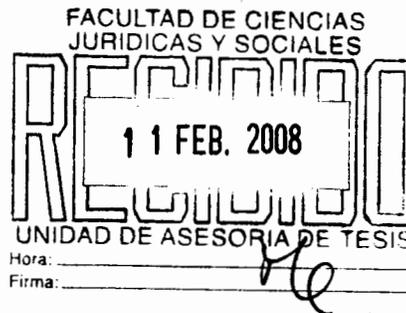


EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 6220.



Guatemala, 31 de enero de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutin.
Jefe de unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Respetable Licenciado:

Reciba un cordial saludo. Como consta en sus registros, fui aceptado como asesor de la tesis de la estudiante Maribel Saravia Camey, cuyo tema se titula "LA PRISIÓN PREVENTIVA, Y LA POSIBILIDAD DE INCURRIR EN VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A DETERMINADOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO". En virtud de esto, procedí a asesorar el trabajo mencionado, y basado en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la universidad de San Carlos de Guatemala, me permito exponer lo siguiente:

Al analizar el tema planteado por la estudiante Maribel saravia Camey era muy amplio para trabajarlo, se procedió a delimitarlo y darle el siguiente nombre el cual queda de la siguiente manera: "LA PRISION PREVENTIVA VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO" el enfoque metodológico que se utilizo en este trabajo fue la revisión bibliografica y documental, apoyado en la técnica de la entrevista. El contenido temático fue desarrollado con base al análisis que se hizo de la bibliografía consultada: libros, documentos y consultas electrónicas; además de las entrevistas realizadas. Las conclusiones alcanzadas fueron formadas con la interpretación de la investigación realizada, dando paso a las recomendaciones que en el estudio se plasmó.

En cuanto a la bibliografía, se consultaron autores españoles, argentinos, mexicanos, colombianos, entre otro.

Por todo lo manifestado anteriormente, en mi calidad de asesor de la tesis de la mencionada estudiante, apruebo el trabajo de la investigación realizada y emito dictamen favorable del mismo.

Atentamente,

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

3ª. Avenida 13-62 Zona 1 Guatemala, Guatemala. Tel. 22327036.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

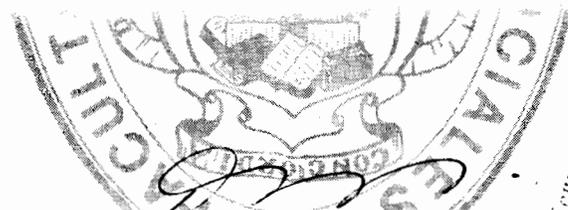
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.

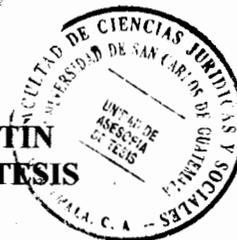


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de febrero de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HECTOR ROLANDO GUEVARA GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARIBEL SARAVIA CAMEY, Intitulado: "LA PRISIÓN PREVENTIVA, VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO".

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


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



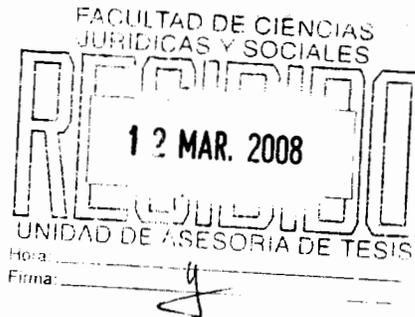
cc.Unidad de Tesis
MTCL/ragm

HECTOR ROLANDO GUEVARA GONZALES.
ABOGADO Y NOTARIO.
COLEGIADO: 5434.



Guatemala, 07 de marzo de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutin.
Jefe de unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Respetable Licenciado:

En virtud de haber sido aceptado como revisor de la tesis de la estudiante Maribel Saravia Camey, cuyo tema es: "LA PRISION PREVENTIVA, VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO" Por lo anterior, lleve a cabo la revisión del trabajo mencionado, y basado en el Artículo 32 del Normativo para elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la universidad de San Carlos de Guatemala, expongo lo siguiente:

El mencionado trabajo se realizó empleando un enfoque metodológico consistente en la revisión bibliográfica y documental, utilizando además la técnica en la entrevista. Como complemento del mismo. Cada capítulo fue estructurado a partir de la interpretación que el estudiante efectuó de la bibliografía consultada, ya bien libros, documentos y direcciones electrónicas. Las conclusiones y recomendaciones enuncian de manera objetiva lo desarrollado en el mismo.

Fueron consultados libros y documentos de autores españoles, argentinos, mexicanos, colombianos, costarricenses, guatemaltecos, además de varias leyes guatemaltecos, como Constitución Política de la Republica de Guatemala, Código Penal, Código Procesal Penal así como algunos convenios en materia de derechos humanos.

En virtud de todo lo anterior en mi calidad de Revisor de la tesis mencionada, apruebo el trabajo de la investigación realizada por la estudiante referida y emito dictamen favorable del mismo.

Atentamente.

Hector Rolando Guevara González
Abogado y Notario

Av. Reforma 7-62 Zona 9. Guatemala. Guatemala. Teléfono: 23628144 al 7.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARIBEL SARAVIA CAMEY, Titulado "LA PRISION PREVENTIVA, VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboracion de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/ragm



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

**LA PRISIÓN PREVENTIVA, VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL PENAL
GUATEMALTECO**

MARIBEL SARAVIA CAMEY

GUATEMALA, JUNIO DE 2008.

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

**LA PRISIÓN PREVENTIVA, VIOLACIONES Y CONTRADICCIONES A PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO 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

MARIBEL SARAVIA CAMEY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2008.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal:	Licda. María del Carmen Mansilla
Secretaria:	Licda. Benicia Contreras Calderón

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal:	Lic. Carlos Alberto De León Velasco
Secretario:	Lic. Helder Ulises Gómez

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

DEDICATORIA

A DIOS: Por brindarme la fortaleza interna en los momentos más difíciles de mi vida.

A MI MADRE: Por ser una madre maravillosa, que representa la inspiración de mi vida; por quien día a día he tratado de dar lo mejor de mí, ya que gracias a sus consejos y sacrificios pude culminar mis estudios.

A MIS HERMANOS: A quienes agradezco su apoyo y comprensión.

A MIS AMIGOS: Que han estado a mi lado, compartiendo momentos especiales y que me han brindado una amistad sincera y desinteresada.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; a la cual llevaré siempre en mi corazón.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el templo en el cual forjé mi carrera.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Prisión preventiva.....	1
1.1. Origen.....	1
1.1.1. Diferentes conceptos.....	4
1.2. Antecedentes de la pena de prisión.....	7
1.3. Antecedentes constitucionales.....	9
1.4. Duración de la pena de prisión en la antigüedad.....	11
CAPÍTULO II	
2. Prisión preventiva en Guatemala y su comparación con otras legislaciones.....	13
2.1. Medidas de coerción personal.....	13
2.2. Principios constitucionales.....	13
2.3. Principios que rigen la aplicación de las medidas de coerción.....	14
2.3.1. Excepcionalidad.....	14
2.3.2. Principio de proporcionalidad.....	15
2.4. Medidas cautelares provisionálísimas.....	16
2.4.1. Citación.....	16
2.4.2. Concepto y característica.....	16
2.4.3. La conducción.....	17
2.4.4. La presentación espontánea.....	17
2.4.5. La aprehensión.....	18
2.4.5.1. Formas de aprehensión.....	18
2.4.5.2. Aprehensión por la policía.....	19
2.4.5.3. Aprehensión judicial.....	19
2.4.5.4. Momento para ordenar la aprehensión.....	21
2.5. Medidas posteriores a la declaración del imputado.....	21

	Pág
2.6. Prisión preventiva como medida de coerción.....	23
2.6.1. Requisitos.....	24
2.6.2. Duración y cesación.....	28
2.7. La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos...	31
2.7.1. Estado de Argentina.....	31
2.7.2. El detenido.....	34
2.7.3. Situación personal y familiar.....	34
2.7.4. El derecho de defensa	35
2.7.5. Requisitos de validez de la prisión preventiva.....	36
2.8. La prisión preventiva en un estado de derecho, según la legislación de Costa Rica.....	38
2.8.1. Aspectos generales.....	38
2.8.2. Derechos fundamentales y prisión preventiva en Costa Rica.....	40
2.8.3. La protección constitucional de la libertad.....	40
2.8.4. La coerción en el proceso penal.....	42
2.8.5. El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen.....	43
2.9. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva en Costa Rica.....	46
2.9.1. Probable responsabilidad del imputado.....	50
2.9.2. Peligro de fuga.....	50
2.9.3. Peligro de obstaculización	52
2.9.4. Peligro de reiteración delictiva.....	55
2.10. Límites de la prisión preventiva.....	57
2.11. Presunción de inocencia.....	58
2.12. Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso.....	60
2.13. Disposiciones normativas, duración y uso real de la prisión preventiva.....	62

CAPÍTULO III		Pág.
3. Principios que rigen el ordenamiento jurídico procesal penal guatemalteco.....		75
3.1. Orden jurídico.....		75
3.2. Principios procesales.....		76
3.2.1. Clasificación.....		76
3.2.1.1. Equilibrio.....		77
3.2.1.2. Desjudicialización.....		78
3.2.1.3. Concordia.....		78
3.2.1.4. Celeridad.....		78
3.2.1.5. Sencillez.....		79
3.2.1.6. Debido proceso.....		79
3.2.1.7. Defensa.....		79
3.2.1.8. Inocencia.....		80
3.2.1.9. Favor rei o de la favorabilidad.....		88
3.2.1.10. Favor libertatis.....		88
3.2.1.11. Readaptación social.....		89

CAPÍTULO IV		
4. Presentación y discusión de resultados.....		91
CONCLUSIONES.....		103
RECOMENDACIONES.....		105
BIBLIOGRAFÍA.....		107

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una medida de coerción personal que se encuentra regulada en el Código Procesal Penal y que de conformidad con ésta, va a aplicárseles a sujetos que se les sindicaba de la comisión de un hecho delictivo, siempre y cuando exista peligro de fuga y obstaculización de la verdad, ya que si puede evitarse, los jueces deberán dictar otra medida que sea menos severa, de las que se contemplan en el mismo cuerpo normativo.

Como se sabe, al dictar prisión preventiva se restringe la libertad de la persona; es, por ello, que la presente investigación tiene por objeto determinar qué tan violatoria o contradictoria puede llegar a ser, ya que se debe tomar en cuenta que es un ser humano, a quien se le va a privar de su libertad y se le puede perjudicar gravemente; pues con el solo hecho de que va a permanecer en prisión, aunque no se le haya dictado condena, y la ley establezca que se le debe tratar como inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, la sociedad lo tacha como un delincuente.

Como se señaló, en nuestra legislación se encuentra regulado claramente el procedimiento a seguir; en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva, los jueces cuentan con una norma que les indica la forma en que deben basarse, pero sin perjudicar los derechos de los sindicados, tal como en muchas ocasiones se lleva a cabo, al sólo basarse en la prevención policial.

Como hipótesis de la presente investigación se planteó la siguiente: La prisión preventiva viola y contradice determinados principios fundamentales del ordenamiento jurídico procesal penal guatemalteco, desde el momento en que el juez dicta esta medida de coerción, con sólo tener la prevención policial.

El objetivo general de este estudio es: Determinar si basándose únicamente en la prevención que le presentan los agentes policiales al juez, viola y contradice principios fundamentales del ordenamiento jurídico procesal penal guatemalteco.

(ii)

Entre los objetivos específicos propuestos están: I. Hacer un estudio y análisis de la prisión preventiva en Guatemala específicamente en el centro preventivo para hombres de la zona 18. II. Realizar un estudio acerca de los principios que se violan y contradicen al aplicar prisión preventiva.

Las entrevistas se llevaron a cabo, en el Centro Preventivo para Hombres de la Zona 18, en el cual se pudo constatar la condición en que viven los reclusos en la actualidad, ya que en base a las entrevistas realizadas, ellos dieron a conocer la realidad de los centros preventivos; asimismo, se entrevistó a personas que anteriormente habían estado detenidas; y que, actualmente, se encuentran en libertad.

Para lograr la conclusión de este trabajo se utilizó un enfoque metodológico; el cual consistió en la revisión bibliográfica y documental, apoyada en la técnica de la entrevista; que nos permitió enfocar el trabajo de forma concreta pero, sobre todo, entendible.

La investigación contiene cuatro capítulos, en la siguiente manera:

El primero trata acerca de los antecedentes históricos de la prisión preventiva; cómo se aplicaba en épocas pasadas y su evolución.

El segundo se refiere a la prisión preventiva en Guatemala, y se lleva a cabo una comparación con otras legislaciones.

El tercero menciona el ordenamiento jurídico procesal penal guatemalteco.

Por último, en el capítulo cuarto se hace una presentación y discusión de los resultados alcanzados, en base a la investigación realizada.

CAPÍTULO I

1. Prisión preventiva

1.1. Origen

La pena de prisión es tan antigua cómo la propia humanidad, no existe registro exacto de cuándo y dónde se originó la práctica de la prisión, en las comunidades primitivas, se castigaban las transgresiones personales o las divinidades, pero eran bastante severas, ya que estas tribus o gens no conocían el concepto de prisión, mucho menos el de derechos y generalmente los castigos iban dirigidos a miembros de una tribu o clan diferente, por lo que usualmente el castigo era la muerte o la expulsión, además para ellos el tener prisioneros significaba tener que alimentarlos y la comida era uno de los bienes más apreciados en esa época por lo que casi no se practicaba la prisión.

Posteriormente, en la época de la justicia primitiva, se consagran las penas de la venganza, la venganza colectiva, la venganza privada, las penas corporales, las penas pecuniarias y por último para finalizar esta época, la ley del talión, consagrada por legisladores como Moisés, Pitágoras, Solon y los decenviros romanos.

En el Código de Hammurabi encontramos en el protocolo de dicho documento, el principio de la competencia penal del Estado, de esta forma, aspira no sólo a imponer la pena al trasgresor o culpable, por la comisión de un hecho delictivo o falta, sino también

a usar la norma como elemento de intimidación o disuasión con el objeto de evitar la comisión de abusos y vigilar la convivencia pacífica.

- Las principales penas que contempla del Código de Hammurabi eran:

a) Pena de muerte

b) Castigos corporales

c) Composición económica

d) Multas

e) Y gemonías.

