

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

**LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRÓRROGA DE ENCARCELAMIENTO,
LÍMITES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O CULPABILIDAD**

NELSON ESTUARDO ZARAT LLAMAS

GUATEMALA, septiembre 2009

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

**LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRÓRROGA DE ENCARCELAMIENTO,
LÍMITES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O CULPABILIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NELSON ESTUARDO ZARAT LLAMAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre 2009.

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase

Presidente: Lic. Ronaldo Sandoval Alvarado
Secretario: Lic. Ronald Ortiz Orantes
Vocal: Lic. Byron Oswaldo de la Cruz López

Segunda fase

Presidente: Lic. David Sentés Luna
Secretario: Lic. Héctor Manfredo Maldonado
Vocal: Lic. Ronaldo Sandoval Alvarado

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

OFICINA JURIDICA MACZ Y ASOCIADOS

Licenciado Carlos Humberto Macz Ché
Abogado y Notario
2av. 14-36 zona 1 ciudad de Guatemala
Teléfono 52877949 y 54440293

Guatemala, 02 de marzo de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

En atención al artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público, el cual establece "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos, si fueran necesarios, la constitución científica de la misma, conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"; y al nombramiento de fecha 13 de enero de 2009, donde se me nombra Asesor de Tesis del Bachiller Nelson Estuardo Zarat Llamas quien se identifica con carné estudiantil 1993-18687, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado "LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRÒRROGA DE ENCARCELAMIENTO, LÍMITES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O CULPABILIDAD". De esta cuenta habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Recibiendo el nombramiento como asesor, establecí comunicación con el Bachiller Nelson Estuardo Zarat Llamas, con quien procedí a asesorar el plan de investigación y tesis, los que se encuentran congruentes con el tema a investigar, logrando consenso con el ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarla, a la vez, le indique, no modificar el tema, dejándolo como originalmente se aprobó en su momento.

Contenido científico de la tesis: El estudiante incluyo en la presente investigación temas de sumo valor en materia penal y Procesal Penal, orientado desde un punto de vista jurídico – social, por ser un tema fundamental y de aplicación diaria como lo es la prisión preventiva y la presunción de inocencia como garantía constitucional.

Contenido técnico de la tesis: Considero a la presente investigación, una investigación práctica que aporta en su contenido, temas de sumo interés, para estudiosos del Derecho en materia Penal y Procesal Penal, como para juristas que ejecutan su labor en las distintas instituciones que aplican la justicia en este país.

La metodología y técnicas de investigación utilizadas: En la presente investigación se utilizó el método deductivo e inductivo, analítico y sintético, así como la observación científica externa e indirecta, la comparación así como la técnica de las fichas para plasmar la información recolectada, para una mejor comprensión de los sub-temas tratados.

La redacción: La investigación esta plasmada en un orden lógico y en un lenguaje apropiado para su fácil comprensión.

Bibliografía: La documentación bibliografica como los son los textos utilizados son de autores reconocidos en las materias que nos ocupan y especialmente en el tema de la presente investigación.



Licenciado
Carlos Humberto Macz Ché
ABOGADO Y NOTARIO

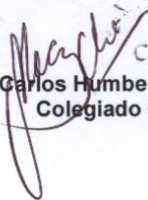
“OFICINA JURIDICA MACZ Y ASOCIADOS”

Licenciado Carlos Humberto Macz Ché
Abogado y Notario
2av. 14-36 zona 1 ciudad de Guatemala
Teléfono 52877949 y 54440293



Conclusiones y recomendaciones:

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, el Bachiller Nelson Estuardo Zarat Llamas, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas, que comprende el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando el ponente un lenguaje altamente técnico, acorde al tema desarrollado; y haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnica de investigación utilizada, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema, por lo que estimo de mi parte que se debe emitir un dictamen favorable. En consecuencia, emito **dictamen favorable**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos como lo establece el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público, para ser discutido en el examen público, Previo dictamen del señor Revisor.
Atentamente,


Licenciado
Carlos Humberto Macz Ché
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Humberto Macz Ché
Colegiado 6,503

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES


Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NELSON ESTUARDO ZARAT LLAMAS, Intitulado: "LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRÓRROGA DE ENCARCELAMIENTO, LÍMITES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O CULPABILIDAD".

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


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

cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

Licda. Blanca Elena Beteta Sologaitoa
6 calle 4-32 zona 1 de Mixco
Tel. 24387175



La Villa de Mixco 13 de abril de 2009.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

De conformidad con el nombramiento emitido en fecha diez de marzo de dos mil nueve, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y fondo en el trabajo de investigación del Bachiller NELSON ESTUARDO ZARAT LLAMAS, titulado "LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRÓRROGA DE ENCARCELAMIENTO, LÍMITES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O CULPABILIDAD", procedí de la siguiente manera:

Al realizar la revisión sugerí, conservar el tema como se había aprobado, además de correcciones que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado.

La estructura formal de la tesis compuesta por seis capítulos, se realizó en una secuencia ideal para el buen entendimiento de la misma.

Atendiendo al Normativo para la Elaboración de Tesis, de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en relación a los extremos indicados en el Artículo 32 se establece lo siguiente:

- **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia penal, enfocado desde un punto de vista jurídico – social, por ser un tema medular, la prisión preventiva y la presunción de inocencia como garantía constitucional. Considero la presente, una investigación técnicamente realizada que aporta no solo a la facultad de Derecho, sino para las instituciones que se interrelacionan en la aplicación de Justicia, un valioso contenido en materia procesal penal y de derechos humanos.
- **La metodología y técnicas de investigación utilizadas:** Para el efecto la presente investigación tiene como base el método deductivo e inductivo, analítico y sintético. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo de tesis las siguientes: la observación como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose el sustentante para obtener el mayor número de datos. La observación científica indirecta obteniendo con ella, un objetivo claro,

LICENCIADA
BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA
ABOGADO Y NOTARIO

Licda. Blanca Elena Beteta Sologaitoa
6 calle 4-32 zona 1 de Mixco
Tel. 24387175

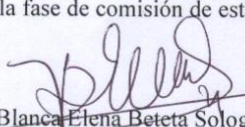


definido y preciso. El fichaje en el cual registró los datos más importantes objeto de la investigación.

- **La redacción:** La estructura formal de la tesis compuesta por seis capítulos se realizó en una secuencia ideal, empezando con temas que llevan al lector poco a poco al desarrollo del tema central para el buen entendimiento de la mismo.
- **Constitución científica:** el presente trabajo en su desarrollo, se construye como un aporte técnico científico, que ha cumplido con todos el procedimiento del método científico.
- **Conclusiones y recomendaciones:** las mismas obedecen a una realidad procesal y son acordes a la investigación realizada y específicamente a lo que nos ocupa, la conclusión a la que arribo en dicha investigación, es precisamente que la presunción de inocencia es el lineamiento Constitucional más claro que recibe una persona que se involucra en un proceso penal, por este motivo no debe ser la prisión preventiva un presupuesto general sino una excepción. Así mismo como una recomendación primordial esta precisamente, hacer conciencia a nuestros juzgadores a adoptar criterios interpretativos acordes a los principios filosóficos y político criminales que inspiran nuestro ordenamiento procesal penal tanto para impedir que la prisión preventiva se utilice como adelanto de la pena, como para resguardar los derechos fundamentales de las personas jurídicamente consideradas inocentes, en el marco de un garantismo pleno.
- **Bibliografía:** los textos utilizados que sirvieron de base en el desarrollo de la investigación son de autores reconocidos a nivel nacional, constituyendo bibliografía de reciente publicación y de ultima generación, tales como Barrientos Pellicer, Bovino, Cafferata Nores, Carranza, Cuello Calon, Maier, Zaffaroni entre otros, además de la legislación nacional y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por lo que informo que usted que apruebo ampliamente la investigación realizada, por lo que con respecto al trabajo realizado por el sustentante, Bachiller NELSON ESTUARDO ZARAT LLAMAS, **EMITO DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero un tema importante que aporta un esfuerzo humano apreciable.

