

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



MARILUZ RUANO PELÁEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2010

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

**LA INAPLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA RESIDENCIA DEL
PROCESADO EN MATERIA PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

MARILUZ RUANO PELÁEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2010

**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. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Dixon Díaz Mendoza
Vocal:	Lic. Enextón Emigdio Gómez Meléndez
Secretario:	Lic. Artemio Ratulfo Tánchez Mérida

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Secretaria:	Licda. Emma Salazar Castillo

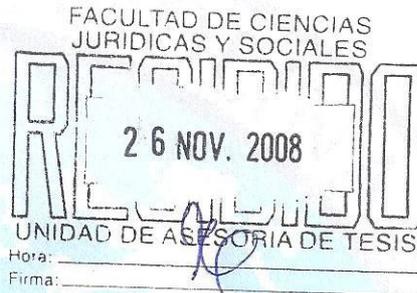
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Edgar Armino Castillo Ayala
3 avenida 13-62 zona 1
Tel.2232-7936



Guatemala, 26 de noviembre de 2008

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la providencia de fecha siete de noviembre del dos mil ocho, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a asesorar a la Bachiller **MARILUZ RUANO PELÁEZ**, en su trabajo de tesis intitulado: **"LA INAPLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA RESIDENCIA DEL PROCESADO EN MATERIA PENAL"**.

A este respecto me permito manifestar que el trabajo realizado por la Bachiller Ruano Peláez, fue desarrollado utilizando técnicas de investigación documental, bibliográfica y la observación, así también se hizo uso de la teoría de la accesoriedad para determinar el origen y desarrollo de diversas instituciones del Derecho Penal, y de igual forma el presente trabajo ha sido realizado con una metodología basada en el uso del método científico. Así pues, en dicha investigación se analizaron en forma jurídica y doctrinaria conceptos e instituciones íntimamente ligadas al arresto domiciliario, así como los supuestos para el otorgamiento de dicha medida, haciendo una comparación de la legislación guatemalteca con la legislación de los países más importantes de América Latina y Europa, y sobretodo las diversas formas en el mismo puede otorgarse de conformidad con el Código Procesal Penal vigente.

Es por ello que en mi opinión la investigación realizada, posee en cuanto al contenido científico y técnico, un excelente aporte, ya que desarrolla y comprueba la importancia de la correcta aplicación del arresto domiciliario por parte del juzgador y establece clara y expresamente la forma correcta en que se debe de otorgar dicha medida, para que de esta forma pueda ser exigido su estricto cumplimiento y sobretodo su correcta aplicación. Asimismo, el trabajo posee una redacción clara y de manera práctica, para facilitar la comprensión del lector; en su elaboración se utilizó bibliografía de importantes autores tanto nacionales como internacionales en materia de Derecho Penal, Procesal Penal y Derechos Humanos.

Finalmente se elaboraron las conclusiones y recomendaciones que se consideraron pertinentes, en virtud de la investigación realizada, las cuales son de mucha importancia y en mi opinión deben ser tomadas en cuenta por los juzgadores al momento de otorgar la medida sustitutiva del arresto domiciliario, ya que en la resolución se deben de aclarar y diferenciar las formas en que el arresto domiciliario está siendo otorgando y por ende su correcta interpretación, lo cual es de suma importancia debido a su gran aportación en materia del Derecho Penal y Procesal Penal en nuestro país.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
3 avenida 13-62 zona 1
Tel.2232-7936