- La esclavitud en aquella época se consideraba de dos formas:

- Permanentes y temporales

Usualmente la temporal provenía de deudas que no podían ser pagadas, quedando el deudor a disposición del acreedor como su esclavo recuperando su libertad a los tres años. Caso especial fue el del esclavo renegado, porque cuando era capturado se le amputaba una oreja y para poder ser manumitido necesitaba indispensablemente la autorización y anuncio del amo o señor, aunque, con el peculio amasado, podía comprar su libertad o pagar el rescate si hubiera sido esclavizado por motivos de guerra del país enemigo.

En los vedas, el Código de manú, el corán los castigos son bastante similares, prevaleciendo la pena de muerte, la ley del Talión, las penas físicas, pecuniarias y el destierro, la esclavitud estaba destinada para los prisioneros de guerra.

En el Talmud, en el derecho hebreo, las penas prevalecientes fueron, el azote, que era aplicado en los delitos comunes, el destierro para el homicidio culposo o involuntario, y para el homicidio, la pena de muerte por estrangulación, fuego, espada o lapidación.

“En el Derecho Egipcio encontramos un antecedente de prisión para los delitos que no tenían prevista pena de mutilación, de muerte, de trabajo forzados o de apaleamiento” ¹

Es hasta en Grecia y Roma donde se encuentran los primeros antecedentes de la institución de la prisión preventiva, y es que el término preventiva conlleva la condición de un juicio posterior, de manera que el concepto de juicio y derecho están ya arraigados juntamente con la aparición del Estado.

Carnelutti indica: “que la prisión preventiva se conoció en Roma como manus iniectio y era utilizado para retener al acusado y ponerlo a disposición del juzgador”. ²

Los romanos ya tenían la idea de un juicio posterior y al aplicar la prisión sólo aseguraban la presencia del imputado en el juicio.

¹ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Historia del derecho.** Pág. 70.

² Carnelutti, Francesco. **Principios del proceso penal.** Pág. 185.

Después de los romanos, el instituto de la prisión preventiva para un juicio, se practica en civilizaciones posteriores, pero el término de la prisión quedaba a disposición de la autoridad, dándose el caso de personas que eran encarceladas preventivamente y olvidadas hasta que morían o la autoridad se acordaba que estaban prisioneras y hasta entonces eran juzgadas, habiendo quienes después de pasar meses, incluso años en prisión eran absueltas, por lo que el encarcelamiento era una verdadera injusticia.

Es hasta en el año de 1789 en Francia, que se empieza a gestar el carácter excepcional de la prisión preventiva, en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano el cual en su Artículo IX dice:

La ley debe reprimir todo rigor necesario para apoderarse de su persona, cuando se juzgue indispensable su prisión. Desde aquí ya se le da a la prisión el carácter de excepcional.

1.1.1. Diferentes conceptos

Manuel Ossorio lo define como: medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efecto de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de justicia.

Por su parte Carnelutti, usa el término custodia preventiva, de la siguiente manera: el término custodia sirve para significar empleo de la fuerza para retener al juzgado en modo de no permitirle alejarse a fin de que permanezca a disposición del juez; la ley

agrega custodia preventiva, con un adjetivo del cual en rigor no habría necesidad porque, si bien la pena de la reclusión exige su custodia, esta no expresa plenamente su naturaleza.

Edwards, define la prisión preventiva de la forma siguiente: Cómo una medida de coerción personal impuesta al imputado con una finalidad esencialmente cautelar, que el encartado no eluda la acción de la justicia.

En base a los conceptos anteriores, se puede definir a la prisión preventiva de la siguiente manera:

Como una medida de coerción personal que consiste en la privación de libertad de una persona ordenada por un juez en un lugar distinto al de los condenados, con el objeto de evitar la fuga y la obstaculización de la verdad.

Con la denominación de prisión, se eliminó la antigua clasificación de: prisión correccional, prisión simple, arresto mayor y menor.

Boldova citado por de De León Velasco y otros señala: "que esta clasificación respondió a la tesis de que las penas debían ser proporcionales tanto en cantidad como en calidad".³

³ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. **Manual de derecho penal guatemalteco parte general.** Pág. 477.

“De esta manera, en la legislación española hasta en 1983, se distinguió entre prisión mayor y prisión menor, de una parte, y presidio mayor y presidio menor de otra.

En atención de la gravedad del delito. A los presidios se les asignó una connotación deshonrosa que no tenían las prisiones. Con la evolución teórica respecto a la cárcel, especialmente con el criterio de resocialización, esta clasificación perdió efectividad práctica. De esta manera, con la denominación de prisión, enmarcada entre límites para cada delito se hace referencia a un sólo régimen que se caracteriza por la flexibilidad para decisiones político-criminales parlamentaria y accesibilidad en la determinación de la consecuencia jurídica, tanto a juristas como para legos”.⁴

“De esta antigua clasificación de la pena de prisión, sobreviene en nuestro país la que contempla el Código Militar, vigente desde 1878. El Artículo 12 de la primera parte contempla el presidio con retención y sin retención; y la prisión en distintas modalidades (con servicio en públicas, mecánicas en el interior de las cárceles o cuarteles, y la prisión simple).

Para diferencias su aplicación, el código Militar contempla en el Artículo 13. La pena de presidio con retención, se cumplirá en los lugares que al efecto están destinados, o que se destinen en lo sucesivo. La pena de presidio, por un solo delito, no podrá pasar de diez años y la retención de dos. El simple, y la prisión con servicio en obras públicas se cumplirá en las cárceles departamentales, penitenciarias o fortalezas. Y su duración tampoco excederá de diez años por un solo delito. La simple prisión deberá cumplirse en el interior de las cárceles, cuarteles, fortalezas, y su duración máxima será de cinco años.

⁴ De León Velasco. Pág. 778

La prisión, sin lugar a dudas constituye la pena para la mayoría de los delitos en la legislación, y con excepción de la pena de muerte es la más grave. Contrario a lo que podría pensarse intuitivamente, la privación de libertad como pena, no es tan antigua. Sus orígenes pueden situarse en la ilustración y el estado moderno (siglo XVIII). Las razones son diversas pero conviene destacar que la reforma del sistema penal, en su conjunto y con ello los cambios en las formas de la pena, constituyó durante la ilustración uno de los ejes fundamentales para eliminar el estado absoluto”.⁵

“El origen de la concepción moderna de la prisión se debe en gran medida a Beccaría (Tratado de los delitos y de las penas, 1746), Howard (el Estado de las prisiones, 1776), y Bentham (Tratado de la legislación Civil y Penal, 1802). Beccaría, consolidó la idea de que el fin de las penas no es atormentar o afligir al delincuente, ni deshacer un delito ya cometido, sino impedir que el delincuente cometa nuevos delitos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Howard, trató de incorporar el principio de humanidad en el régimen carcelario iniciando la reforma penitenciaria, cuyas soluciones se orientaron al aislamiento, trabajo e instrucción. Y Betham hizo importantes aportes en la reforma penitenciaria, en especial, lo relacionado con su diseño arquitectónico: el panóptico, con el fin de garantizar la observancia y reflexión permanente del privado de libertad. Si bien es cierto que estas aportaciones se orientaron a la custodia o retención del reo (prevención general), permitieron que durante el siglo XIX y XX desarrollar modelos penitenciarios organizados alrededor de la idea de tratamiento (prevención especial)”.⁶

1.2. Antecedentes de la pena de prisión

“La posibilidad de aplicar la privación de libertad al estado presente en todas las etapas de la historia, cómo lo es la prisión por deudas para exigir su cumplimiento en el

⁵ **Ibid.** Pág. 778.

⁶ De león Velasco. Pág. 579

derecho romano, sin embargo su consolidación como pena encuentra sus antecedentes en el siglo XVI, donde los métodos punitivos iniciaron en proceso de transformación lenta y profunda”.⁷

El desarrollo económico de la época, debido al surgimiento de grandes y ricas poblaciones urbanas que posibilitaron la necesidad intensa por determinados bienes de consumo, la extensión constante del mercado acompañada de la demanda, crecimiento y estabilidad del sistema financiero, posibilitaron el interés y la explotación de la mano de obra de los privados de libertad con el fin de reducir los costos de producción. De esta manera se consolidaron como penas: la esclavitud en galeras, la deportación y las servidumbres. Algunas veces se aplicaron conjuntamente con las penas pecuniarias y corporales (que eran las tradicionales) y en otras substituyéndolas completamente.

Las casas de corrección, que se consolidaron hasta finales del siglo XVII, constituyen un antecedente importante en el proceso de conformación de la cárcel. El propósito principal de esta institución consistió en que por medio del trabajo obligatorio dentro de las instituciones, los prisioneros adquieran hábitos laborales y al mismo tiempo recibir formación profesional con el fin de que cuando recobren su libertad se incorporan al mercado laboral voluntariamente. Su régimen fue el resultado de una combinación de principios de casas para pobres (Poorhouse), casas de prostitutas y condenados por delitos leves constituyeron al inicio su principal clientela. Posteriormente se permitió el ingreso de flagelados, marcados y sentenciados a largos períodos. Sin embargo, el uso de la cárcel durante toda la edad media hasta finales del siglo XVIII se centró como espacio de detención en espera del juicio, el cual podía durar meses e incluso años

⁷ **Ibid.** Pág. 579.

Lo mismo puede apreciarse en la capitanía general del reino de Guatemala durante el período colonial. España, para garantizar el control social de los nuevos territorios y por lo tanto el máximo de riqueza del trabajo de los indígenas, trasladó la organización del aparato judicial, y con él su sistema punitivo.

Severo Martínez citado por De León Velasco y otros: “desarrolla una descripción del tipo de penas que se aplicaban a causa de los motines de indios”.⁸

La cárcel constituyó uno de los principales mecanismos de represión colonial, se aplicó en forma aislada, o bien acompañando a otras penas descritas en especial el trabajo forzado. Tal como se manifestó en Europa, el encierro en espera del juicio fue una constante, e incluso de forma masiva e indiscriminada. En el caso de los motines se demoraba, a veces en forma intencional, meses o años, y en otros se aplicó sin haber instruido causa alguna. El encarcelamiento preventivo causaba grave afectación tanto al que lo sufría como a su familia, pues en muchos casos eran trasladados fuera de sus poblados y las condiciones de traslados para cumplir largas condenas (hasta quince años), en lugares insalubres, incluso con cambios de clima del altiplano a la costa, causando la muerte de los afectados. Como bien concluye el autor citado: había, pues, la cárcel convertida en trampa, que podía en poco tiempo arruinar personas y familias; y finalmente la cárcel olvidada, lejana, interminable, mortal.

1.3. Antecedentes constitucionales

“Contrario a lo que podría pensarse, la prisión como pena es un fenómeno reciente, no sobrepasa apenas los doscientos años. La influencia del pensamiento iluminista

⁸ **Ob. Cit.** Pág. 580.

constituyó la base teórica sobre la cual se sustentó la revolución francesa y la independencia de Estados Unidos. Estos movimientos políticos, que significaron el inicio del desmoronamiento del antiguo régimen monárquico, se fundamentaron en la fragmentación del poder y las ideas de libertad e igualdad de todos los ciudadanos. Estos principios quedaron plasmados en las constituciones, que se instituyeron como los instrumentos políticos básicos que reflejan los acuerdos de los distintos grupos de poder. La influencia del iluminismo trascendió a Europa y Estados Unidos instalándose en los movimientos independentistas de América latina.

Por esta razón, no es de extrañar que las distintas constituciones en América Latina estén inspiradas en el movimiento iluminista del siglo XVIII. En Guatemala no es la excepción, en las que se pueden apreciar no sólo la preocupación de limitar el ejercicio del poder por medio de la definición de un sistema de garantías penales y procesales, acompañado de la definición de los organismos del estado, sino que también se pone de manifiesto la evolución sobre el contenido que deberá tener la pena de prisión.

Existen en todas las constituciones la intención de eliminar la arbitrariedad por parte de las autoridades en el ejercicio del poder punitivo por medio de la pena de prisión. Es común en todos los ordenamientos constitucionales la separación entre prisión preventiva y pena de prisión.

Desde el inicio de la primera Constitución, se le asigna al sistema carcelario una función moralizante, propia de principios del siglo XIX. De esta manera, la seguridad y la vigilancia sobre actos serían lo que prevalecería en el siglo XIX".⁹

⁹ De León Velasco. Pág. 582.

Foucault citado por De León Velasco y otros expresa claramente este principio cuando se refiere a este modelo: “su problema, de nuevo, no ha sido hacer que los individuos sean castigados, sino que ni siquiera puedan actuar mal mientras se encuentran hundidos, sumergidos en un campo de visibilidad total doble la opinión de los otros, el discurso de los otros les impida hacer algo malo o pernicioso”.¹⁰

“En las siguientes constituciones, únicamente se relaciona a los límites para la aplicación de la pena de prisión, agregando en la de 1927 el límite de duración a 20 años. No es sino hasta la Constitución de 1945 que le asigna un contenido diferente: la reforma de los reclusos, constitucionales clara tendencia hacia las corrientes de la resocialización, que se instaura por primera vez en la Constitución de 1956 y se repite en la de 1965, donde se hace mención tanto de la reforma como la readaptación de los reclusos.

En la Constitución de 1985 se profundiza en el contenido resocializador abandona en criterio reforma y seguridad al hacer referencia a la readaptación social y reeducación como finalidad del sistema penitenciario. De esta manera se puede apreciar un progreso evolutivo del contenido de la prisión que se inicia con los criterios de seguridad y corrección del siglo XIX y parte del siglo XX; hasta llegar a la reforma de (1945 y 1956), readaptación y reeducación (1965 y 1985) a finales de este siglo”.¹¹

1.4 Duración de la pena de prisión en la antigüedad

“Antiguamente se trató de aplicar el principio del Talión, ojo por ojo y diente por diente, donde la correspondencia no solo era directa al daño, sino también indirecta, y por lo tanto simbólica (cortar el pie si es ladrón o siervo fugitivo, cortar la lengua si ha

¹⁰ **Ibid. Pág. 582.**

¹¹ **Ibid.**

blasfemado). Esta posición privilegia el carácter aflictivo para dotar de contenido a la equivalencia entre delito y pena. Sería imposible suministrar un inventario siquiera sólo sumario de las atrocidades del pasado concebidas y practicadas bajo el nombre de penas”¹²

Hoy en día no se aplica esta clase de pena, ya que se cuenta con normas que vienen a regular tanta arbitrariedad que existían en tiempos pasados, en los cuales se aplicaban penas tan desproporcionales, que hacían que un delito leve se convirtiera en uno de mayor trascendencia, al cual se debía de aplicar una pena, que venía a ser demasiado cruel y que incluso llegaba hasta la muerte de la persona que lo cometía.