Por lo anterior considero que el mismo debe ser discutido en el examen correspondiente y solicito pase a la fase de comisión de estilo para que se emita la orden de impresión respectiva.


Licda. Blanca Elena Beteta Sologaitoa
Abogada y Notaria, Revisora de Tesis
Colegiada numero 5,347.

LICENCIADA
BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de julio del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante NELSON ESTUARDO ZARAT LLAMAS, Titulado LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRORROGA DE ENCARCELAMIENTO, LÍMITES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA O CULPABILIDAD. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/mbbm



DEDICATORIA

- A JEHOVÀ DIOS:** Creador de todo lo que existe, por permitir este momento especial en mi vida y bendecir mi camino en todo momento para llegar a compartir una meta tan especial con mis seres queridos.
- A MIS PADRES:** Reginaldo Zarat Tzun y Maria Guadalupe Llamas Salazar, por el ejemplo de trabajo y dedicación que me Inculcaron.
- A MI ESPOSA:** Natividad Díaz Pineda, gracias por todo su amor, al compartir conmigo los momentos más felices y tristes de nuestras vidas; y ser la persona que incondicionalmente más me ha apoyado.
- A MIS HIJOS:** Gerber Estuardo, Aziel Ernesto Alejandro, Lenin Albin, Mizael y Cely Yassmin, que son la razón de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Fredy Baldomero, Juan José, Gerson Steve, Orfa Marleny, Betzaida Arely, Emilza Jocabed, Yeimi Eunice e Ilse Merari, con mucho cariño.
- A MI SOBRINO:** Manuel Alejandro Díaz, gracias por su apoyo.
- A LA LICENCIADA:** Blanca Elena Beteta Sologaistoa, por todo el apoyo Incondicional que me ha brindado.
- AL LICENCIADO:** Carlos Humberto Macz Che, gracias por su sabias enseñanzas.
- AL LICENCIADO:** Luís Emilio Vásquez Corado, por la calidad de persona y amigo que es.
- A MIS AMIGOS:** Marco Antonio Ramos Ruano, Guillermo Franco, Haroldo López, Alberto López, Pablo Hernández, Lic. Elmer Espina, Lic. Freedyn Waldemar, Lic Pablo, Morales, William Díaz y demás compañeros del Instituto de la Defensa Pública Penal de la sede de Mixco.

A MI CASA DE ESTUDIOS: Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito.....	1
1.1. Delito.....	1
1.2. Acción.....	2
1.3. La tipicidad.....	4
1.4. Antijuridicidad.....	8
1.5. Culpabilidad.....	11
1.6. El sujeto activo en el delito	12
1.7. El sujeto pasivo en el delito.....	12
1.8. Diferencia entre objeto material y objeto jurídico del delito.....	13
1.9. Los delitos atendiendo por el daño que causan.....	14
1.10. Los delitos en cuanto a su duración.....	15
1.11. Por la forma de la persecución del delito.....	16

CAPÍTULO II

2. Aspectos generales de la prisión preventiva.....	19
2.1. Derechos fundamentales y prisión preventiva.....	21
2.2. El aumento de la delincuencia y su tratamiento en un régimen democrático.....	24
2.3. Cárcel.....	27
2.4. Prisión.....	28
2.5. Diferencia entre cárcel y prisión.....	29

CAPÍTULO III

3.	Presupuestos para ordenar la prisión preventiva y solicitar la prórroga de encarcelamiento.....	31
3.1.	Probable responsabilidad del imputado.....	33
3.2.	Peligro de fuga.....	35
3.3.	Peligro de obstaculización.....	38
3.4.	Peligro de reiteración delictiva sistema penitenciario.....	41

CAPÍTULO IV

4.	Límites de la prisión preventiva y la solicitud de la prórroga de encarcelamiento.....	45
4.1.	Presunción de inocencia.....	46
4.2.	Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso.....	48
4.3.	Presunción de inocencia como garantía procesal.....	49
4.4.	Leyes que violan la garantía a la presunción de inocencia.....	52
4.5.	La presunción de culpabilidad, un mal costumbrista o un mal deliberado.....	54

CAPÍTULO V

5.	Presunción de culpabilidad el proceso penal guatemalteco y su contraposición trato de inocencia.....	57
5.1.	Definición.....	57
5.2.	Bases de su utilización.....	59
5.2.1	La imputabilidad disminuida.....	67

CAPÍTULO VI

6.	La prisión preventiva y la prórroga de encarcelamiento límites a la Presunción de inocencia o culpabilidad.....	69
6.1.	Disposiciones normativas.....	69
6.1.1.	Derecho comparado (Costa Rica).....	75
6.2.	Duración y control en el Código Procesal Penal guatemalteco.....	77
6.3.	Uso real de la prisión preventiva.....	79
	CONCLUSIONES.....	83
	RECOMENDACIONES.....	85

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se desarrolla pensando en los suplicios que tiene que sufrir una persona que es aprehendida por la Policía Nacional Civil, ya sea por cometer un delito flagrante, por orden de Juez o porque sencillamente el señor agente de la autoridad colocó una pequeña cantidad de droga en los bolsillos de dicha persona, para tener pretexto para poderlo consignar ante el órgano jurisdiccional competente.

Desde este momento (la aprehensión), comienza una serie de plazos los cuales inician con la Policía Nacional Civil, quien tiene 6 horas para consignarlo ante juez penal competente, quien a su vez tiene dieciocho horas para hacerle saber el motivo de detención y a su vez para tomarle su primera declaración.

Desde que el juez penal le dicta a una persona auto de prisión preventiva y procesamiento, el Ministerio Público tiene legalmente 3 meses para el inicio y término de la investigación y con ello llegar a la averiguación de la verdad.

Tomando como un ejemplo a seguir por parte de los órganos encargados de impartir justicia en Guatemala no es posible fijar judicialmente en abstracto un término para el plazo máximo razonable de duración de la prisión preventiva, siendo de incumbencia de los jueces su determinación en cada caso particular. En tal determinación corresponde tener en cuenta que, cuando no medie complejidad en las causas, la prisión preventiva no puede durar más allá de un plazo razonable hasta la sentencia no firme del juicio oral, sin computarse en dicho término el tiempo insumido por el diligenciamiento de prueba fuera de la jurisdicción, los incidentes, los recursos, o mientras el Tribunal no esté integrado he aquí la situación lamentable que después de transcurrido el plazo de investigación, mas la etapa intermedia aunado con los plazos para llegar a debate el sindicado debe soportar la carga de trabajo de los tribunales esperar en algunos casos más de tres meses para realizar el debate oral teniendo los jueces como salida práctica a este lamentable hecho, la solicitud de la prórroga de encarcelamiento.