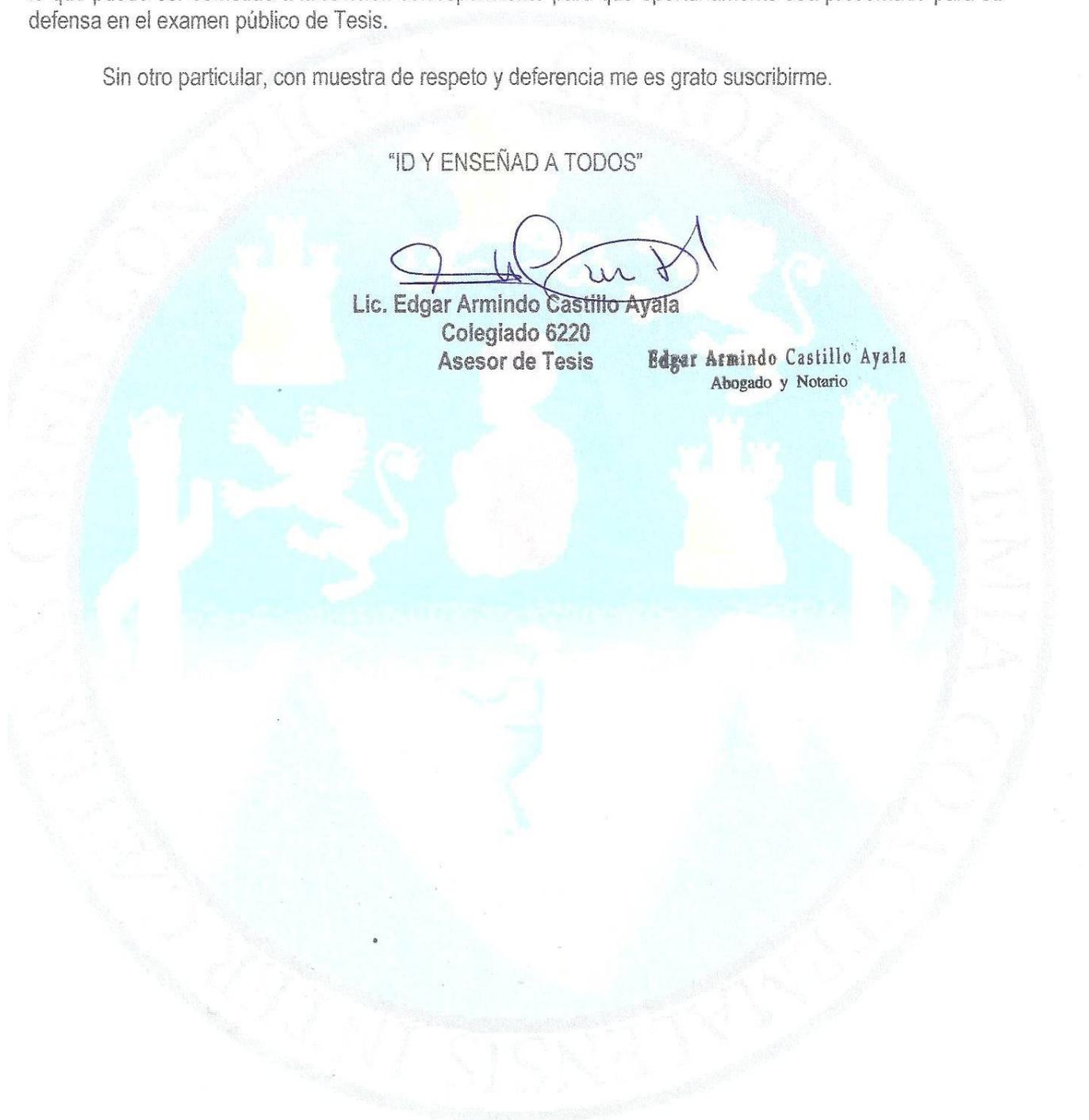
Por todo lo anteriormente expuesto, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, por considerar que el trabajo presentado contiene los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que puede ser sometido a la revisión correspondiente para que oportunamente sea presentado para su defensa en el examen público de Tesis.

Sin otro particular, con muestra de respeto y deferencia me es grato suscribirme.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Colegiado 6220
Asesor de Tesis

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

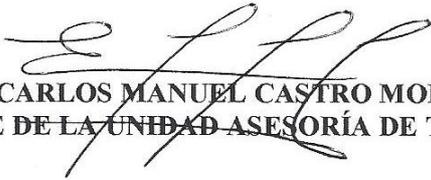
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) BORNEO HERNÁNDEZ VARELA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARILUZ RUANO PELÁEZ, Intitulado: "LA INAPLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA RESIDENCIA DEL PROCESADO EN MATERIA PENAL".