¹² Ferrajoli. **Derecho y razón**. Pág. 386.

CAPÍTULO II

2. La prisión preventiva en Guatemala y su comparación con otras legislaciones

2.1. Medidas de coerción personal

Las medidas de coerción en el proceso penal guatemalteco, son actos que limitan la libertad personal; cuyo objeto es la correcta aplicación de la ley penal.

Las medidas de coerción solo se justifican si sirven a los objetivos y fines del proceso penal. Y en base a lo que establece el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala. A nadie se le puede aplicar la ley penal, sin que antes se halla llevado un proceso penal. Por ende al encontrar el fundamento de la medida de coerción en el proceso penal, se puede establecer que los fines deben ser distintos al de la pena.

Y así como lo señala el Código Procesal Penal cómo único fin de la medida coercitiva es asegurar la presencia del imputado en el proceso y evitar la obstaculización de la averiguación de la verdad.

2.2. Principios constitucionales

La Constitución Política de la República de Guatemala establece los principios en que debe basarse el proceso penal y los cuales deberán ser respetados al aplicarse una medida de coerción.

El Artículo 26 establece: Libertad de locomoción. Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin más limitación que la establecida por la ley. En el Artículo 12 se consagra el derecho a juicio previo, por el cual ninguna persona puede ser condenada sin que antes no haya sido citado, oído y vencido en un proceso penal ante juez o tribunal competente y preestablecido. También se encuentra regulado el principio de inocencia citado en el Artículo 14 según el cual toda persona deberá ser tratada como inocente mientras no se le halla probado su culpabilidad en sentencia firme. Y el Artículo 6, por su parte permite detener a un sujeto sólo por la imputación de un delito o faculta cuando sea encontrado in fraganti o bien si mediare orden judicial. Y el Artículo 11, que se refiere a que no podrá detenerse a ninguna persona por la comisión de una falta, salvo que no pueda ser identificado de conformidad con la ley.

2.3. Principios que rigen la aplicación de las medidas de coerción

2.3.1. Excepcionalidad

“La ley establece como principio la libertad de locomoción de la persona, por lo que la privación de este derecho viene a ser la excepción y nunca la regla, por ende cualquier restricción de libertad de movimiento ordenada por autoridad competente no puede hacerse sino bajo condiciones estrictas.

La Constitución permite dos tipos de privación de libertad o excepciones al derecho de libre circulación: La primera, la posibilidad de ser condenado a pena privativa de libertad luego de un debido proceso; la segunda, la posibilidad de ser privado de libertad

durante el proceso, ya sea el comienzo de este (detención aprehensión) o durante este, antes de que se dicte una sentencia (prisión preventiva)".¹³

Como se cito en el párrafo anterior; la aprehensión y la prisión preventiva son formas de privar de la libertad a una persona, antes de que se emita una sentencia, y por lo tanto vienen a ser excepcionales. Podemos encontrar el principio de excepcionalidad en el Artículo 259 2ª párrafo

El principio de excepcionalidad establece: Que el momento de privar de la libertad ambulatoria a una persona durante un proceso, debe ser el último recurso y solamente se aplicara si existe peligro de fuga y obstaculización de la verdad. Es por ello que el Código Procesal Penal ha previsto varias medidas de coerción sustitutivas de la prisión preventiva con el objeto de evitar la privación de libertad del sindicado, pero sin que por ello no se asegure la presencia de este en el proceso. Artículo 261 2ª párrafo.

2.3.2. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es otro límite a la aplicación de una medida de coerción personal, la cual busca evitar que la aplicación de la medida sea más gravosa que lo que pudiera ser la aplicación de la pena misma. Encontramos regulado este principio en el Artículo 261 del Código Procesal Penal.

En el Código Procesal Penal se puede observar las formas en que el estado puede limitar la libertad durante el proceso. Dentro de esas medidas se pueden observar las de carácter provisionalísimas, teniendo por objeto la presencia del imputado o de otra

¹³ Varios autores, **Manual del fiscal**. 2º ed. Pág. 163

persona en el proceso, y aquellas medidas que se pueden ordenar, sólo después de que se halla llevado a cabo la primera declaración del sindicado, siendo esta medida de mayor duración que las primeras, ya que con ella se pretende asegurar la presencia del sindicado en todos los actos del proceso.

2.4. Medidas cautelares provisionálísimas

2.4.1. Citación

2.4.2. Concepto y característica

“La citación cautelar es la medida conminatoria que se hace a una persona a quien se le imputa un hecho delictuoso, para que comparezca al tribunal para ser oída”.¹⁴

La citación viene a ser una limitación leve a la libertad de locomoción, ya que se le impone a una persona obligadamente que debe comparecer en un lugar determinado y en una hora fijada bajo apercibimiento.

La citación que se hace a los testigos, debe regir las mismas reglas que se hacen al imputado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 173 del Código Procesal penal. Y de acuerdo a lo que preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos 12 y 32 en el que establece: Que al momento de

¹⁴ Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal**. Pág. 219.

efectuarse la citación se debe indicar al imputado que son emplazados en la calidad de tales, así cómo el objeto de la misma, indicarles que deben comparecer auxiliados de sus abogados o bien en caso de no contar con uno exigirlo de oficio.

2.4.3. La conducción

Cuando se ha citado a una persona y este ha omitido acudir al llamado que el juez le hace, sin que existan motivos para no haber comparecido, la ley faculta al Ministerio Público a ordenar la conducción. Artículo 175 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, aunque la ley faculte al Ministerio Público para poder ordenar la conducción, no puede llevarse acabo cuando se trate del imputado. En estos casos deberá hacerlo con orden de juez competente.

El fiscal puede ordenar la conducción de las personas que tengan una calidad distinta al del imputado, que no hayan comparecido. Y en caso de no existir citación previa, será necesaria la orden de juez competente. Artículo 175.

2.4.4. La presentación espontánea

De acuerdo a lo que estipula el Código Procesal Penal, cualquier persona podrá presentarse ante el Ministerio Público a efecto de prestar su declaración cuando considere que puede estar sindicando en un proceso penal. Artículo 254.

La Persona que preste su declaración deberá hacerlo ante autoridad competente y este deberá levantar un acta, en donde constará todo lo declarado por el sindicado. Artículo 83 del Código Procesal Penal.

2.4.5. La aprehensión

- Concepto

“Es una medida cautelar por medio de la cual se priva a una persona transitoriamente de su libertad con el objeto de evitar su fuga y asegurar la investigación del sumario”.¹⁵ Ello con el objeto de que se de una adecuada regulación y evitar el abuso de las autoridades.

Para que se dé una detención legal la Constitución Política de la República de Guatemala regula la forma en que se debe dar esta y solo si mediare autoridad de juez competente, salvo aquellos casos en donde no es necesario orden de autoridad, cuando la persona es detenida en delito fragante y con el objeto de evitar abusos de autoridad, la ley regula el recurso de habeas corpus, tanto para aquellos casos de detención ilegal como en los que el detenido puede ser objeto de malos tratos.

¹⁵ . Herrarte. Pág. 220

2.4.5.1. Formas de aprehensión

2.4.5.2. Aprehensión por la policía

Ésta se da al momento que una persona haya sido sorprendida en flagrante delito o sea perseguida inmediatamente después de ser sorprendida en flagrancia y no hubiese sido detenida en el mismo lugar del hecho e igualmente cuando es sorprendida instantes después con elementos o efectos del delito que permitan fundadamente pensar en su participación. Artículo 257 del Código Procesal Penal.

2.4.5.3. Aprehensión judicial

Se puede dar cuando exista una orden judicial, Artículo 258 del Código Procesal Penal

Sólo en estos casos puede darse una detención, por lo cual no puede detenerse a una persona por casos análogos a los contemplados en la ley, y para que no se den estas circunstancias el Código Procesal Penal en su Artículo 257 estipuló la palabra flagrancia, en el que se estableció que habrá flagrancia:

- Cuando la persona sea sorprendida en el mismo momento de cometer el delito
- Cuando la persona sea descubierta instantes después de ejecutado el delito con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar que la persona ha sido quién cometió el delito.

- Otro caso de flagrancia puede darse, cuando no hubiere sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. En este caso deberá existir continuidad entre la comisión del hecho y el inicio de la persecución.

Seguidamente de que el sindicado sea aprehendido, debe ser informado del hecho que se le atribuye, así como los derechos que tiene, y en dado caso de la autoridad que ordenó su aprehensión, esta información deberá hacerse constar por la policía en el parte policial. Artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Una vez se haya efectuado la detención, la policía deberá poner a disposición de juez competente al sindicado en un plazo no mayor de seis horas de acuerdo con lo que establece el Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Para el efecto de que este preste su primera declaración en un plazo no mayor de 24 horas desde el momento en que se efectuó la detención.

Si la aprehensión es efectuada por la policía, se deberá informar al Ministerio Público con el objeto de que se decida, si se ejercita la acción penal. Artículo. 306 Código Procesal Penal. Siendo, por lo tanto, obligatoria la presencia del Ministerio Público durante la declaración.

Cuando se consideré que la aprehensión se ha efectuado de forma ilegal el fiscal puede ordenar la libertad de la persona, ya que se han violado los derechos que éste tiene, de acuerdo con lo que preceptúa la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

Puede darse también la aprehensión por particulares: Se puede dar por los mismos motivos que la policía. Sin embargo, para el particular viene a ser una facultad y para la

policía un deber. En el caso de que los particulares realicen una detención deberán de informar inmediatamente a la persona detenida. Así como las cosas que se le hubieren incautado, o bien pueden entregarlo directamente al juez competente más próximo. Artículo 257 del Código Procesal Penal 2ª párrafo”.¹⁶

2.4.5.4. Momento para ordenar la aprehensión

Si el fiscal considera que el imputado debe declarar y existen los elementos necesarios para solicitar la aplicación de una medida de coerción. Y si se considera que sólo es necesaria la declaración del imputado, pero no hace falta la aprehensión únicamente se citará. Artículo 255 del Código Procesal Penal.

2.5. Medidas posteriores a la declaración del imputado

“Luego de que el imputado haya prestado su declaración ante juez competente y con auxilio de su abogado y habiéndose dado la petición del fiscal el juez decidirá sobre la situación jurídica del imputado.

Puede decidir:

Cuando exista indicios racionales de que el imputado haya cometido un hecho delictivo y existiendo peligro de fuga o de obstaculización de la verdad que sólo pueda evitarse a través de la prisión preventiva, el juez ordenará la misma. A raíz del Decreto 32-96 de la reforma al Código Procesal penal, también deberá ordenar la prisión si la imputación

¹⁶ Varios autores. Pág. 168.

se da por algunos de los delitos enumerados en el Artículo 264 del Código Procesales Penal.

- Esta limitación es muy criticable, por las siguientes razones:
- En primer lugar por el carácter excepcional de la prisión preventiva, consecuencia del principio constitucional de la presunción de inocencia, es inadmisibles que se fije una presunción que no admite prueba en contrario de que la persona se vaya a fugar.
- En segundo lugar son muy discutibles los delitos que han sido seleccionados: por un lado, es inexcusable el sabotaje y por otra parte, se le puede aplicar medida sustitutivas a los sindicados de los delitos como la ejecución extrajudicial o la tortura.

No obstante, la Corte de Constitucionalidad excluyó del catálogo de delitos inexcusables al hurto agravado, por considerar desproporcional la limitación para este tipo.

- Cuando existan indicios racionales de que el imputado haya cometido un hecho delictivo y existiendo peligro de fuga o de obstaculización de la verdad estos puedan evitarse con una medida sustitutiva, el juez la fijará.

- Cuando existan indicios racionales de que el imputado haya cometido un hecho delictivo pero no exista peligro de fuga ni de obstaculización de la verdad, el juez ordenará la libertad con la simple promesa de presentación por parte del sindicado.
- Cuando no exista indicios racionales de que el imputado haya cometido un hecho delictivo, el juez dictará falta de mérito y ordenará la libertad del sindicado. La falta de mérito sólo resuelve la situación personal del imputado, pero no produce ningún efecto de cosa juzgada; no debe confundirse con un sobreseimiento. Podría darse la situación de que el juez dictase falta de mérito, y el fiscal continuase la investigación y solicitase con nuevas pruebas la prisión preventiva”.

17

Tales medidas solo podrán dictarse después de presentada la primera declaración del sindicado.

2.6. Prisión preventiva como medida de coerción

- Concepto

“La prisión provisional o prisión preventiva, es cómo la detención, una medida restrictiva de la libertad individual, pero con carácter de mayor permanencia. Tienen por objeto no sólo asegurar la presencia del imputado dentro del proceso sino, asegurar los fines del mismo, especialmente el cumplimiento de la sentencia, si esta fuera condenatoria”.¹⁸

¹⁷ Varios autores. Pág. 170.

¹⁸ Herrarte. Pág. 222.

2.6.1. Requisitos

“En base a los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, la prisión preventiva sólo se podrá dictar cuando ocurran las siguientes condiciones:

- Existencia de hecho punible e indicios racionales de responsabilidad penal del imputado.

Conforme el Artículo 259, primer párrafo, deberá contarse con información suficiente que indique que el hecho existió, que se trata de un hecho punible y que existen motivos racionales suficientes para creer que el imputado lo ha cometido o ha participado en su comisión.

El requerimiento del fiscal que solicita la medida de coerción debe ser fundado en los elementos de convicción que indiquen los extremos expuestos. De la misma forma, el auto del juez que la ordena, debe contener estos elementos de hecho basados en los elementos recabados. No se requiere la certeza sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado sino que basta con la probabilidad de que haya sucedido y que el sindicado esté involucrado. Sin embargo, es importante recordar que el principio de in dubio pro reo rige desde el inicio del proceso.

- La existencia de peligro de fuga o de obstaculización de la verdad o de ambos a la vez

El peligro de fuga es el peligro de que el imputado evada su comparecencia ante la justicia, puesto que no pueda enjuiciarse a una persona en ausencia. Así como la

posible responsabilidad del imputado debe ser fundada en elementos que así lo indiquen, el peligro de fuga también esta basada en hechos y no responder a meras apreciaciones arbitrarias o subjetivas del juzgador o del fiscal. La ley precisa cuales son las condiciones que permiten considerar que existe peligro de fuga.