Esta situación ya se ha tornado costumbre dentro de todos los tribunales de sentencia en total ignorancia de las penurias que los sindicatos tienen que soportar para llegar a determinar su inocencia o culpabilidad. Entonces la prisión preventiva y la prórroga del plazo de encarcelamiento constituye un trato más presumible de culpable que de inocente.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo de investigación pretende evidenciar que a pesar de que el mandato constitucional es tajante y manda ser tratado como inocente a toda persona sindicada de un ilícito penal se desnaturaliza este mandato con la prisión preventiva mal aplicada y la prórroga del plazo de encarcelamiento a petición antojadiza de los tribunales de sentencia para espiar su responsabilidad de falta de celeridad procesal en los procesos a su cargo.

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

Es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable como delito. ¹

Teoría que es creación de la doctrina, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

1.1. Delito

Acción u omisión (conducta), típica, antijurídica y culpable, ² algunos autores agregan a lo anterior, la punibilidad). No obstante, aunque hay un cierto acuerdo respecto de tal definición, no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

➤ Teorías causalista y finalista de la acción

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría casualista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben

¹ http://www.wikipedia.org/wiki/Teoría_del_delito (04 de mayo de 2009)

² Jiménez de Asúa, Luís. **Lecciones de derecho penal, volumen 3**. Pág. 129

considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al disvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el disvalor de la acción. Más recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y casualistas, destacando en esta línea a los siguientes juristas Claus Roxin en Alemania y Paz de la Cuesta en España, entre otros.³

1.2. Acción

La conducta humana (acción u omisión), es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta, por lo que puedo decir que la acción u omisión establece el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano, es decir, un comportamiento exterior humano evitable.

Requiere de un acto voluntario y externo.⁴

➤ La ausencia de acción

Puedo decir que cuando no existe acción tampoco hay delito, así es cuando falta una manifestación exterior o sea, una modificación externa. No obstante, se prestan a dudas aquellos casos en que existe un hecho externo, pero respecto del cual hay una ausencia de voluntad que lo haya dirigido, para resolverlos se ha establecido, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona

³ Ob. Cit. <http://>

⁴ De León Velásquez, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Curso de Derecho Penal Guatemalteco**, pag. 144

involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

➤ Fuerza irresistible

El concepto de fuerza irresistible ya era contemplado en el Derecho romano y en el Derecho común con el nombre de *vis physica absoluta* o *ablative*, puedo definirla como aquella fuerza que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse (o para dejarse de mover), es decir, lo mantiene en el mismo estado en que el sujeto se encontraba en el momento en que se ve sorprendido por esa *vis physica*. Este concepto se contrapone al concepto de miedo insuperable (importante concepto en el Derecho penal), y que se denominó *vis moralis*, en este caso (*vis moralis*), el sujeto sí puede moverse físicamente y por tanto posee una voluntad libre, aunque coartada en el ejercicio de su libertad. La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que produce que una persona actúe sin capacidad de control, esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, es decir el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma. Por ejemplo: se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso el sujeto que resbaló actuó con fuerza física irresistible (el temblor), por lo que no hay acción, un caso diferente se da si fue una persona la que produjo la fuerza física irresistible, pues ésta si responde, por ejemplo: si "A" empuja a "B" para que impulse a "C" que se encuentra en el borde de un barco y, efectivamente "C" cae y muere, "A" responde por la muerte de "C", mientras "B" sólo fue víctima de una fuerza irresistible (el empujón) producido por "A". El concepto de fuerza irresistible también es de gran importancia en el Derecho penal, porque excluye la acción del individuo, ya que quita toda voluntariedad a su conducta, o si se quiere ser más preciso, el individuo que se ve afectado por una *vis physica*, no se da en él una conducta humana voluntaria, claro está, que si el individuo no ejecuta una acción, puede realizar el hecho típico, antijurídico y penado en el Derecho positivo, pero en este caso es inimputable, para que podamos hablar de delito debe haber una acción o una omisión, y la *vis physica* excluye la misma.

➤ Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos no constituyen acción ya que dichos movimientos no son producidos o controlados por la voluntad de la persona.

Estímulo del mundo exterior percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores, ejemplo de movimiento reflejos, se da cuando un sujeto efectúa un movimiento brusco al ser víctima de un ataque de epiléptico, producto de lo cual bota un jarrón valioso o hiere a otra persona.

➤ Estados de inconsciencia

Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos. Ejemplo, si A bajo efectos de hipnosis mata a B, A no es responsable por la muerte de B puesto que no tenía control consciente sobre sus actos.

1.3. La tipicidad

De acuerdo al autor de esta tesis es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal o descripción de una conducta, prohibida por una norma.

Encuadramiento de la conducta humana al tipo penal (el tipo). Así cuando la ley describe en el Artículo 123 del Código Penal el homicidio, en donde establece "quien diere muerte a laguna persona", la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten positivamente su antijuridicidad. Pero no siempre se pueden deducir

directamente del tipo estas características y hay que dejar al juez la tarea de buscar las características que faltan.

➤ Dolo

Conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo,⁵ o dicho de otra manera voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito.

Es la intención más o menos perfecta (conocimiento y voluntad) de hacer un acto que se sabe encuadra dentro de la prohibición contenida en la norma penal.

Voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho está reprimido por la ley.

➤ Elementos descriptivos del dolo

Se conocen por medio de los sentidos, ejemplo el delito de Hurto

➤ Elementos Normativos del dolo

Para su conocimiento se requiere una valoración subjetiva, ejemplo en el delito de violación, en el cual describe “mujer honesta”, se requiere un acto de valoración para saber a que se refiere la ley, cuando se refiere a “honestas”.

⁵ Bacigalupo, Enrique. **Teoría del Delito**, Pág. 45

➤ Error de tipo

Se da cuando el autor tiene una falsa representación de un elemento del tipo objetivo (error), o si directamente ignora su existencia, faltará el elemento cognoscitivo del dolo, es decir, el conocimiento de los elementos del tipo objetivo.⁶

Paralelamente desaparecerá la voluntad de realización del tipo objetivo, pues como consecuencia del error el autor no pudo haber tenido voluntad de realizar un hecho que no es el típico, según su conocimiento, el error sobre los elementos del tipo objetivo excluye el dolo.

➤ Error de prohibición

Consiste en el accionar humano con la presunción que actúa lícitamente, por desconocer totalmente la norma prohibitiva o por que la misma sea ambigua o imprecisa y no indique claramente la conducta prohibida, interviniendo directamente dentro del sistema volitivo del agente (actor), quien actúa de una manera consciente, ignorando por completo que su accionar es antijurídica.

El autor realiza la conducta típica, pero ignora que es prohibida.

➤ Clases de dolo

Dolo Directo

Se da cuando la meta del autor es la realización del tipo objetivo y se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es

Bacigalupo, Enrique, **Teoría del Delito**, Pág. 52

la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados. Ejemplo: "Juan decide matar a Pedro por envidia, llega a la puerta de su casa, lo espera, lo ve y le dispara al corazón".

Dolo Indirecto

Es aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica. Ejemplo: "Pedro quiere dar muerte a Juan, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Pedro". La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario, es decir el resultado es la consecuencia necesaria del medio empleado.

Dolo Eventual

Éste se da cuando el sujeto se presenta el resultado sin confiar que este se realice y no hace nada para evitarlo es decir, el sujeto representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Ejemplo: "La persona que le tira una flecha a un sujeto que tiene una manzana sobre la cabeza".

Culpa

El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso.

El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado.

➤ Formas de Culpa

Imprudencia

Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse.

Negligencia

Implica una falta de actividad que produce daño. (No hacer).

Impericia

Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales.

Inobservancia de Reglamentos.

Esta implica dos cosas; conociendo las normas estas sean vulneradas implicando "Imprudencia"; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse.

1.4. La antijudicidad

Teoría que trata de establecer en qué casos una acción típica (adecue su accionar a la prohibición contenida en la norma), está justificada o autorizada o de otra forma, comprobación de si un hecho típico cometido es o no conforme a Derecho.⁷

Es aquel disvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho penal, es lo contrario a derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo

⁷ [http:// www. wikipedia.org/wiki/Teoría_del_delito](http://www.wikipedia.org/wiki/Teoría_del_delito) (04 de mayo de 2009)

penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

Radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica, Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito.

Se le puede considerar como un "elemento positivo" del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

➤ Antijuridicidad formal y material

Por tradición se ha venido distinguiendo entre la antijuridicidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la ley, y la material, cuando se trata de una conducta antisocial.

En realidad una antijuridicidad material sin la antijuridicidad formal no tiene ninguna relevancia para el Derecho. Por otro lado la antijuridicidad material sirve de fundamento para la formal, de tal modo que aquella conducta prohibida por la Ley debe serlo porque protege un bien jurídico (antijuridicidad material).

Antijuridicidad formal

Se afirma de un acto que es "formalmente antijurídico", cuando a su condición de típica se une la de ser contrario al ordenamiento, es decir, no ésta especialmente justificado por la concurrencia de alguna causa de tal naturaleza (por ejemplo: defensa propia).

Por lo tanto, la antijuricidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo, juicio que se constata en el modo expuesto.

Antijuricidad material

Se dice que una acción es "materialmente antijurídica" cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que exige el principio de legalidad), lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

Tipicidad y antijuricidad.

La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Por el principio de legalidad y de seguridad y certeza jurídicas, sólo los comportamientos antijurídicos que son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

La tipicidad, para algunas corrientes doctrinarias, se considera indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*). Para éstas, el tipo y la antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella.

Para otros, existe una cierta identificación entre tipo y antijuricidad, es decir, existe una directa relación entre éstas (*ratio essendi*). Se critica esta posición, pues conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo. Se añade que en la cotidianidad, es difícil equiparar una conducta atípica (por ej. matar un insecto) con una conducta típica, pero realizada en una causa de justificación (matar

en defensa propia). Las consecuencias de identificar o diferenciar claramente tipo y antijuricidad se reflejan en la teoría del error (error de tipo y error de prohibición).

➤ Causas de justificación

Las causas de justificación son situaciones reconocidas por el derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitido, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos, ejemplo: legítima defensa, estado de necesidad y legítimo ejercicio de un derecho.

Vienen a ser normas dirigidas a situaciones específicas que excluyen la antijuricidad de un determinado comportamiento típico, que a priori podría considerarse antijurídico.

Cabe destacar que la comprobación del carácter antijurídico de la conducta tiene un carácter negativo, de manera que una vez identificada la conducta típica, habrá de analizarse su eventual inclusión dentro de las causas de justificación, excluyendo el delito si encuadra en ella, y suponiendo antijuricidad si no encajase.

1.5. Culpabilidad

Aunque como ya lo indiqué algunos tratadistas no lo incluyen dentro de la teoría del delito, puedo decir que es categoría jurídica que determina bajo qué condiciones el autor de una acción prohibida (típica) y no autorizada (antijurídica) es responsable.

1.6. El sujeto activo en el delito

Es la persona física que comete el delito, llamado también; delinciente, sindicado o criminal.

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

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

1.7. El Sujeto pasivo del delito

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

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

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

Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

1.8. Diferencia entre objeto material y objeto jurídico del delito

➤ Objeto material

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

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

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

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos de aguas, etc. Por Ej. En el robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales; y en el daño o propiedad ajena lo son los muebles o los inmuebles, indistintamente.

➤ Bien jurídico tutelado

Tiende a la protección de ciertos valores indispensables para el desarrollo y la convivencia social, cuando esa serie de valores humanos, materiales y morales son elevados a la categoría de jurídicos, es decir que el Derecho Penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

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

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

1.9. Los delitos atendiendo por el daño que causan

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

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

Al ocuparnos del concepto de acción, este abarca el tanto el hacer como el omitir, por lo que consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para Mezger citado por Luís Jiménez de Azua, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

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

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

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, “consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer”⁸. Ej. La madre que, con propósito deliberado de darle muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

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

Los delitos de peligro no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio.

El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causar un daño.

1.10. Los delitos en cuanto a su duración

➤ Por su duración los delitos se dividen en instantáneos y permanentes

Instantáneo

La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la

⁸ Cuello Calón, Eugenio, **Derecho Penal. Tomo I, Parte General**. Pag. 348.

acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

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

El delito permanente

Consiste en que el agente no sólo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue voluntariamente realizando la acción.

1.11. Por la forma de la persecución del delito

➤ De oficio

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

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

➤ De querrela necesaria

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

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

CAPÍTULO II

2. Aspectos Generales de la prisión preventiva

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"⁹.

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

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

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 lo cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, tal como quedó demostrado en la publicación "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"¹⁰, la convierten en una verdadera pena.

⁹ Hassemer, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Pág. 105

¹⁰ Carranza, Elías, **El preso sin condena en América Latina y el Caribe**. Pág. 98.

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".¹¹

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez contralor 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.¹²

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

¹¹ Domínguez, Federico, **El derecho a la libertad en el derecho penal**. Pág. 118.

¹² Hipólito, Franco, **La detención preventiva**. Pág. 18

prisión preventiva es aquella excepcional, de carácter instrumental, necesario para evitar el entorpecimiento del juicio.

El carácter de instituto de naturaleza eminentemente procesal ha sido definido como el: "constituir una excepción calificada a la libertad de los acusados, dentro de esa fase previa de investigación penal de los hechos en que aún no se ha resuelto la situación jurídica. En este contexto, la medida se justifica cuando en concreto, en la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente concretas que exigen la adopción de esa medida cautelar".