El Artículo 262 del Código Procesal Penal enumera cinco elementos a tener en cuenta al momento de valorar el peligro de fuga.

a) El arraigo en el país inciso 1 del Artículo citado fija las pautas por las que parece razonable pensar que si el imputado tiene domicilio conocido y en general una vida desarrollada en el lugar, preferirá someterse al proceso antes que huir a otro país y perder su trabajo, sus negocios o alejarse de su familia.

b) La pena que se espera como resultado del procedimiento inciso 2. Aumenta el peligro de fuga cuando la pena que se puede prever para el caso en concreto, sea de tal gravedad que sea ilógico pensar que el imputado prefiere huir o salir del país antes que arriesgarse a someterse al proceso y a una posible condena.

c) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado adopta frente a él, inciso 3. Aquí se tendrá en cuenta el daño producido y que la posibilidad de tener que repararlo, haga factible pensar en una fuga. Para ello habrá que valorar la posición de resistencia al pago del sindicado o, por el contrario, la disposición favorable a la reparación.

d) El comportamiento del sindicado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal inciso 4. Aquí se valora si la persona busca huir o se ha resistido a la autoridad, en este u otro proceso.

e) La conducta anterior del imputado inciso 5. Este inciso queda vacío de contenido, por cuanto la conducta que pueda estimarse como relevante ya viene definida en los cuatro incisos anteriores. El Artículo 5 de la Constitución Política insta el principio de libertad de acción, por el que nadie puede ser perseguido ni molestado por opiniones o actos que no impliquen infracción a la ley. La conducta anterior del imputado, que no implique vulneración a la ley no podrá ser valorada para fundamentar un peligro de fuga. Incluso si la persona ha sido condenada en otras ocasiones, pero nunca trató de sustraerse a un proceso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, deberá presuponerse que no hay tal peligro.

El peligro de obstaculización es la posibilidad de que el sindicado dificulte la investigación mediante la afectación, por si mismo o a través de terceros, de los medios de prueba. El proceso penal encuentra su legitimación como ejercicio de poder estatal en la verificación de los hechos, esto es, en la búsqueda de la verdad procesal. Por tal razón, la averiguación de la verdad se convierte en un fin del proceso penal que se pretende resguardar mediante medidas de coerción que aseguren la preservación de la evidencia. El Artículo 263 del Código Procesal Penal fija cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta para establecer la existencia de este peligro. De la misma forma que el peligro de fuga la decisión debe estar basada en situaciones fácticas que eviten una decisión arbitraria al respecto. Los criterios que la ley señala son:

- Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba inciso 1.
- Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente inciso 2.

- Inducir a otras personas a realizar los comportamientos enumerados en los puntos anteriores inciso 3.
- Que el peligro de fuga o de obstaculización no pueda evitarse a través de medidas sustitutivas”.¹⁹

La prisión preventiva debe ser el último recurso. La ley es clara cuando señala que la libertad no debe restringirse, sino, en los límites absolutamente indispensables Artículo 259 del Código Procesal Penal. No obstante, la medida sustitutiva no podrá otorgarse en procesos instruidos contra reincidentes o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado. Y todos los delitos contenidos en el capítulo VII de la ley contra la Narcoactividad.

- Que el imputado esté sancionado con pena privativa de libertad y que en el caso concreto se espere dicha sanción Artículo 261 segundo párrafo del Código Procesal Penal.

“En base al criterio de proporcionalidad, no tiene lógica que aquellos casos en los que, de llegarse a condena, no se impondrá pena de prisión se aplicara prisión preventiva. Ello se dará cuando el tipo penal esté sancionado con pena distinta a la prisión (multa o inhabilitación por ejemplo) o cuando estando, es previsible que la pena se suspenda Artículo 72 del Código Penal. Con ello se pone al hecho de que muchas personas eran

¹⁹ Varios autores. Pág. 172.

recluidas en prisión preventiva durante el proceso para luego ser condenado a pena de prisión pero suspendida condicionalmente”.²⁰

2.6.2. Duración y cesación

La ley procesal ha establecido algunos límites temporales a la prisión preventiva, con el objeto de obligar al estado a no perpetuar la prisión de la libertad y hacer cumplir con la obligación asumida en el Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad. Convención Americana, Artículo 7 numeral 5.

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

a) “Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida (268.1)

Si de resultas de la investigación o por otras vías, apareciesen nuevos elementos de juicio referidos a la participación del imputado, el tipo de pena a imponer, o la probabilidad de fuga u ocultación de prueba, que desvirtúen la necesidad de imponer la

²⁰ **Ibid.** Pág. 172.

prisión preventiva, esta deberá cesar, sustituyéndose por una medida sustitutiva, la libertad bajo promesa o incluso la falta de mérito.

b) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso la posible aplicación de reglas penales relativas a la suspensión condenatoria o remisión de la pena, o la libertad anticipada (268.2).

En concordancia con el Artículo 261 2º párrafo, que prohíbe la prisión preventiva cuando en concreto no se espere dicha sanción, este inciso ordena poner fin a la prisión preventiva si ésta equivale o supera la pena que se espera en concreto. En aplicación del principio de proporcionalidad, puesto que no tendría sentido continuar con el encarcelamiento preventivo a riesgo de convertirlo en una pena anticipada aún mayor que la que hubiera significado la pena impuesta en la sentencia.

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

c) Cuando su duración exceda de un año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar tres meses más (268.3)

El año de duración es el límite que la ley impone para tener encarcelada a una persona antes de una sentencia. Si existe sentencia condenatoria pendiente de recurso puede extenderse tres meses más. El fiscal deberá tener en cuenta esta norma a la hora de

agilizar la investigación. No basta con que el fiscal presente la acusación antes del año para sentirse exento de responsabilidad, sino que debe valorar el tiempo que dura el procedimiento intermedio, el juicio y los recursos.

Existe sin embargo una excepción que establece el mismo Artículo en uno de sus párrafos siguientes, que consiste en que la Corte Suprema de Justicia puede autorizar ampliación de estos plazos fijando el tiempo concreto de extensión. Si bien la autorización puede ser cuantas veces sea necesario, siempre privará el principio de proporcionalidad y esta excepción sólo deberá ser utilizada en casos graves y de investigación compleja. La autorización de la Corte Suprema de Justicia puede indicar medidas concretas para acelerar el trámite. Por ello el fiscal sólo debe recurrir a esa autorización en casos muy excepcionales.

D) Cuando han transcurrido tres meses desde que se dictó el auto de prisión y aún no se ha presentado acusación (324 bis)

La limitación de la duración del procedimiento preparatorio tiene como finalidad principal evitar que la lentitud o la ausencia de la investigación afecten directamente a presos preventivos”.²¹

²¹ Varios autores. Pág. 174.

2.7 “La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos

2.7.1 Estado de Argentina

Los problemas atinentes a la aplicación de la prisión preventiva revisten, por lo menos en el ámbito del sistema interamericano, una marcada importancia. La prisión preventiva advierte la comisión interamericana en 1997 constituye un problema serio en varios países miembros de la organización de Estados Americanos, la situación, con posterioridad, no parece haber tenido mejoras.

Es revelador lo expresado por el Gobierno de Ecuador en cuanto a que, en ese país, el incumplimiento generalizado de los plazos legales sobre prisión preventiva ha provocado que la misma se convierta en regla y no en excepción, como exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Más revelador aún son las causas del fenómeno desconfianza de los jueces en otras medidas cautelares que garanticen la presencia del encausado en el juicio, salvo la fianza, a la que únicamente pueden acceder los detenidos con posibilidades económicas, de manera que a los que carecen de recursos suficientes les resulta negada la posibilidad de ver revocada su prisión preventiva. Desconfianza que se debe, en parte, a la falta de infraestructura de los órganos policiales que posibilitaría la vigilancia de las personas y evitaría su fuga y posterior no juzgamiento. A ello se suma la crisis por la que atraviesa la administración de justicia, no debida solamente a factores económicos, sino también a la corrupción casi generalizada de jueces y empleados de la magistratura, que incide en la lentitud de las investigaciones y en el cumplimiento de los mentados plazos. Otro factor que agrava la situación de los procesados es el hecho de que en los delitos de narcotráfico, al concluir la etapa sumarial con los autos de sobreseimiento o de condena, éstos

deben ser consultados a las cortes superiores, instancias que también están contaminadas con el mal de la corrupción y la negligencia.

La Argentina no se encuentra ausente en el ámbito mencionado por la Comisión Interamericana: la aplicación excesiva de este mecanismo procesal, combinado con las demoras del sistema judicial de dicho país, condujeron a que más del 50% de la población carcelaria se encuentre privada de su libertad sin condena.

Más aún. Entre octubre de 1993 y marzo de 1997, la comisión interamericana recibió denuncias al respecto contra la Argentina. Si bien muchas de éstas fueron desestimadas por falta de cumplimiento de las normas establecidas en la Convención Americana y en el reglamento de la comisión, a partir de la última fecha mencionada la comisión inició el trámite de 36 casos que reunían los recaudos del Artículo. 46. de la Convención Americana, de los cuales 13 fueron archivados por falta de respuesta de los peticionarios a los pedidos de información de la Comisión. Los 23 casos restantes, en curso para marzo de 1997, comprendían prisiones preventivas cuya duración, salvo tres supuestos, superaba los tres años, alcanzando en cinco casos, más de cinco años, y en uno, los seis años y nueve meses.

El origen del problema, en términos universales, no es reciente, lo que explica que, ya desde el siglo XIX, sea una tendencia continua en diversos países que admiten la prisión preventiva, la de reducir el número y la duración de estas medidas.

En este sentido, L.-E. Pettiti expresaba para 1993, al votar en el caso W. c. Suiza de la Corte Europea, que en el derecho penal comparado se comprobaba que el promedio de duración de las prisiones preventivas era inferior a dos o tres meses y que, respecto de

los delitos financieros y quiebras, dicho promedio resultaba menor a un año. A ello añadía la observación de los penalistas en cuanto a que, todos los años, miles de personas acusadas de delitos, que han sufrido detenciones preventivas, incluso prolongadas, resultaban desincriminadas o absueltas. La detención en esos casos, advertía el magistrado, creaba una injusticia o un desorden social evidente que entrañaba una crítica al sistema judicial. Más todavía, después de citar las voces críticas de eminentes autores del derecho penal sobre la duración excesiva de las detenciones preventivas, el destacado juez europeo señalaba que con posterioridad a la caída de la escuela positivista, se comprobaba en el conjunto de la evolución del derecho penal en Europa:

a) Que numerosos países adoptaron una legislación fijando un máximo para la duración de la detención seis meses o un año, como lo era en Checoslovaquia.

b) Que la jurisprudencia de otros países, en general, limitaba dicha duración entre seis meses a dos años.

c) Que la enseñanza impartida en las escuelas de magistrados sobre la Convención Europea y su Artículo. 5, apuntaba a convencerlos en el sentido de reducir la detención preventiva apoyándose sobre la jurisprudencia de la Corte Europea, pues algunos jueces de instrucción tenían tendencia a prolongar la detención para influir sobre los inculpadados y conducirlos a la confesión o a la denuncia, lo que suprimía el derecho al silencio.

Las Naciones Unidas, a su turno, también advierten sobre el fenómeno de que durante la detención, las personas corren el peligro de resultar maltratadas con la intención de conseguir que se acusen a sí mismas.

Esta circunstancia ha llevado a que un estudioso tan calificado como P. Lambert, expresara: Bajo el ancien régime, para obtener confesiones, los jueces torturaban. hoy no torturan más disponen la prisión preventiva.

2.7.2. El detenido

2.7.3. Situación personal y familiar

La situación del acusado sometido a prisión preventiva es muy imprecisa, existe una sospecha en su contra, pero aún no se ha demostrado su culpabilidad. Asimismo, la medida produce en el encarcelado otras variadas consecuencias, todas ellas, desde ya, negativas: Sufre usualmente grandes tensiones personales como resultado de la separación forzada de su familia y comunidad, y de la pérdida de ingresos, a lo que se añade el impacto emocional y psicológico al que se ve sometido. Se trata, nada menos que del riesgo de perder el empleo y la vivienda, y de que se produzca la desintegración de la familia, la cual, a su vez, puede volverse realmente indigente, sin contar el peligro de la ruptura del matrimonio

Incluso el procesado que se sabe culpable debe poder, mediante la libertad provisoria, orientar su vida profesional y familiar, y tomar los cuidados para el futuro.

Esta realidad determina el contexto dentro del cual es posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, así como la importancia de rodearla de las máximas

garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso. La medida, según la Corte Europea, entraña un sacrificio que se infringe a una persona que se presume inocente expresión que recoge la Comisión Interamericana. A tales efectos, cabe sumar, todavía, los vinculados con el entorpecimiento de la defensa

2.7.4. El derecho de defensa

La prisión preventiva suele también producir efectos altamente desfavorables para el acusado en el plano de su derecho de defensa.

En efecto, a medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra argumentos. También disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra argumentos. La detención provisional tiene, frecuentemente, efectos nefastos sobre las oportunidades del inculpado de resultar absuelto, dadas las dificultades, e imposibilidades, que se produce en numerosos casos para que aquél y sus defensores puedan estudiar bien el caso y preparar una defensa adecuada

Una persona sometida a una prolongada detención preventiva se ve sumergida en la desesperanza, y una persona desesperanzada defiende su inocencia con una voluntad considerablemente disminuida

A su vez, una prolongación irrazonable de la medida ejercería una suerte de presión sobre el magistrado que evalúa la prueba y aplica la ley, en el sentido de adecuar la

sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado. En otras palabras, aumentar para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes.

Tampoco cabe descartar la proyección social e institucional. Si se dedica un período ilimitado a la resolución de un caso penal, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y, consecuentemente, carecería de importancia el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad.

2.7.5. Requisitos de validez de la prisión preventiva

- Formales

- Control judicial

La razonabilidad de la prisión preventiva corresponde que sea juzgada, en primer lugar, por el juez que entienda en la causa; es, además, una obligación que pesa sobre aquél una vigilancia o cuidado a su cargo

En otras palabras: corresponde a la autoridad judicial mantener bajo examen la necesidad de la detención, a intervalos razonablemente cortos.