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

2.1. Derechos fundamentales y prisión preventiva

➤ La protección constitucional de la libertad

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

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

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

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

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

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

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

➤ La coerción en el proceso penal

Como resulta obvio, la sanción en este tipo de procesos es la consecuencia natural de la actuación de la ley material, resultado del haberse comprobado la realización de una conducta típica y antijurídica, por un sujeto capaz, al que puede serle reprochada jurídicamente, y como producto de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal

competente, en los términos del Artículo 14 de la Constitución Política. La comprobación del derecho aplicado en relación con los hechos que se declaran acreditados es un paso lógico anterior a la sentencia, inexcusable en un Estado de Derecho. De esta manera, el procedimiento penal cumple una función instrumental, posibilita la realización del derecho penal material, de tal suerte que la interpretación acerca de su finalidad, naturaleza, alcance y eficacia de sus normas y principios, debe ceñirse a ese carácter, que también tiene una función garantizadora cuya configuración sistemática está definida en la propia Carta Magna.

Desde esta perspectiva Federico Domínguez opina, "todo otro acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal".¹³

En primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente 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, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo nos ocuparemos de la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

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

¹³ Domínguez, Federico. **El derecho a la libertad en el proceso penal.** Pág. 9.

También un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: "la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".¹⁴

2.2. 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.

Según los estudios y análisis elaborados por Elías Carranza "es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad".¹⁵

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

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

¹⁴ Lobet, Javier, **La prisión Preventiva (límites constitucionales)**. Pág. 177.

¹⁵ Carranza, Elías. **Criminalidad ¿prevención o promoción?**. Pág. 95.

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

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

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

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

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

fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia"¹⁶.

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

Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más 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".¹⁷

Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos ratificados por el Congreso de la República, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza".¹⁸

Lamentablemente en Guatemala se ha respondido al aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el

¹⁶ Llobet, **Ob. Cit**; Pág. 118.

¹⁷ Pastor, Daniel; **El encarcelamiento preventivo**, Pág. 44.

¹⁸ Pastor, **Ob. Cit**; Pág. 44.

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

El aumento desmedido de las leyes de tipo penal 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.

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

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

2.3. Cárcel

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

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

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

2.4. Prisión

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

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

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

2.5. Diferencia entre cárcel y prisión

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

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

En la legislación guatemalteca ambos conceptos tienen estrecha relación por su carácter ejecutivo y de aplicación dentro del derecho penitenciario el cual reúne ciertas características para cada uno de ellos tal y como lo determina la doctrina del derecho penal ejecutivo.

CAPÍTULO III

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

Puedo afirmar que, en general, las Constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad tal y como lo indica el Artículo 13 de la Constitución Política, en tal sentido la Corte de Constitucionalidad es su gaceta número 4, expedientes acumulados números 69-87 y 70-87, pagina número 9, sentencia: 21-05-87 en su parte conducente resuelve "...La regla general es la libertad personal, por lo que la excepción es la prisión provisional..." A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales."¹⁹

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

¹⁹ Bovino, Alberto. **Temas de derecho penal Guatemalteco**. Pág. 40.

La constitucionalidad de la prisión preventiva se resalta en el Artículo 13 de la Constitución Política, al señalar que: "No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito...", relacionado directamente con el principio de inocencia contenido en el Artículo 14, que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio. Si la autoriza el citado Artículo 13, ello hace que no resulte inconstitucional por estimarla contraria a lo reglado en el 14, siempre y cuando se la utilice cuando sea indispensable a los fines propios del proceso, ya sea impidiendo la fuga del encausado o el éxito de la investigación, imposibilitando la alteración u ocultación de la prueba. El constituyente permitió la afectación de la libertad de los encausados, por medio de la prisión preventiva, pero al aceptar el principio de inocencia en el Artículo 14, ello tiene como consecuencia - cuando se interpretan ambas normas, relacionándolas-, que la prisión preventiva sólo pueda acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la existencia de una colisión de intereses -en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia- puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, pueda afectarse la libertad. Para adecuar la institución a las exigencias constitucionales, a la prisión preventiva se le constituyó en medida cautelar o precautoria, que como todas las del mismo género es provisional, ameritando ello que deba concluir cuando no resulte necesaria a los fines del proceso; para ello existen otras instituciones procesales. La prórroga o terminación extraordinaria es una de ellas, según los Artículos 325 y 332 del Código Procesal Penal procede cuando vencido el término ordinario de la instrucción, no existieren elementos de convicción suficientes para sobreseer, se puede solicitar la clausura provisional no elevando a juicio el proceso. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo -su libertad, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el sindicado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en nuestro medio por la propia Constitución en su Artículo 14. Esta tesis fue aceptada a nivel legal en el Artículo 259 del Código de Procesal Penal, en el que se dispone:

Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

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

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

3.1. 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 Procesal Penal Guatemalteco, establece para la procedencia de la prisión preventiva, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del hecho punible.

“Este requisito plantea algunas dudas en cuanto a su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, y en torno a éstas han girado importantes discusiones doctrinales”²⁰ como las que menciona el Dr. Llobet. Pero finalmente, según su opinión, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva.

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

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

Como mencioné supra, el nuevo Código Procesal Penal decreto cincuenta y uno guión noventa y dos, incluye en el texto del Artículo 259 la necesaria existencia de elementos suficientes de convicción para sostener, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible, junto al peligro de fuga y al de obstaculización.” Lo importante es que los jueces tengan claro cuál es el grado de convencimiento que deben tener sobre la posible participación como supuesto de la prisión preventiva. Pese a la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de culpabilidad suficiente para el dictado de la medida cautelar, se ha indicado que éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos”.²¹

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

²⁰ Llobet, Javier, **La prisión Preventiva (límites constitucionales)**. Pág. 189.

²¹ Levene, Ricardo. **El debido proceso y otros temas**. Pág. 106.

3.2. Peligro de fuga

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

Artículo 262 del Código Procesal Penal.- Peligro de fuga

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

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

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

3º La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.

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

5º La conducta anterior del imputado.

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

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

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

Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectible a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad. Así, se evidencian perfectamente legítimos los argumentos del juez recurrido al denegar la excarcelación a los amparados, mismos que encuentran respaldo probatorio en la causa, pese a que éste no fue expuesto en forma diáfana por el juez de instrucción, deficiencia que en

todo caso fue subsanada por el Juez de alzada, órgano que sí analiza en específico las razones que justifican en concreto, el mantener privados de libertad a cada uno de los amparados, para evitar que continúen con su actividad delictiva, que evadan la acción de la justicia, así como evitar que su libertad ponga en peligro la averiguación de la verdad, junto con la necesidad procesal de allegar prueba importante a la causa, frente a la gravedad de los hechos y a la cantidad de droga decomisada a los imputados, porque ellos son presupuestos concretos que se dan en el caso en estudio, y que le señalan al juzgador la necesidad de mantener privados de libertad a los acusados para garantizar los objetivos del proceso que ya se han señalado.

La gravedad del hecho cometido y el tanto de la pena, pueden ser tomados en consideración para establecer con base en ellos y utilizando criterios objetivos que el encausado podrá atentar contra los intereses del proceso, pero por sí solos, resultan insuficientes para negar la excarcelación de un encausado, dado que el propio legislador posibilitó la excarcelación de personas que se encontraran en esa situación. Si el fundamento de la denegatoria acordada por el Tribunal recurrido lo es el tanto de pena posible de imponer, la cantidad de droga decomisada y el contenido de la prueba aportada a la fase de investigación, sin que hayan ligado esas circunstancias con una posible afectación a los intereses del proceso.

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

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

debe ser tratado con más cuidado por los funcionarios encargados de tomar tal determinación.

3.3. 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.

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

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

Artículo 263 del Código Procesal Penal.- Peligro de obstaculización

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

1º Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

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

3º Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

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

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

En relación con el problema de la cultura inquisitiva cabe destacar que la inquisición es mucho más que un modelo de procedimiento, es, como señala Ferrajoli, “un método de indagación, una forma de construcción de la verdad, una teoría del conocimiento que produce ciertas y determinadas consecuencias, provocadas por un conjunto de valores que sostiene determinada forma política”.²² Y lo cierto es que si bien con el movimiento reformador del siglo XIX, surge el procedimiento mixto, éste en lo fundamental conserva los pilares del método inquisitivo. “la ideología autoritaria sigue presente en nuestros códigos. Aun cuando se establecieron ciertos límites a los métodos de averiguación de la verdad, aun cuando el procedimiento termine con un juicio oral y público, aun cuando se haya separado las funciones requirentes y decisorias, la inquisición sigue entre nosotros. Ese modelo, adoptado en un marco histórico de concentración absoluta del poder político y de desprecio por los individuos, persiste en el derecho penal vigente”.²³

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

²² Ferrajoli, Citado por Bovino, Alberto, **La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos.**

²³ **Ibid.**

De acuerdo a lo que establece el Artículo 264 del Código Procesal Penal considero que siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

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

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

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

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

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

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

7º La prestación de una caución económica adecuada.

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

"La evolución dogmática que sucedió a los principios liberales del siglo pasado logró desarrollar un estatuto fundamental que gobierna la aplicación del encarcelamiento preventivo, el cual, sintéticamente desarrollado por máximas, consiste en: 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).²⁴

3.4. Peligro de reiteración delictiva sistema penitenciario

La causal de peligro de reiteración delictiva como circunstancia que faculta el dictado de la prisión preventiva, es sin duda polémica, sobre todo porque se ha insistido en que las causales cumplen una necesidad procesal, mientras que 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

²⁴ Maier, Julio. **Derecho procesal penal**. Pág. 378 y 379.

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

Si realmente es peligroso, no es justo, en salvaguarda de los inocentes libres, arrojando indiscriminadamente sobre muchos inocentes que están detenidos".²⁵

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

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

"La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluido, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de 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

²⁵ Cafferata Nores, José, **La excarcelación**. Pág. 20 y 21.

discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo".²⁶

Tengo como autor 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 mucha mayor razón creemos en la utilización mínima y estricta de instituciones como la prisión preventiva cuyos fines jamás deben dejar de ser estrictamente procesales.

²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Pág. 139 y 140.

CAPÍTULO IV

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

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

"El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme".²⁷

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.

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

²⁷ Maier, **Ob. Cit**; Pág. 522.

4.1. Presunción de inocencia

De acuerdo con el profesor Hassemer: "quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria".²⁸

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

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor, como señala el profesor Nils Christie, "la imposición 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".²⁹

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

²⁸ Hassemer, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Pág. 118.

²⁹ Christie, Nils. **Los límites del dolor**. Pág. 85.

permite excepcionalmente restringir la libertad en la fase de investigación" (lo destacado no es del original).

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

Si bien comprendemos las dificultades que en muchos casos plantea el enfrentamiento de la criminalidad, es lo cierto que debemos 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 nuestra población, y de Latinoamérica en general, agravados con los procesos de globalización y las corrientes neoliberales que se imponen en las políticas económicas de nuestros países. Definitivamente el aumento de los delitos contra la propiedad tiene una comprobada relación con los períodos de deterioro en las condiciones de vida, según lo ha demostrado en nuestro país, la interesante investigación de Elías Carranza ³⁰, e igualmente se ha puesto en evidencia que, como ocurre en casi todo el mundo, la población penitenciaria proviene de los sectores más carenciados y empobrecidos.

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

³⁰ Carranza, Elías. **Criminalidad ¿Prevención o Promoción?**. Pág. 29 a la 32.

4.2. Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso

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

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

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

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

Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente.

"El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma".³¹

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

³¹ Llobet, Javier. **La prisión preventiva (límites constitucionales)**. Pág. 258 y 259.

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"³², 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 Código Procesal Penal recoge, en el Artículo 259 segundo párrafo el principio de proporcionalidad al señalar que:

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

Al tema de los límites y controles en la duración nos referiremos en el siguiente título.

4.3. Presunción de inocencia como garantía procesal

➤ Consideraciones preliminares

En forma preliminar es necesario ubicar la garantía objeto del presente trabajo en su fuente legislativa tanto en su nivel de derecho interno como internacional, estando

³² Bovino, Alberto. **Temas de Derecho Penal guatemalteco**. Pág. 44 y 45.

ésta contenida en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ley suprema de la Nación, conjuntamente con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Política de la República de Guatemala, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre que contiene la citada garantía en el Artículo 26, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la desarrolla en el Artículo 11 punto 1 y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el Artículo 8, punto 2.

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

➤ La garantía como derecho de grada constitucional

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

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

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

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

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

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

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

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

Asimismo aquel órgano internacional también ha sostenido que: "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables", agregando también que "el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus

garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

4.4. Leyes que violan la garantía a la presunción de inocencia

➤ Concepto normativo de culpabilidad

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

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

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

➤ El juicio de culpabilidad y sus elementos

La imputabilidad

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

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

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

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

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

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

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

El Tribunal del Santo Oficio (Inquisición) afirmaba que el sospechoso de herejía era culpable mientras no se demostrara lo contrario. Es decir, la ardua tarea que el acusado tenía sobre sí era convencer a sus jueces de que era inocente, lo cual, como veremos, era más difícil que lograr la cuadratura del círculo. Desde el mismo momento en que las autoridades eclesiásticas intuían que en determinado lugar había indicios de herejía, se ponía en marcha un implacable mecanismo destinado a extirparla por todos los medios.³³

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

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

³³ [http:// www.cienciaspenales.org/.../sanch14](http://www.cienciaspenales.org/.../sanch14) (24 de julio de 2009)

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

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

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

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

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

Pero la gran sorpresa la dan una vez regresado al país de origen, cuando se abre la maleta y se descubre una nota del Departamento de Seguridad estadounidense que dice entre otras cosas: "Como parte del proceso, algunas maletas se abren e inspeccionan físicamente. Su maleta fue seleccionada entre otras para inspección física... Si el inspector no pudo abrir su maleta para fines de inspección porque estaba cerrada con llave, es posible que haya tenido que romper la cerradura de su maleta." Y entonces es cuando una pregunta viene a la mente ¿Cómo es posible que se haya abierto la maleta sin estar la persona presente? ¿Quién garantiza que alguien no pueda extraer o introducir algo en la misma? ¿No queda aquí el pasajero a expensas de lo que el oficial de turno quiera hacer con su maleta? Si ellos no se fían de las personas (y están en su derecho), por la misma razón estamos en el derecho de no fiarnos de ellos. Por lo tanto, derecho por derecho. Pero no. Ellos tienen el derecho de considerarnos potencialmente sospechosos y de tratarnos como a tales, no estando ellos sujetos a un tratamiento recíproco.