El Ministerio Público ecuatoriano, a fin de acelerar los procesos, presentó una reforma al Artículo 119 de la Constitución, destinada a que se obligue que el despacho de las resoluciones procesales y sentencias judiciales se lo haga en estricto orden cronológico.

Para el sistema español, siempre que el juez o tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte.

J.-F. Renucci aporta una muy interesante observación: Los jueces nacionales europeos se muestran cada vez más atentos a las exigencias de la Convención Europea, no dudando en disponer la liberación no sólo cuando el plazo de detención ya es irrazonable, sino también cuando se corre el riesgo de que vaya a serlo.

La Corte Europea, por su parte, no ha dejado de revisar aquellas circunstancias a partir de las cuales se pudiese establecer si las autoridades nacionales debieron proceder a la liberación con anterioridad a la fecha en que lo hubiesen hecho: Una enfermedad que descartara el riesgo de fuga o la terminación de las necesidades derivadas de la instrucción”.²²

²² Gialdino, Rolando. La enciclopedia libre Wikipedia/en línea/. <http://ww.caipjpe.org.pe/guía/g- prisi.htm>.

2.8. “La prisión preventiva en un estado de derecho según la legislación de Costa Rica

2.8.1. Aspectos generales

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

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 fin 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.

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

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

En la concepción de Carrara, la detención preventiva, además de la función de coerción procesal, en relación con la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de anticipar el efecto intimidatorio de la pena, que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente durante el largo período del terrorismo italiano, como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de dar seguridad a la colectividad, asignándole un carácter de

sedante social frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar.

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

2.8.2. Derechos fundamentales y prisión preventiva en Costa Rica

2.8.3. La protección constitucional de la libertad

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

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

El concepto va más allá del aspecto ambulatorio, abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra, de comercio etc., pero a efecto del tema se limitará al derecho a la libertad ambulatoria, en relación con el desarrollo del proceso penal. La protección que el régimen democrático brinda en ese sentido se extiende a cualquier persona, incluyendo por supuesto a todos aquellos que ingresan a la maquinaria del sistema penal en condición de supuestos acusados por un hecho delictivo. El Estado debe garantizarles el reconocimiento absoluto de todos sus derechos y deberes, y brindarles medios de protección para cuando éstos le sean desconocidos.

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

Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en Costa Rica, el Artículo 20 de la Constitución Política y el 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra señala: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

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

2.8.4. La coerción en el proceso penal

Como resulta, 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, de conformidad con lo que establece Artículo 37 de la Constitución Política de Costa Rica. 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 Constitución costarricense.

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. en primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero éstos se convierten en la práctica de una función instrumental y de garantía. La coerción procesal afecta generalmente al imputado cuando se aplica la prisión preventiva.

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

En la doctrina alemana se llega a concluir con similitud a las que se propugnan en latinoamérica. Afirmandose, que la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso.

2.8.5. El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático

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

Es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad, según el estudio realizado por Elías Carranza en su obra *Criminalidad ¿Prevención o Promoción?*

El concepto, que es bastante difuso, ha sido empleado como sinónimo de seguridad física en las calles, desconociéndose que incluye también lo referido a libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los

políticos, económicos y sociales, que nunca se han visto afectados cuando ha habido un incremento de actividades delictivas

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

Señala el Dr. Javier Llobet que en Latinoamérica, a diferencia de lo ocurrido en la época del fascismo en Europa en donde fueron las pilas oficialistas las que se agruparon reclamando una mayor represión contra la criminalidad, las críticas se producen en el marco de la libertad de prensa y de la realización de elecciones, es importante anotar que el reclamo de una mayor seguridad ciudadana, abandonando las garantías penales y procesales, está íntimamente relacionado con la libertad de prensa y el desarrollo de elecciones. Sin embargo, paradójicamente las campañas de ley y orden llevadas a cabo por la prensa, desembocan en el llamado a un Estado fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia

Por otra parte, se cree 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 ratio, con las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido, dentro del orden sistemático que conforma el debido proceso.

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

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

Lamentablemente, en Costa Rica se ha respondido al aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso. Es así como el poder Legislativo aprobó en 1994 un excesivo aumento de la pena de prisión disponiendo, en contra de la prohibición constitucional de las penas perpetuas, elevar la pena máxima de prisión de veinticinco a cincuenta años, aumentando al mismo tiempo en forma drástica las penas para ilícitos tales como homicidio y violación. Pese a ello, la tasa de homicidios registrada en 1994 fue la más alta de las contabilizadas desde 1980, y como era de esperarse tampoco se provocó una disminución en otras delincuencias, pero la opinión pública se tranquilizó.

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.

Entre los ejemplos que se pueden dar en Costa Rica se mencionan las siguientes: Las dictaduras militares latinoamericanas, en su mayoría legitimaron sistemas de excesiva represión en los que se permitieron los abusos. El control se inició primero con la delincuencia común, pero los perseguidos fueron muy pronto los sindicalistas, los opositores políticos y simples ciudadanos. A estos regímenes se debe el surgimiento de fosas comunes y miles de desaparecidos, para mencionar solo algunos de sus logros.

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

2.9. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva en Costa Rica

Se puede afirmar, en general, que 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.

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

La constitucionalidad de la prisión preventiva en Costa Rica ha sido resaltada por la Sala Constitucional en el voto N° 1439-92 al señalar que: La prisión preventiva se encuentra constitucionalmente aceptada en el artículo 37 de la Carta Fundamental, relacionada directamente con el principio de inocencia contenido en el numeral 39 que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio. Si la autoriza el citado Artículo 37, ello hace que no resulte inconstitucional por estimarla contraria a lo reglado en el 39, 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.

Y al afectarse la libertad de los acusados por medio de la prisión preventiva, pero al aceptarse el principio de inocencia en el artículo 39, ello tiene como consecuencia

cuando se interpretan ambas normas, relacionándolas, que la prisión preventiva sólo pueda acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la existencia de una colisión de intereses en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, pueda afectarse la libertad.

Para adecuar la institución a las exigencias constitucionales, a la prisión preventiva se le constituyó en medida cautelar o precautoria, que como todas las del mismo género es provisional, ameritando ello que deba concluir cuando no resulte necesaria a los fines del proceso; para ello existen otras instituciones procesales.

La prórroga extraordinaria es una de ellas, según los Artículos 325 y 326 del Código de procedimientos penales, procede cuando vencido el término ordinario de la instrucción, no existieren elementos de convicción suficientes para sobreseer, ni para disponer la elevación a juicio. Otra lo es la excarcelación, que debe ser acordada aún de oficio, según lo disponen los artículos 297 y siguientes del Código de procedimientos penales, cuando la detención provisional ya no tenga ninguna razón de ser. 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 la propia Constitución en su Artículo 39 esta tesis fue aceptada a nivel legal en el Artículo 265 del Código de procedimientos penales, en el que se dispone:

La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

Otras normas que deben ser tomadas en consideración, al resolver sobre la necesidad de acordar una prisión provisional, su mantenimiento o cesación, son las contenidas en los artículos 3 y 294 del ordenamiento procesal indicado, en las que se señala que siempre debe interpretarse restrictivamente toda norma que autorice afectar la libertad de los procesados y que la prisión preventiva debe hacerse cesar cuando, el mantenerla haya perdido su necesidad procesal. Las medidas cautelares deben ser utilizadas sólo cuando circunstancias propias del proceso así lo exijan, son provisionales no definitivas y deben necesariamente darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso o hayan cumplido ya con su cometido. De lo anterior puede concluirse que tanto el marco constitucional, como el convencional, permiten la prisión preventiva (Artículos 37 de la Constitución Política y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero ella, según se ha dicho, debe ser aplicada por los jueces, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de modo tal que cuando resulte innecesaria, es obligación del juez hacerla cesar, ya sea en aplicación del artículo 294 del ordenamiento procesal penal o acordando la excarcelación del encausado aún de oficio, conforme a lo reglado en los artículos 297 y siguientes del Código de procedimientos penales.

2.9.1. Probable responsabilidad del imputado

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

Pero finalmente, según su opinión, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva.

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

2.9.2. Peligro de fuga

El Código de procedimientos penales vigente y el nuevo Código Procesal de Costa Rica, contemplan, en los Artículos 291 inc 2) y en el 240, el peligro de fuga como presupuesto de la prisión preventiva, con la notable particularidad de que, en el nuevo instrumento, se detallan una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir la existencia del peligro de fuga, concretamente se señala:

Artículo 240.- Peligro de fuga

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

a.- 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. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

b.- La pena que podría llegarse a imponer en el caso

c.- La magnitud del daño causado

d.- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

La legislación costarricense establece claramente las circunstancias que deben darse para la aplicación de la prisión preventiva, sin que por ello se inventen circunstancias que no lo ameriten.

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

2.9.3 Peligro de obstaculización

Como causal de prisión preventiva, el peligro de obstaculización reviste una menor importancia frente al peligro de fuga, pues lo cierto es que puede recurrirse a otras personas, vinculadas con el imputado, para producir alteraciones o falsificaciones de prueba, intimidación de testigos, etc. Lo importante en todo caso sería que, en el caso concreto, se realice un efectivo análisis para demostrar el peligro real de obstaculización, sin que resulte prudente utilizar argumentos tales como la falta de conclusión de las investigaciones, la rebeldía de algunos de los coimputados, o el no haberse localizado testigos importantes.

El código Procesal que entró en vigencia en el año de 1998 no hace una enumeración taxativa de supuestos que permitan derivar el peligro de obstaculización, sino que se limita a señalar diversos actos como indicativos del mismo.

Artículo 241.- Peligro de obstaculización

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

a.- Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

b.- Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

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

El texto vigente, en el artículo 291, inc 2) se limita a mencionarlo, con lo que, los peligros de interpretación arbitraria son aún más evidentes.

Artículo 244.- Otras medidas cautelares

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

a.- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

b.- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.

c.- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

d.- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

e.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

f.- La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

g.- Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio.

h.- La prestación de una caución adecuada.

i.- La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado.

Debe señalarse también que conforme a los Artículos 245 y 246, se podrá imponer una sola o combinar varias de las medidas mencionadas, pero sin desnaturalizar su finalidad, y no se impondrán otras cuyo cumplimiento sea imposible. Por otro lado, la promesa del imputado de someterse al procedimiento y no obstaculizar la investigación, así como de abstenerse de cometer nuevos delitos, puede ser suficiente en algunos casos para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización, y permite la posibilidad de prescindir de toda medida de coerción.

La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: formalmente, el encarcelamiento debe ser autorizado por una decisión judicial que funde sus

presupuestos (principio de judicialidad); se parte, como principio, de la libertad del imputado y sólo se autoriza su encierro en ocasiones excepcionales, cuando, fundada la probabilidad de estar frente al partícipe en un hecho punible, el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, cuya verificación como hecho real frustraría los fines del procedimiento penal, sea cierto y no pueda evitarse por otros medios (principio de excepcionalidad); aun en esos casos, evitar siempre que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o que aquella que se espera en caso de condena, con lo cual el encarcelamiento preventivo no se debe autorizar cuando no está amenazada o no se espera la privación de la libertad como reacción penal o, de otra manera, se debe hacer cesar cuando el encarcelamiento sufrido, computado para la pena según las reglas respectivas, permite afirmar que, según la pena que se espera, no se prolongaría la privación de la libertad en caso de condena (principio de proporcionalidad); se debe acudir a otros medios menos gravosos que la privación de libertad personal que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento y evitar el encarcelamiento (principio de subsidiariedad).

2.9.4. Peligro de reiteración delictiva

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

Por otro lado, la pretensión de adecuar la prisión preventiva con el fin de evitar el peligro de reiteración delictiva, choca abruptamente con las condiciones de la prisión en casi todos los países del mundo,

Señala Cafferata Nores: Lejos de ser un lugar donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, robos, etc. Si el imputado tiene tendencia a delinquir, allí podrá continuar haciéndolo perfectamente, realizando nuevos contactos, perfeccionando sus técnicas y adquiriendo nuevos vicios que en nada ayudan a los fines correctivos que la medida persigue. Allí reinan los catedráticos de la prisión, recordados por Carrara, si realmente es peligroso, no es justo, en salvaguarda de los inocentes libres, arrojando indiscriminadamente sobre muchos inocentes que están detenidos.

Los motivos de protección del orden jurídico han sido legitimados por la Sala Constitucional, junto a razones de interés procesal en varias resoluciones.

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

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

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

2.10. Límites de la prisión preventiva

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

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

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

2.11. Presunción de inocencia

De acuerdo con el profesor Hassemer: Quién 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.

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.

Señala el profesor Nils Christie, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor.

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 el principio de 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,

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

Si bien las dificultades que en muchos casos plantea el enfrentamiento de la criminalidad, es lo cierto que se debe desterrar de nuestro medio la idea equivocada de que a través del sistema penal se va a modificar la realidad delictiva, pues ésta tiene sustento, entre otras causas, en el acentuado proceso de empobrecimiento a que se han visto sometidos los sectores marginados de la población de Costa Rica, y de Latinoamérica en general, agravados con los procesos de globalización y las corrientes neoliberales que se imponen en las políticas económicas de los países.

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

2.12. Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso

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

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

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

La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal. Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente.

El principio de proporcionalidad opera cómo un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería procedente, pero con respecto a la cual no podría exigirse al imputado que se sometiera a la misma

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

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

La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado 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.

El nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica recoge, en el párrafo 2) del Artículo 238 el principio de proporcionalidad al señalar que:

La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso.

Otra limitación a la prisión preventiva derivada también de este principio se recoge en el nuevo Código al disponerse que no se decretara la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años ni valetudinarias, si el tribunal estima que en caso de condena no se les impondrá pena superior a cinco años.

2.13. Disposiciones normativas, duración y uso real de la prisión preventiva

a. Disposiciones normativas.

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

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

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

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

2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.

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

4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.

El Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica contiene los señalados principios de la convención, los que deben ser aplicados con criterio restrictivo según se señala en su Artículo 3, en el que se dispone:

3.- Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son la que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida

de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.

La detención provisional del imputado procede cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

En su Artículo 196, el Código Procesal Penal modelo, dispone: Finalidad y alcance. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, sólo podrán ser restringidos cuando fuesen absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley

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

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

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

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

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

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

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

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

2.- La pena que se espera como resultado del procedimiento.

3.-La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;

4.- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

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

1.- destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.

2.- Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

3.- Inducirá a otros a realizar tal comportamiento.

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

1.- Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo.

2.- Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.

3.- Los fundamentos.

4.- El dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables.

209. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

1.- Arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

2.- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.

3.- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

4.- La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización.

5.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

6.- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

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

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

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

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

El Artículo. 243 del nuevo Código expresamente obliga al dictado de una resolución fundamentada.

En la ley de justicia penal juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996, se dispone en los artículos 58 y 59:

Artículo 58.-

El juez penal juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- a.- Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de justicia.
- b.- Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo.

La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados.

Artículo 59.-

La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.

En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al tribunal superior penal juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga.

En materia de adultos, antes de la reforma aprobada por Ley N°. 7337 de 5 de mayo de 1993, el texto del Artículo 291 del Código de procedimientos penales disponía:

El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si previamente se le hubiere concedido la excarcelación.

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

Como se evidencia, por la estructura de la norma se facilitó la aplicación de criterios antojadizos, subjetivos y arbitrarios, que provocaron una buena cantidad de violaciones a los derechos humanos, que vinieron a ser frenados mediante importantes fallos de la

sala constitucional, producidos básicamente en los primeros años de su funcionamiento, a partir de noviembre de 1989,

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

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

1.- Existan elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible.

2.- Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

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

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

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

2.- Cuando su duración supere o equivalga a la condena que, prima facie, se estima podría imponerse, considerando incluso la posible concesión de beneficios sustitutivos de la prisión.

3.- Cuando su duración exceda de quince meses; pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar seis meses más. El tribunal superior de casación penal, a pedido del tribunal que conoce de la causa o del Ministerio Público, podrá autorizar que el plazo de quince meses se prolongue hasta por un año más, fijando el tiempo concreto de la prórroga de la prisión. En este caso deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Vencido el plazo fijado en este inciso, no se podrá acordar una medida de coerción, salvo la citación y las establecidas en el artículo siguiente; pero, para asegurar la realización del debate, o de un pacto particular, para comprobar la sospecha de fuga o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá ordenar su nueva detención, por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

- Duración y control en el nuevo código procesal penal de Costa Rica

La duración de la prisión preventiva y su control tiene una estructuración importante en el nuevo Código Procesal Penal, como parte de la tendencia internacional que establece límites precisos. Así se establece en el inc. c) del Artículo. 257 como causal de cese el hecho de que la duración exceda los doce meses, pero sin que este plazo será absoluto, ya que admite su ampliación en los supuestos del 258 que a la letra señala:

A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el tribunal superior de casación penal, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento. Si se ha dictado sentencia condenatoria, los plazos podrán prorrogarse por seis meses más. Vencidos esos plazos, no se podrá acordar una nueva ampliación al tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga, o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia, casos en los que la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

La sala o el tribunal de casación penal, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva más allá de los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

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, se cree que, en muchos casos de plazo excesivo se podría estar frente a una verdadera pena.

Por esta razón resulta preocupante la ampliación que se produce según el nuevo Código Procesal Penal, en los supuestos previstos para el procedimiento de asuntos de tramitación compleja, contenidos en el Artículo 378 inciso a), puesto que el plazo simple de la prisión preventiva, de doce meses, puede prorrogarse hasta por un año más, por el tribunal de casación. Y si se ha dictado sentencia condenatoria, puede prolongarse

por seis meses más. Y en forma excepcional y de oficio, el tribunal superior de casación penal puede aún prorrogarlo por seis meses más, cuando se disponga el reenvío a un nuevo juicio. De modo que la prórroga del plazo de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario, sin contar la facultad excepcional del tribunal superior de casación penal de ampliarla en caso de reenvío y sin tomar en cuenta la posibilidad de que se ordene una ampliación de la prisión preventiva para la realización de un determinado acto, por el tiempo absolutamente necesario que de forma no muy clara contempla el Artículo 258; y también excluyendo las suspensiones al plazo de la prisión preventiva que señala el Artículo 259, suma dieciocho meses que, unidos a los doce meses del plazo simple de la prisión preventiva, da un plazo total de treinta meses, o sea, de dos años y seis meses, de la prisión preventiva en el procedimiento ordinario.

En el caso del procedimiento de tramitación compleja, el plazo simple de la prisión preventiva (que es hasta dieciocho meses en este procedimiento) puede prorrogarse hasta otros dieciocho meses más por el tribunal superior de casación penal, y si se ha dictado sentencia condenatoria puede prolongarse por ocho meses más. O sea, que las prórrogas previstas para la prisión preventiva en este procedimiento especial (sin tomar en cuenta los mismos aspectos que excluimos al sumar las prórrogas de la prisión preventiva del procedimiento ordinario, que también resultarían de aplicación al procedimiento de tramitación compleja, aunque sin ampliaciones), suman veintiséis meses (dos años y dos meses). De modo que, en relación con el procedimiento ordinario, en el procedimiento de tramitación compleja se aumenta la ampliación del plazo de la prórroga de la prisión preventiva en ocho meses más. Y en total el término de la prisión preventiva en este procedimiento especial puede llegar hasta cuarenta y cuatro meses (tres años y ocho meses); sea, catorce meses más que en el procedimiento ordinario.

Lo que evidentemente constituye una grave afectación al derecho a la libertad, de previo a una condenatoria firme.

En materia de revisión, dichosamente se vuelve a los principios que inspiraron la reforma del 93 y se establece en el Artículo 253 lo siguiente:

Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó.

Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda.

Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior.

Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él.²³

²³ Sánchez Romero, Cecilia. La prisión preventiva en un estado de derecho. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/sanch>.

CAPÍTULO III

3. Principios que rigen el ordenamiento jurídico procesal penal guatemalteco

3.1. Orden jurídico

Según Guillermo Cabanellas: “El conjunto de normas que integran el derecho positivo.”

²⁴

Otra definición que da el mismo autor es: “Totalidad de principios leyes y de más fuentes del derecho e instituciones que establecen las libertades y garantías generales del individuo en sus relaciones privadas y publicas”.²⁵

El tratadista Miguel Villatoro Toranzo dice que el derecho positivo es: “conjunto de leyes vigentes, derechos Viviente”.²⁶

De esto se puede extraer que ordenamiento jurídico procesal penal es: el conjunto de normas Jurídicas, principios e instituciones procesales que en materia penal van a regir la conducta de una sociedad políticamente organizada, y que por ende se convierte en uno de los ordenamientos jurídicos internos del Estado y que es una de las leyes de observancia general para todos los habitantes, de un país, sin ninguna distinción.

²⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derechos usual**. Pág. 695

²⁵ **Ibid.** Pág. 695.

²⁶ Villatoro Toranzo, Miguel. **Introducción al estudio de derecho**. Pág. 120.

3.2. Principios procesales

Entre los autores del derecho procesal penal no existe concordancia al respecto de los principios que integran el proceso penal, pero cualquiera que sea la forma de ordenar los principios procesales se puede establecer que viene a ser los postulados esenciales que guían el proceso penal.

Así como lo define el profesor Ramiro Podetti como: “Las directrices o líneas matrices dentro de las cuales han de desarrollar las instituciones del proceso”.²⁷

Los principios procesales son aquellos valores y postulados esenciales que guían el proceso penal, dependiendo del sistema procesal penal que utiliza cada estado. En Guatemala nuestro Código Procesal Penal, sigue el sistema acusatorio.

3.3. Clasificación

1. Equilibrio.
2. Desjudicialización.
3. Concordia.
4. Eficacia.
5. Celeridad.

²⁷ Podetti, Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil**. Pág. 62.

6. Sencillez.
7. Debido proceso.
8. Defensa.
9. Inocencia.
10. Favor rei
11. Favor libertatis
12. Readaptación Social

3.2.1.1. Equilibrio

Principio que esta inspirado en los derechos constitucionales que debe gozar todo ciudadano, de que se respete su dignidad así como lo regula la constitución política de la república de Guatemala en su Artículo 4.

Por su parte Hernando Londoña, Citado por César Barrientos Pellecer, jurista guatemalteco dice: “El hombre, por el solo hecho de ser imputado de la comisión de un delito no pierde los derechos inherentes a toda persona humana”.²⁸

²⁸ Barrientos Pellecer, Cesar. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 72.

3.2.1.2. Desjudicialización

Esta Institución Procesal, conocida también como de economía procesal, consiste en la solución que se le pueda dar a ciertos casos que no producen impacto social, y que no dañan el interés público, logrando con ello que se descongestionen los tribunales con una serie de proceso.

3.2.1.3. Concordia

Principio que se encuentra contemplado en el Código Procesal Penal en los Artículos 25, 26, 27, relacionado con el principio de desjudicialización, cuyo fin va a ser la resolución de casos perseguibles de oficio, y de poca trascendencia.

3.2.1.4. Celeridad

Principio que tiende a evitar la pérdida innecesaria de tiempo o de recursos innecesarios en el proceso, es por ello que se han fijado plazos para la resolución de los procesos.

3.2.1.5. Sencillez

Alberto Binder, jurista argentino, afirma que: “podemos decir que prácticamente no existe juicios penales en América latina, esta formalización se da en tanto en la rigidez de las formas procesales, como en la secuencia absurda”.²⁹

3.2.1.6. Debido proceso

Este principio se refiere a que ninguna persona puede ser procesada sino conforme a las leyes que estén previamente establecidas, y como dice Eugenio Florián “El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más en la forma procesal y ante órgano jurisdiccionales establecidas en la ley”.³⁰

3.2.1.7. Defensa

Principio que se encuentra contemplado en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, en el Artículo 12 así como en el Artículo 20 del Código Procesal Penal. El cual indica: Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

²⁹ Binder, Alberto. **El Ministerio Público para una nueva justicia criminal**. Pág. 81.

³⁰ Florián, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**. Pág. 17.

3.21.8. "Inocencia"

El origen del principio de presunción de inocencia, si bien se puede encontrar antecedentes, el derecho romano especialmente influido por el cristianismo, este se vio invertido por las prácticas inquisitivas de la baja edad media. Así, es sólo en la edad moderna que autores como Hobbes, Montesquieu y Beccaria, por nombrar algunos, reafirman este principio.

De esta manera, Beccaria, en su obra capital *De los Delitos y de las Penas* establece que la presunción de inocencia es un principio necesario, manifestando que: un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida

En el siglo XVIII se transforma uno de los postulados fundamentales que presidieron la reforma liberal ante el sistema represivo que imperaba en la época y es precisamente en 1789 que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano lo sanciona en forma explícita. Como es sabido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano constituye un hito dentro del movimiento iluminista que reaccionó a toda una organización político social totalitaria, que tenía como uno de sus principales instrumentos un modelo de justicia penal represivo, fundado en las pruebas legales y en uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión.

Según la lógica del sistema inquisitivo prerrevolucionario, el acusado no era considerado un simple sospechoso, más bien se le estimaba culpable, al cual le correspondía el deber de destruir las conjeturas de culpabilidad, demostrando su inocencia, esto respondía a que en este modelo de enjuiciamiento se invirtió la máxima *actori incumbit probatio* lo que trajo como consecuencia natural, incluso de carácter personal. Así, la forma inquisitiva de enjuiciamiento criminal de la edad media, fue instrumento eficaz para uno de los postulados de la ideología absolutista, que tuvo su

apogeo a mediados de la edad moderna, la cual era el poder de castigar entre los atributos personales del soberano unido al poder de prisión extra procesal, mediante los cuales el rey o sus representantes disponían arbitrariamente de la libertad de súbditos, sin ningún juicio.

Toda esta discrecionalidad del despotismo, que usó y abusó de sus ilimitados poderes tanto en lo político como en lo judicial, no fue suficiente para detener la creciente delincuencia directamente relacionada con el desarrollo productivo generado por la Revolución Industrial, y la creciente migración de la población rural hacia las ciudades. Se hizo necesaria una reestructuración de la justicia penal, la máxima era: no castigar menos, pero castigar mejor.

La crítica certera al derecho represivo y a todo el sistema político que lo sustentaba, vino de la mano del pensamiento iluminista del siglo XVIII, que a decir de Juan Bustos Ramírez: Se caracterizó por ser racionalista, utilitario y jus naturalista cuyos exponentes más notables fueron Montesquieu, Voltaire y Rousseau, entre otros; intelectuales que crearon el ideario reformista de todo un sistema político-social que avasallaba la persona y los derechos del individuo. Decidida fue la opción de Montesquieu por la protección de los inocentes sin excepción, calidad que tiene todo individuo antes de una condena criminal, postulado en que fundamentó el nexo entre libertad y seguridad del ciudadano escribe: “La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad. Esta seguridad no esta nunca más comprometida que en las acusaciones públicas o privadas. Por consecuencia, de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano”, de modo que se puede afirmar junto con este autor que: cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad.

Por su parte, Voltaire, fue de los más críticos del Derecho Penal de su tiempo y a propósito de la ordenanza criminal francesa de 1670, postuló el juzgamiento por jurados en juicio oral y público; defendió la asistencia judicial por abogado; apoyó el sistema de

íntima convicción en la valoración de la prueba; calificó como irracional la tortura, consecuencia del sistema de prueba legal y abogó por la libertad de defensa.

A su vez en Inglaterra, el utilitarista Jeremías Bentham hizo alusión al estado de inocencia al referirse sobre las cartas selladas, definidas por él como: “Una orden de castigar sin prueba, un hecho contra el cual no hay ley”, tratando el tema de excluir lo arbitrario como medio de precaver los abusos de autoridad.

Por otro lado, sin duda fue Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, el que alcanzó más notoriedad en el examen de las instituciones penales de su época, materiales y procesales, su única obra de los delitos y de las penas, le valió incluso el título de fundador de la ciencia penal moderna. Confeso discípulo de Montesquieu, Beccaria postuló una reforma total en materia penal y procesal penal; observó el encarcelamiento preventivo como una pena anticipada y por ello exigió para su procedencia que la ley estableciera suficientes elementos que fundaran una probabilidad satisfactoria sobre la participación del individuo en el delito que se le acusaba; demandó la separación en los recintos carcelarios entre acusados y convictos fundada en que: un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida, favoreció el juicio por jurados en audiencia oral y pública, atacó el sistema de prueba legal y estuvo por morigerarlo, clasificando las pruebas legales en perfectas e imperfectas.