CAPÍTULO V

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

5.1. Definición

"La culpabilidad", en su más amplio sentido puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, o como lo mencione anteriormente, categoría jurídica que determina bajo que condiciones el autor de una acción prohibida (típica) y no autorizada (antijurídica) es responsable.

Es reprochabilidad jurídico penal ³⁴

➤ Concepto normativo de culpabilidad

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

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

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

³⁴ Bacigalupo, Enrique, **Teoría del Delito**, Pág. 85

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

➤ Otras definiciones de culpabilidad

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

La culpabilidad se define como el juicio de reproche que se hace al sujeto activo pese a que podría ajustar su comportamiento a derecho, no lo hizo. La persona se inclina por quebrantar la norma pese a que estaba en condiciones de respetarla.³⁵

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

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

³⁵ <http://www.mailxmail.com/curso-culpa/culpabilidad-como-principio> (27 de julio de 2009)

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

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

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

5.2 Bases de su utilización

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

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

La característica "culpabilidad" añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito. La antijuridicidad, es, como ya vimos, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda la realización de voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito social la

culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla, la conducta el autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En la culpabilidad está fundamentado el reproche personal al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad determina bajo que condiciones el autor de una acción prohibida (típica), y no autorizada (antijurídica), es responsable.

Ya que a través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el reproche de la culpabilidad es el conocimiento y voluntad (dolo), de la realización del tipo objetivo y sólo a través de estos elementos también toda la acción.

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

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

La comprensión que la esencia de la culpabilidad reside en la "responsabilidad" (en el "poder en lugar de ello" del autor en relación a su estructuración antijurídica de la voluntad) ha sido el resultado de un largo proceso de desarrollo. En los comienzos de la dogmática moderna (desde 1880) se está ante la separación de lo "externo" y lo "interno", de lo "objetivo y subjetivo". Todo lo externo-objetivo se asignó a la

antijuridicidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad: la culpabilidad debía ser "la relación anímica del autor con el resultado. Sin embargo, la culpa inconsciente fue el primer escollo que no puede franquear la concepción psicológica de la culpabilidad, ya que tanto causalistas como finalistas tienen problema para explicar la acción en la culpa inconsciente como en los movimientos reflejos.

El primer paso para superar la concepción psicológica de la culpabilidad lo dio Reinhard Frank (1907), en cuanto señaló como elemento independiente de la Culpabilidad junto al dolo y la culpa la "motivación normal" y definió la culpabilidad como "reprochabilidad" En la teoría normativa de la culpabilidad iniciada por Reinhard Frank se trataba de inquirir por la esencia de la reprobabilidad, Goldschmidt (1913) creyó en controlarla en la contravención del deber del querer Freudenthal (1922) en la exigibilidad Sin embargo, por lo menos en el dolo, se incluía todavía como esencia, "la relación psíquica" en el concepto de Culpabilidad, o sea, seguían considerando al dolo parte integrante de la culpabilidad.³⁶

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

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

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

Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la

³⁶ <http://www.monografias.com/...culpabilidad/la-culpabilidad.shtml> (24 de mayo de 2009)

norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad). Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto)

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

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

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

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

Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, es capacidad del autor:

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

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

La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo): la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de voluntad (conforme al sentido) Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad. Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales, no se da aunque solo sea uno de estos momentos, el autor se convierte en un inimputable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este umbral mínimo de exigibilidad nos alcanza, y por ende la culpabilidad se encuentra excluida, cuando no le es exigible al sujeto la comprensión de la

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

La inexigibilidad no es, como pretendió en un momento la teoría compleja de la culpabilidad, una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Siempre que no hay culpabilidad, ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera que sea la causa que la excluya. La exclusión de la culpabilidad es la inimputabilidad, es la incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad en el Derecho vigente. La incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad tiene como base necesaria una perturbación de la conciencia. Hemos visto que en los casos de "inconciencia" no hay voluntad, y por ende, no hay conducta. En lugar, los casos en que la conciencia funciona pero perturbadoramente, puede dar lugar a otras incapacidades psíquicas de delito, pero si no se han dado incapacidades más profundas, es decir, si la perturbación de la conciencia a motivado una ausencia de tipicidad como un elemento cognoscitivo, nos encontraremos con la posibilidad de una ausencia de culpabilidad.

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

Los elementos que fundamentalmente se toman en cuenta son la ubicación en el tiempo y en el espacio psíquico. Cuando el psiquiatra toma su puesto frente al paciente, entabla un dialogo, en el curso del cual va haciendo su diagnóstico, siendo las primeras preguntas de forma, la introducción y lo "grueso" para descartar las perturbaciones groseras de la conciencia. A medida que el dialogo avanza, la indagación se va haciendo más fina hasta llegar a abarcar en lo posible todas las relaciones de vida del paciente. El límite entre lo normal y lo patológico no es precisamente lo que nos interesa aquí, sino que, lo que a nuestros efectos interesa es poder formarse una idea del esfuerzo que el sujeto debía realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta.

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

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

No se trata de que el psiquiatra haga un diagnóstico ubicando una dolencia y remitiéndose sin más a la nosotaxia psiquiátrica, que es por lo general complicada y discutida entre los mismos psiquiatras. Ese diagnóstico puede ayudar a comprender y cuantificar la magnitud del esfuerzo y la posibilidad de su realización, pero por sí mismo dice muy poco.

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

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

5.2.1. La imputabilidad disminuida

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VI

6. La prisión preventiva y la prórroga de encarcelamiento, límites a la presunción de inocencia o culpabilidad

6.1. Disposiciones normativas

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

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

En el ámbito continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por desarrollar los principios a aplicar cuando se deba restringir la libertad de una persona sometida a juicio, así en 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 Partes 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.

6.- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención fueren ilegales. En los estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7.- Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

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

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

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

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

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

“La duda favorece al imputado”

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

El Código Procesal Penal Modelo para Ibero América, dispone:

Artículo 196.

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

Rige el Artículo 3 del mismo Código 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 203 se establecen los casos en que puede estimarse existe peligro de fuga, en el 204 cuando peligro de

obstaculización y en el 205 cómo debe ser la resolución en que se acuerde la restricción a la libertad. Por la importancia de las normas, a continuación resulta conveniente su transcripción.

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 participe 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, siempre del Código Procesal Penal Modelo.

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 siempre promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad."

En el Código Procesal Penal, Dto. 51-92, Artículos 259, 260, 261, 262, 263 y 264, se regula sobre la materia con el mismo contenido de las normas transcritas del Código Procesal Penal Modelo. Lo propio se hace en los Artículos 285, 286, 287 y 288 del Código Procesal Penal de El Salvador; en los Artículos 244, 245, 246 y 247 del proyecto de Código Procesal Penal de Paraguay; y en los Artículos 239, 240, 241, 257 y 258 del nuevo Código Procesal Penal costarricense.

6.1.1 Derecho comparado (Costa Rica)

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

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

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

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

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

Artículo 291.- 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 15 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 15 meses se prolongue hasta por un año más, fijando el tiempo concreto de la prórroga de la prisión. En este caso deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

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

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

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

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

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

➤ Duración y cesación

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

derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad (Convención Americana, Artículo. 7.5).