Beccaria es considerado como un bienaventurado mensajero de las ideas de la reforma cuyo mérito fue escribir sobre la necesidad de reestructurar el sistema penal de la época, tanto material como procesal, obra que por la difusión que alcanzó influyó en la modificación de varias legislaciones penales, finalmente se puede establecer que los pensadores iluministas elevaron el estado de inocencia a un sitial preponderante, consagrándolo como uno de los postulados esenciales de sus ideas reformistas en el marco de la justicia penal, que sustituía el procedimiento inquisitivo, por el de un

proceso acusatorio, público y oral que asegurara la igualdad entre la acusación y la defensa.

- Conceptos y significados de la presunción de inocencia

Luzón Cuesta, citado por Raúl Cárdenas Rioseco señala que: La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano, por una parte, opera en las situaciones extra procesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

La significación de la presunción de inocencia, como expresión concreta representa una actitud emocional de repudio al sistema procesal inquisitivo de la edad media, en el cual el acusado debía comprobar la improcedencia de la imputación de que era objeto.

Los pensadores revolucionarios utilizaron para formular este principio fundamental del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, que tiene un fuerte contenido político en orden a garantizar la libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal, dos vocablos que han sido la causa de la controversia doctrinal respecto de él: así, el primero de ellos, presunción, viene del latín *présopmtion* derivación de *praesumptio-ónis*, que significa idea anterior a toda experiencia.

El segundo vocablo, inocencia, procede del latín *innocens* que significa virtuoso, calidad del alma que no ha cometido pechado algunos juristas perciben al principio de inocencia como un axioma jurídico que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, inherente a la persona, condición de derecho que se tiene frente al *ius puniendi*, la cual es una categoría a priori de la experiencia y que, por tanto, resulta absurdo que sea probada por quien goza de ella, debiendo ser acreditada su pérdida con elementos empíricos y argumentos racionales, por los órganos que ejerzan la

función represiva del Estado, cuando un individuo lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos que la sociedad ha estimado valiosos dignos de protegerlos con la potestad punitiva de aquel.

- “Principio de presunción de inocencia.

El principio de inocencia es un derecho fundamental para la adecuada práctica del derecho penal y su ejecución; es decir, el derecho procesal penal, sería ocioso tratar de hacer un análisis doctrinario de su procedencia, no obstante, el objetivo de este análisis es el de determinar cuan importante puede resultar en su adecuada aplicación.

En su aplicación la presunción de inocencia como una figura procesal y aun un poco más importante, es decir, constitucional, configura la libertad del sujeto sin olvidarnos de los derechos fundamentales consagrados en toda Constitución que le permite ser libre en cuanto por actitudes comprobadas no merezca perder su libertad, como ocurre cuando una persona recibe algún tipo de sanción penal a consecuencia de una conducta adecuada a la tipificación penal, además de haber sido comprobada según el procedimiento vigente para el juicio. La calidad de ser inocente es una figura que sólo le interesa al derecho en su aplicación.

Tomando en cuenta que la aplicación del derecho sólo le atañe al Estado es este quién va a determinar si una persona sigue siendo inocente o no, ya que, sería una aberración decir que alguien es culpable sin que un juez lo determine, y la previa aclaración surge por la necesidad de explicar que muchas veces la sociedad comete errores aberrantes y denigrantes en contra de imputados, quienes son considerados como culpables solamente por la opinión de la conciencia popular, la cual en la mayoría de los casos es sembrada por los medios de comunicación masivos, los cuales al vertir comentarios acerca de asuntos jurídicos cometen el error de indicar que una persona es

culpable, por que es el parecer que ellos tienen y según las conclusiones que ellos sacan, las cuales no tienen obviamente ningún valor jurídico, pero si social en ese entendido, se deduce que el imputado estará sujeto a una condena social sin haber sido condenado jurídicamente, por lo tanto, la persona pese a mantener el Status jurídico de inocencia sufrirá de la condena popular”.³¹

- Fundamento legal del principio de inocencia

El principio de inocencia lo encontramos consagrado en la Constitución Política de la Republica. En su Artículo 14 en donde establece: Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su Artículo 8 inciso 2 toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

A su vez la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su Artículo 11 que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

Y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del H establece, en su Artículo 26 que: Se presume que todo acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

³¹ García Meza, Vivian Pacheco. <http://www.monografias.com/trabajos10/prein.shtml>.

- Consecuencias jurídicas del principio de inocencia

Favor rei: la declaración de culpabilidad en una sentencia, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla a cerca de la existencia del hecho punible y del grado de participación del imputado. Si existiere duda razonable, no se podrá condenar pues esta favorece al imputado.

La carga de la prueba corre a cargo de las partes acusadoras, el imputado no necesita probar su inocencia, pues constituye el estatus jurídico que lo ampara, de tal manera que quien acusa debe destruir completamente esa posición arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible y la responsabilidad del mismo. La carga de la prueba corresponde al Ministerio Público y al querellante.

La reserva de la investigación, como consecuencia del principio de inocencia del imputado y del tratamiento como tal, la investigación debe evitar en lo posible las consecuencias negativas que supone, a ojos de la sociedad, el hecho de ser sometidos a persecución penal.

En esta línea, el Artículo 314 establece: El carácter reservado de las actuaciones y el Artículo 7 de la Ley Orgánica de Ministerio Público, limita el derecho a la información así como el de presentación de imputados ante los medios de comunicación en salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad.

El carácter excepcional de las medidas de coerción: las medidas de coerción limitan el derecho a ser tratado como inocente. Por ello, sólo se justifican cuando exista un real peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad o peligro de fuga.

“En conclusión nadie es culpable si una sentencia no lo declara así tal como lo establece Alberto Binder.

- a. Que solo la sentencia tiene esa virtualidad.
- b. Que el momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: O culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad.
- c. Que la culpabilidad debe ser jurídicamente construida.
- d. Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza.
- e. Que el imputado no tiene que construir su inocencia .
- f. Que el imputado no puede ser tratado como un culpable
- g. Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, que no necesitan ser Probadas”.³²

³² García meza, Vivian pacheco. <http://www.monografias.com/trabajos10/prein.shtml>.

3.2.1.9. Favor Rei o de la Favorabilidad

- Concepto

Garantía que deriva del principio de inocencia en virtud de que el juez o tribunal competente deberán favorecer al imputado cuando exista duda o bien si en sentencia no se han recabado los elementos suficientes para poder probar la culpabilidad de este, en este caso deberá fallar en favor del imputado.

Giusseppe bettiol, señala que “el principio favor rei conocido más en nuestro medio como In Dubio Pro Reo, es básico de toda la legislación procesal y que no puede haber estado auténticamente libre y democrático si no acoge este postulado”.³³

Principio que en nuestra legislación se encuentra contemplado en el Artículo 14 último párrafo del Código Procesal Penal principio que a su vez atrae al principio de retroactividad en cuanto favorezca al reo.

3.2.1.10. Favor libertatis

Hernando Londoño cita algunos de los calificativos que algunos juristas le han llamado al auto de prisión, así: “Rafael Carrera lo llamo: La lepra del Proceso Penal Concepción Arenal sostuvo que era una mancha en la honra de una persona sin que se le haya

³³ Bettiol, Giusseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal penal.** Pág. 262.

probado culpabilidad; y carnal utti afirmó que era una medida muy grave a la que sólo debe recurrir el juez con suma precaución”.³⁴

El principio de favor libertatis tiene por objeto la aplicación de la prisión preventiva sólo a aquellos delitos de mayor gravedad, que por sus características puedan determinarse la peligrosidad del sindicado en consecuencia se esperaría que este pueda evadir la justicia o bien pueda obstaculizar la investigación para lograr determinar la verdad.

3.2.1.11. Readaptación Social

La Constitución Política de la Republica de Guatemala y la Convención Americana sobre Derechos Humanos coinciden en señalar: Que la finalidad de aplicar penas privativas de libertad a los delincuentes, es para reformar la conducta de estos, reeducarlos y que sean personas útiles y productivas para la sociedad.

³⁴ Londoño Jiménez, Hernando. **Derecho procesal penal**. Pág. 211.

CAPÍTULO IV

4. Presentación y discusión de resultados

En Guatemala, como se explico en capítulos anteriores existe una legislación la cual regula el procedimiento que debe seguir todo juez para poder dictar auto de prisión, el cual únicamente tiene la función de determinar si existe peligro de fuga o de obstaculización de la verdad, más no si es o no culpable ya que esto se comprobara con el debido proceso que se le llevara al sindicado.

La prisión preventiva, es una medida que sólo trata de asegurar la presencia del sindicado en el proceso y se le dictará si concurren los motivos racionales suficientes o de que ha existido información de que el sujeto pudo haber cometido el delito.

El papel que juega el juez es de suma importancia, ya que es el único que por mandato constitucional, quien puede dicta esta medida; ya que lo debe realizar en base a un juicio de valor, pues como se sabe en la mayor parte de casos, con la sola prevención policial el juez procede a dictar auto de prisión, ya que se ve obligado a aplicar esta medida en base a los antecedentes que posee el sujeto ya que como se observa en el Código Procesal Penal específicamente en el Artículo 264 4to párrafo, es claro al indicar que no puede dictarse medidas sustitutivas a los delitos que contempla esta norma y muchas veces el sujeto es reincidente o delincuente habitual y aunque no se tenga la certeza de que este haya sido quien cometió el delito se debe aplicar prisión preventiva ya que la ley así lo manda.

Además, a los sujetos a los cuales se les ha dictado auto de prisión, cómo se pudo verificar, pasan más tiempo que el estipulado en la ley; haciendo que en los centros preventivos haya demasiada sobrepoblación y los sujetos habiten en situaciones denigrantes. Debería exigirse que el Ministerio público concluya con la etapa preparatoria en el plazo de 3 meses que indica la ley, en el caso de que se haya dictado prisión, para no hacer demasiado larga la estadía de estas personas dentro de los centros preventivos.

El plazo de la prisión preventiva es un tema que se ha tratado en varias ocasiones por diferentes autores, pero hasta la fecha no existido mayores cambios aunque se trate de disfrazar, creando nuevas normas que lo regulen la realidad es otra.

Si la estadía de estas personas dentro de los centros preventivos, fuese de beneficio y estos salieran siendo mejores personas, sería justificable que se les tuviera por más tiempo en prisión; pero la verdad es que en estas instituciones no tratan de rehabilitar al sindicado, esta tarea corresponde a los jueces de ejecución, quienes serán los encargados de velar porque se cumplan las condenas y la rehabilitación de los reclusos, pero que se puede esperar si en estos lugares tienen a personas a las cuales ya se les ha dictado condena e incluso se les considera de alta peligrosidad estén relacionadas con sujetos a los cuales de conformidad con la ley se les debe de considerar inocentes mientras no se haya probado su culpabilidad. No se puede decir que a un sujeto detenido se le considere inocente, ya que se supone que son personas a las cuales se les ha privado su libertad y que sólo se ha dictado esta medida por suponer que existe peligro de fuga y que deben estar en un lugar distinto al de los condenados, que hacen entonces en el mismo lugar, si pudo comprobarse que en realidad conviven a diario en prisión.

A las personas que se les dicta auto de prisión, cuya finalidad se esperaría que fuera sólo para asegurar la presencia del sindicado en el proceso, pero en Guatemala se condena al inocente y no al culpable ya que a los sujetos que verdaderamente cometen los delitos, salen en libertad a los pocos días de ser detenidos, mientras que las personas que probablemente son inocentes se les deja mas tiempo en prisión. Y que pasa con estos sujetos a los cuales no se les sanciona como debería de ser, salen peor de cómo estaban, o bien siendo todos unos resentidos sociales.

Y por qué se dice resentidos sociales. Porque así como se llevó a cabo entrevistas dentro del Centro Preventivo para Hombre de la zona 18, también se entrevistaron a personas que habían estado privados de su libertad, pero que actualmente se encuentran libres, los cuales indicaron cual es la realidad. Ellos indicaron, que es difícil que alguien después de estar en prisión salga siendo mejor, ya que cuando se esta dentro de una cárcel no se les tiene ninguna consideración, ya que como uno de ellos indico, en Guatemala no se castiga el delito sino la pobreza, porque quien posee los recursos económicos suficientes puede llevar una buena estadía, pero quien no los posee tiene que conformarse.

También indicaron: Que cuando hay sobrepoblación, tienen que ver cómo se acomodan para poder dormir en una misma cama, si es que se le puede llamar de esa manera, ya que no brinda ninguna comodidad, y si no es posible dormir en ellas tienen que quedarse en los pasillos.

Cómo pretenden las autoridades que un sujeto, no vuelva a delinquir si dentro de prisión se les esta enseñando que ellos son y seguirán siendo delincuentes, violando con ello sus derechos, por carecer de solvencia económica.

A continuación, se presenta los principios que consideramos son los más vulnerados al momento de dictar prisión preventiva, ya que al comenzar la investigación, se inició recabando doctrina de otros autores, tanto nacionales, cómo internacionales y no solo se trato de recopilar definiciones de cada uno de ellos sino más bien se quiso introducir comentarios para poder determinar de una mejor forma los principales violaciones o contradicciones que se dan.

Primero tenemos el principio de inocencia, que cómo se ha ido mencionando a lo largo de la investigación, tanto en Guatemala como en otras legislaciones; se coincide en que es uno de los más vulnerados al momento de dictar prisión preventiva, ya que por un lado la ley suprema de nuestro ordenamiento jurídico, norma este principio en su Artículo 14 y aunque es claro al decir que toda persona es inocente mientras no se le haya probado su culpabilidad, se esperaría entonces que así se aplicara, más al ordenar prisión a un sujeto que no se ha probado que es culpable, se daña gravemente, ya que con las declaraciones que se recibieron de los reclusos, se ve que con solo presentar la prevención policial el juez procedió a ordenarles auto de prisión, pero cómo se indico en párrafos anteriores el juez sigue una normativa que esta previamente establecida, esto viene a ser muy contradictorio, ya que se le debe de considerar inocente a una persona hasta no probar que este ha cometido el delito, pero en realidad no se respeta, ya que se le dicta esta medida a una persona por el hecho de encuadrarse en los delitos que el Código Procesal Penal estableció como excarcelables, haciendo que desde el momento en que se dicta prisión, aunque no parezca de esta manera; se le consideré culpable aunque no se le haya dictado condena, pero al restringirle su libertad también se le afecta ante una sociedad que no perdona, ya que la situación delincencial en que vivimos es cada día peor, por lo que no se trata de defender a las personas detenidas, sino se trata de hacer conciencia a las personas al frente de la justicia, ya que se dan casos en que algunos agentes policiales detienen a personas inocentes y deja en libertad a los verdaderos responsables.

Es desde esta perspectiva que se puede decir que se viola la inocencia del sindicado.

Otro de los Principios que viola esta medida, es el principio de favor rei o de la Favorabilidad que viene a ser complemento al principio de inocencia.

Porque se viola este principio; porque como se indicó la ley procesal ya tiene contemplado a que delitos no se les puede aplicar medidas sustitutivas, entonces obliga a que el juzgador aplique prisión de inmediato, ya que no se encuadraría en otra medida por ser prohibida por la misma ley. Por lo que se esperaría que la prevención policial cumpliera con todos los requisitos para no caer en injusticias, al restringirle la libertad ambulatoria de la persona sindicada.

Otro de los puntos que sigue afectándose en la actualidad es, el plazo de la prisión, ya que al establecerse que la Corte Suprema de Justicia podrá prorrogar los plazos de la prisión preventiva cuantas veces sea necesario, se esta negando entonces la excepcionalidad que se propugna.

El Código Procesal penal guatemalteco, por una parte favorece la libertad del sindicado desde su inicio ya que le da el carácter de excepcional y proporcional. Entonces en virtud a esto podemos ver que debe ser en forma restrictiva.

Pero al llevarse a cabo las entrevistas, se pudo determinar, como este postulado no se cumple ya que la misma norma deja un marco demasiado amplia para que el juzgador pueda actuar.

Es o no la prisión preventiva una pena anticipada como lo señalan otros autores, es evidente que si lo es, ya que al momento de dictar esta medida; con el solo hecho de restringirle su libertad se le esta sancionando de una vez, sin que este pueda hacer nada al respecto.

Entonces el principio de defensa en ningún momento se aplica, como entonces puede estar contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala y establecer que nadie puede ser condenado ni privado de sus derechos sin que antes se haya citado oído y vencido en proceso legal.

Cómo puede decir la corte de constitucionalidad, que no es una pena anticipada si desde el momento en que se priva al sujeto de libertad sin que este pueda defenderse se le esta privando de sus derechos. Derechos que vienen a verse afectados cuando la persona esta dentro de los centros preventivos, ya que algunos de los reclusos prefieren estar en los gallineros, que en el sector donde se encuentran, ya que en estos lugares existen grupos organizados, que cuentan con poder y mando para tratar a los reos como se le antoje, entonces que derechos puede defender una persona en esta situación, que aunque, en todo el proceso trate de defenderse, los pierde desde el momento que pisa ese lugar.

En Guatemala, el Estado debe velar porque en los centros destinados para estos sujetos a los que solamente se les va a privar de su libertad ambulatoria, con el objeto

de asegurar la presencia en el proceso, se les trate con dignidad dentro de los mismos, ya que como bien lo hemos recalado no son condenados sino personas a las cuales aun debe tratárseles como inocente, y no como en la actualidad, ya que se les esta dando un trato de condenados al convivir con personas que se supone debieran estar en otros centros carcelarios, incluso de máxima seguridad por tratarse de delincuentes de alto grado de peligrosidad.

“La prisión preventiva pertenece a una esfera diferente de la normativa constitucional parte de su excepcionalidad. Es el no derecho, la negación del derecho. La ilegalidad. Su problemática, tomando palabras

Giorgio Agamben, se sitúa en una esfera de acción en sí misma extrajurídica, cuya consecuencia será la de sustraer a la persona por completo del derecho

Sin embargo, su institucionalización en un principio tal vez excepcional, ha terminado por cristalizarse en las prácticas cotidianas del poder judicial. Es decir, ha devenido en regla. A tal punto ello es así, que la población de encerrados bajo su rúbrica excede groseramente a aquella de presos con condenas legales. Dato alarmante que tiene una Explicación más bien política que jurídica el Estado de excepción en el sistema punitivo surge tras una emergencia (de seguridad), que reclama cambios inmediatos a nivel jurídico-legal o, incluso, puramente administrativo, contrarios al orden jurídico-constitucional una excepción a la normativa de rango superior. Ello con un fin concreto e inminente: lograr una mayor efectividad en la praxis del sistema punitivo en su lucha (armada) contra la delincuencia. Se altera el principio de la última ratio de la violencia legítima del Estado, transformándose ésta en la primera y única salida para el problema de la inseguridad. La excepción del sistema penal se expande y se transformar en regla.

Esto no es novedoso. Luigi Ferrajoli se refiere a una cultura de la emergencia, una práctica de la excepción, responsable de una involución de nuestro ordenamiento punitivo. Lo cual no es más que la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, típicos de la actividad de policía. La excepcionalidad marca la justificación política del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal, lo cual establece la idea de la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho. Y más adelante agrega: La excepción ha desbancado a la regla, contagiando con sus esquemas sustancialistas y subjetivistas todo el sistema de nuestra justicia penal.

Según Agamben, el estado de excepción cumple una función política de gran relevancia para los gobiernos democráticos contemporáneos, a tal punto que se presentan cada vez más como un paradigma y como una técnica de gobierno. En su versión totalitaria, el estado de excepción instaura una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político.

Estas técnicas, lejos de ser medidas excepcionales, dejan en evidencia su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico. Pues, como explica Ferrajoli, la idea de razón de estado que le da fundamento al estado de excepción, nace con el estado y la política moderna y con su proceso de secularización, y está conectada con la doctrina de la soberanía del estado como suprema potestad que tiene en sí misma y no en otra sede su principio de legitimación

Según Ferrajoli y en igual sentido Agamben: La excepción en el derecho penal se plantea como un estado de necesidad de la razón de estado, fundado en una

legitimación inmediatamente política y pragmática, careciendo, por ende, de una legitimación jurídica en base a las reglas del estado de derecho.

En tal sentido, las medidas de excepción, enraizadas en la práctica, generan poderes y centros de poderes no dispuestos a normalizarse y, sobre todo, una incultura policial informada preferentemente por los valores pragmáticos de la seguridad y la eficacia.

Podemos observar aquí cómo se encuentran íntimamente relacionados el control de los peligros y el estado de excepción. Mejor dicho, forman parte de un mismo dispositivo, el cual se sitúa, como dice Agamben, en el límite entre la política y el derecho. Los peligros, representados en los no-integrables al sistema políticos (Agamben), en la Underclass (Feeley y Simon), en los expulsados de la red de servicios, o sea los ingobernables o intratables (Pich y de Marinis), conlleva en su esencia una imprevisibilidad que reclama control o eliminación física. Es decir, se plantea una emergencia que reclama una excepcionalidad a los derechos y garantías constitucionales.

El estado de excepción se articula con la noción foucaultiana de biopolítica la excepción es en realidad la estructura originaria que fundada origen y fundamento a la biopolítica moderna: esto es, a la política que incluye a la vida natural dentro de los cálculos del poder estatal. Emergencia de la seguridad, excepción del sistema penal y rearme purificado de la policía, es sinónimo de efectividad en la aplicación del poder punitivo del Estado, de acción sin una preocupación por la legalidad (derecho constitucional) de dicha acción efectiva.

Según Ferrajoli, la emergencia de la razón de estado intervine para condicionar las formas de la justicia o, peor, para orientar un concreto proceso penal, entonces ya no

existe jurisdicción sino otra cosa: arbitrio policial, represión policial, regresión neoabsolutista del estado a formas premodernas. En similar sentido, según Castel, la aspiración del hombre moderno a la seguridad absoluta abre la vía a la omnipotencia de los policías. En este sentido, la demanda de seguridad se traduce de inmediato en una demanda de autoridad (políticas de tolerancia cero), lo cual, por cierto, si queda librada a sus propios impulsos, puede amenazar la propia democracia.

Se podría afirmar que la prisión preventiva es una de las instituciones funcionales por excelencia del estado de excepción, puesto que hace efectiva la regulación de emergencia totalmente libre de estorbos garantistas: las llamadas medidas de prevención, de seguridad, cautelares, o de policía, instaurándose con ello un sistema punitivo paralelo al ordinario: un derecho penal y procesal administrativo, inferior o incluso no derecho.

En razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido la prisión preventiva fruto de transformaciones a nivel de leyes aprobadas en los años de la emergencia y dirigidas a hacer de la prisión preventiva una medida cada vez menos excepcional y cada vez más automática se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en mecanismos directamente punitivos, con rasgo inconfundiblemente policial, cuyos motivos de captura develan el carácter de medida de prevención y de defensa social”³⁵

³⁵ Van Den Dooren, Sebastián. Ensayo político sobre la prisión preventiva. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.Php?id>.

Se concluye diciendo: Que el privar de la libertad de locomoción a un sujeto siempre va ha ser una sanción muy severa y máxime si resulta ser inocente, ya que en nuestro país la justicia en muchos casos no se aplica como debiera ser, ya sea, por el factor económico o por que las mismas autoridades aplican mal la norma; haciendo con ello que las personas sean las afectadas, cosa que debe de tomarse en cuenta ya que son seres humanos, que cómo se indico puedan no haber cometido el delito o incluso si lo hubieran realizado merecen que se les trate como tales, dentro de los centros preventivos, donde quedaran recluidos y si fuere el caso, que se les deba de llevar un juicio a los sindicatos, y la autoridad a la que le corresponda concluir con la investigación no lo hace en el tiempo estipulado, también deben de ordenar lo que corresponda para que el imputado, no pase demasiado tiempo en prisión sin justa causa; ya que con ello la sobrepoblación es demasiada, y las personas que se encuentran en estos centros, vivan en malas condiciones.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala, en varias ocasiones, al momento de detener a un sujeto, violan sus derechos y garantías constitucionales que las leyes le otorgan, ya que provocan en el supuesto delincuente, daños físicos, morales y psicológicos.
2. La prevención policial no es un documento confiable, ya que puede contener declaraciones no válidas, que favorecen a delincuentes; o, incluso, perjudican a personas que no han tenido participación en el hecho delictivo.
3. El Ministerio Público hace que la prisión preventiva sea de mucho perjuicio para los sindicados; ya que, aun teniendo un plazo estipulado para concluir la investigación, hacen que esto se prolongue por más tiempo, incluso genera gastos innecesarios para el Estado.
4. La sobrepoblación en los centros preventivos, es un flagelo que las autoridades, a la fecha, no han podido solucionar; ya que las personas que se encuentran en prisión, habitan en situaciones denigrantes..
5. Pocos defensores utilizan el Hábeas Corpus, pues los que están guardando prisión, sufren constantemente de malos tratos, haciendo que el sujeto sea más violento.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Ministerio de Gobernación capacite a los agentes policiales, para que cuando se encuentren en el ejercicio de su cargo, respeten los derechos del sindicado y no sean tratados inhumanamente.
2. La policía, al momento de redactar la prevención policial, debe plasmar lo que le consta y no hacer suposiciones del sujeto detenido; ya que esto viene a ser de mucha importancia para que el juez realice, de una forma más efectiva, su labor de juzgar.
3. En cuanto a la cesación del encarcelamiento, debe tomarse en cuenta que al Estado no le favorece que una persona se encuentre en prisión más del tiempo estipulado; ya que, resulta demasiado oneroso; por lo que deberían agilizar aquellos casos en los cuales ya no es procedente que se encuentren detenidos.
4. El Estado, por conducto de la Dirección General del Sistema Penitenciario y con carácter urgente, debe implementar una política en la cual se mejoren las condiciones en que los sujetos detenidos se encuentran, ya que son personas que de conformidad con la ley son inocentes y, por ende, tiene que respetarse su integridad física.
5. Los encargados del Sistema Penitenciario, deben velar para que en los centros preventivos no se les trate mal a los sindicados; ya que, en caso contrario, tienen que pedir de forma inmediata la exhibición personal.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. 1º ed, Guatemala, Editorial Magda Terra; mayo de 1995.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal penal**. (s.e); España: Editorial Boch, 1997.

BINDER, Alberto. **El Ministerio Público para una nueva justicia criminal**. (s.e.); Santiago de Chile: Editorial Gráficas Csals, 1994.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derechos usual**. Tomo I; catorceava ed.; Buenos Aires, Argentina: Editorial Heleasta, 1979.

CARNELUTTI, Francesco. **Principios del proceso penal**. ed.; Jurídicas Europa-América Buenos Aires Argentina: (s.E), 1971.

DE LEON VELASCO, Héctor Aníbal y otros. **Manual de derecho penal guatemalteco parte general**. (s.e.), Guatemala: Editorial Impresos Industriales S.A, 2001.

GIALDINO, Rolando. La enciclopedia libre Wikipedia/en línea. [Httpwww.caipjpe/guía/g-prisi.htm](http://www.caipjpe/guía/g-prisi.htm). 16 de noviembre de 2007.

FERRAJOLLI. **Derecho y razón**. (s.e.); Madrid, España: Editorial Trotta, 1995,

FLORIÁN, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**. (s.e); Barcelona, España: Editorial Bosch, (s.f.)

GARCÍA MEZA, Vivian pacheco. <http://www.monografias.com/trabajos10/prein.shtml>. 16 de noviembre de 2007.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. (s.e.); (s.l.i): Editorial José de Pineda Ibarra. (s.f.)

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. **Derecho procesal penal.** (s.e.); Colombia: Editorial Themis, 1982.

PODETTI, Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil.** (s.e.); Buenos Aires Argentina: (s.E), (s.f.).

RUIZ CASTILLO DE JUAREZ, Crista. **Historia del derecho. Guatemala.** (s.e.); Guatemala: Editorial universitaria, 1995.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. **La prisión preventiva en un estado de derecho.** <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/sanch14>. 16 de noviembre de 2007

VAN DEN DOOREN, Sebastián. **Ensayo político sobre la prisión preventiva.** [http://www.de Rechopenalonline.com/derecho.Php?id](http://www.deRechopenalonline.com/derecho.Php?id). 16 de noviembre de 2007.

VARIOS AUTORES. **Manual del fiscal.** 2º ed.; Guatemala: Publicado por Programa de Naciones Unidas para el desarrollo., febrero 2001.

VILLATORO TORANZO, Miguel. **Introducción al estudio de derecho.** (s.e.); México D.F: Editorial Porrúa S.A, (s.f.).

Legislación

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

Convención Americana de Derechos humanos. (Pacto de San José de Costa Rica) Decreto 6-78.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92