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

1º Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida. Si de resultados de la investigación o por otras vías, apareciesen nuevos elementos de juicio referidos a la participación del imputado, el tipo de pena a imponer, o a la probabilidad de fuga u ocultación de prueba, que desvirtúen la necesidad de imponer la prisión preventiva, esta deberá cesar, sustituyéndose por una medida sustitutiva, la libertad bajo promesa o incluso la falta de mérito.

2º Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de pena, o a la libertad anticipada. En concordancia con el Artículo 261 2º párrafo, que prohíbe la prisión preventiva cuando en concreto no se espera dicha sanción, este inciso ordena poner fin a la prisión preventiva si ésta equivale o supera la pena que se espera en concreto, en aplicación del principio de proporcionalidad, puesto que no tendría sentido continuar con el encarcelamiento preventivo a riesgo de convertirlo en una pena anticipada aún mayor que la que hubiera significado la pena impuesta en la sentencia.

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

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

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

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

6.3. Uso real de la prisión preventiva

La cantidad de personas que guardan prisión en espera de juicio representan entre un 45% y un 91% del total de gente encarcelada en América Latina, y esta situación "lejos de mejorar con los años, empeora, pues los índices y estudios más actualizados revelan que la población penitenciaria en esta condición, sin sentencia condenatoria,

crece constantemente y el uso del encierro como medio casi exclusivo de control o contención social es generalizado".³⁷

“En la realidad guatemalteca, con el anterior régimen procesal, la prisión preventiva era utilizada como condena anticipada, vulnerando el principio de inocencia, ya que, en los centros de detención, la mayoría de los reclusos eran presos sin condena”.³⁸

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

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

De nosotros depende el camino que forjaremos en este campo. Será tarea ineludible de los juzgadores adoptar criterios interpretativos acordes con los principios filosóficos y político criminales que inspiraron la reforma procesal, tanto para impedir que la prisión preventiva se utilice como adelanto de pena, como para resguardar los

³⁷ Carranza, Elías. **El preso sin condena en América latina y el caribe**. Pág. 33-66

³⁸ Barrientos Pellecer, Cesar. **Derecho procesal Guatemalteco**. Pág. 21.

derechos fundamentales de personas jurídicamente consideradas inocentes, en el marco de un garantismo pleno.

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

"Las cárceles producen efectos opuestos a la reeducación y reinserción social. El carácter represivo y uniforme que rige en ellas, anula la individualidad, la libertad y la espontaneidad propias de cualquier proceso educativo realmente edificante. Por otra parte, científicamente se ha demostrado el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, desestructuradores de la personalidad, problema agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados".³⁹

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

De conformidad, con lo que hasta ahora hemos expuesto, valdría la pena reflexionar sobre la propuesta del profesor Luigi Ferrajoli, de "un proceso sin prisión provisional"⁴⁰ ya que, pese a que él considera que pueda aparecer, a corto plazo, como una quimera, por la resistencia que siempre ponen las culturas conservadoras, es lo cierto que, una observación profunda de la experiencia procesal vigente y sobre todo un análisis de los preocupantes datos que nos suministra la investigación sobre el preso

³⁹ Arroyo, José Manuel. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. Pág. 69.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón**. Pág. 559-561

sin condena, debe llevarnos a un replanteamiento del tema en nuestro medio. No debemos perder de vista el peligro que encierra el hecho de que "una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por "necesidades procesales" ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por "necesidades penales".⁴¹

⁴¹ **Ibid.** Pág. 555

CONCLUSIONES

1. Los encargados de la administración de justicia, no aplican la teoría del delito, situación que queda plasmada por parte de los jueces penales a la hora de resolver la situación jurídica de un sindicado y los abogados y fiscales, al momento de hacer sus peticiones desde la primera declaración del sindicado.
2. La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el derecho de las personas a gozar de su libertad como regla general durante todo el proceso penal, situación que es vulnerada por los jueces penales al resolver la situación jurídica de un sindicado.
3. La limitante principal para una justicia pronta y eficaz tiene su principal raíz en la desmedida aplicación de la prisión preventiva, ya que una persona detenida por el supuesto comiso de un delito tiene seguridad de ser ya culpable sin que se le compruebe antes lo contrario.
4. La Corte Suprema de Justicia, viola el principio de inocencia al autorizar la prorroga de encarcelamiento cuantas veces sea necesario, a un sindicado o acusado que no tiene sentencia condenatoria firme.

RECOMENDACIONES

1. Las instituciones encargadas de la aplicación de justicia, deben capacitar a su personal, en el conocimiento de la teoría del delito para una correcta aplicación de la justicia.
2. Los jueces penales al resolver la situación jurídica de un sindicado deben de garantiza el derecho de las personas a gozar de su libertad como regla general, en sujeción al lineamiento constitucional, para beneficio del mismo sindicado y de la sociedad en general.
3. Los jueces penales al resolver una situación jurídica de un sindicado, deben dictar la prisión preventiva, si y solo si las leyes adjetivas le prohíben dictar una medida sustitutiva, para despejar las cárceles del sistema penitenciario.
4. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia deben solicitar al Congreso de la República la reforma o derogación de la última parte del artículo 268 del Código Procesal Penal, para no seguir como juez y parte dentro de un proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, José Manuel **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, 1995.

BACIGALUPO, Enrique, **Teoría del Delito**, Ed. Universitaria, 1992

BARRIENTOS PELLECCER, César **Derecho procesal guatemalteco**. Ed. Magna Terra. Guatemala, 1995.

BOVINO, Alberto **Temas de derecho procesal guatemalteco**. Fundación Myrna Mack, primera edición, Guatemala, 1996.

BOVINO, Alberto **La víctima como sujeto público y el estado como sujeto sin derechos**. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.

CAFFERATA NORES, José **La excarcelación**. Buenos Aires. 1988.

CARRANZA, Elías y otros. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe** Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente, San José, C.R., 1983.

CARRANZA, Elías **Criminalidad ¿prevención o promoción?**, Editorial Uned, San José, C. R.

CARRANZA, Elías **Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión**, en El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas Editor, S. A, México 1991.

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

CUELLO CALON, Eugenio **Derecho penal**. Tomo I, Parte General, Editorial Bosch, 1975.

DE LEÓN VELÁSQUEZ, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Curso de Derecho Penal Guatemalteco**. Ed. Edi-Art. 1987.

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

FERRAJOLI, L. citado por Bovino Alberto en **La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos**. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel y otros. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**. segunda edición ampliada, San José, C.R., abril de 1997.

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

IPPOLITO, Franco **La detención preventiva**". Revista de Derecho Constitucional. Nº 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Lecciones de derecho penal, volumen 3**. Ed. Oxford, 1999

LEVENE, Ricardo Hijo, **El debido proceso y otros temas**. San José, 1981.

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

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo 1.

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

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

Paginas Web consultadas:

<http://www.cienciaspenales.org/.../sanch14>

<http://www.mailxmail.com/curso-culpa/culpabilidad-como-principio>

[http:// www.monografias.com/...culpabilidad/la-culpabilidad.shtml](http://www.monografias.com/...culpabilidad/la-culpabilidad.shtml)

[http:// www.wikipedia.org/wiki/Teoría_del_delito](http://www.wikipedia.org/wiki/Teoría_del_delito)

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal Guatemalteco. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

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