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/nmmr.

Licenciado
Borneo Hernández Varela
Abogado y Notario



Guatemala, 29 de julio de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

Me es grato informarle que en cumplimiento a la providencia de emitida por esa casa de estudios, en la cual consta el nombramiento de mi persona como revisor de tesis de la señorita **MARILUZ RUANO PELÁEZ**, procedí a realizar las revisiones y anotaciones correspondientes al trabajo de tesis intitulado: **"LA INAPLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA RESIDENCIA DEL PROCESADO EN MATERIA PENAL"**.

Derivado de la revisión realizada puedo dictaminar que el trabajo de la Bachiller Ruano Peláez, fue desarrollado con observancia de técnicas de investigación que permitieron enfocar directamente el tema objeto de estudio; la investigación llevada a cabo, motivó la necesidad de analizar en forma jurídica y doctrinaria la correcta aplicación del arresto domiciliario, de igual forma conceptos e instituciones importantes relacionadas con dicho tema, tales como: Regulación Internacional en Materia de Derechos Humanos, Naturaleza Jurídica del Arresto Domiciliario, así como los supuestos para el otorgamiento de dicha medida. Para luego arribar a la propuesta concreta, y en mi opinión sumamente acertada, la cual previa elaboración de las conclusiones y recomendaciones que se consideraron pertinentes.

Asimismo y en mi opinión el trabajo realizado posee un excelente contenido técnico y científico, en el sentido en el cual se desarrolla y se comprueba la importancia de la correcta aplicación del arresto domiciliario por parte del juzgador y establecer de forma clara y expresa la forma en el que el mismo está siendo otorgado, para que así posteriormente pueda ser exigido su estricto cumplimiento y sobretodo su correcta aplicación; de igual forma el presente trabajo ha sido realizado con una metodología basada en el uso del método científico, utilizando técnicas de investigación documental, bibliográfica, la observación y otros, así como también se hizo uso de la teoría de la accesoriedad ya que se compara lo accesorio a lo principal para determinar su origen.

Licenciado
Borneo Hernández Varela
Abogado y Notario

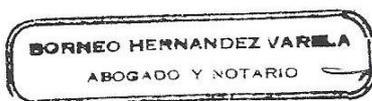


Se utilizó la metodología pertinente con una redacción clara y de manera práctica, para la fácil comprensión del lector; en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, arribando a conclusiones y recomendaciones, las cuales en mi opinión son muy importantes y las mismas deben ser tomadas en cuenta por los estudiosos en Derecho, debido a su gran aportación en materia del Derecho Penal y Procesal Penal en nuestro país, ya que aclara y diferencia las distintas formas en que el arresto domiciliario puede otorgarse y su correcta aplicación.

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud de la calidad que me fuera asignada por la Unidad de Asesoría de Tesis, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, por considerar que el trabajo presentado contiene los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que puede ser sometido a las revisiones correspondientes para que oportunamente sea presentado para su defensa en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, con muestra de respeto y deferencia me es grato suscribirme.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Lic. Borneo Hernández Varela
Colegiado 1353
Revisor de Tesis

12 calle "A" 2-34 zona 1
Tel.2238-3233

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de noviembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARILUZ RUANO PELÁEZ, Titulado LA INAPLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA RESIDENCIA DEL PROCESADO EN MATERIA PENAL. Artículo 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su infinita bondad y misericordia al haberme hecho sentir Su Presencia conmigo en todo momento, y regalarme la sabiduría necesaria para poder llevar a cabo todas mis metas. A Él sea toda la honra y gloria por siempre.
- A MIS PADRES:** Lic. Rafael Ruano Palomo (+) y María Elena Peláez de Ruano, por haberme dado la vida y darme en todo momento su amor y apoyo incondicional, siendo el mejor ejemplo de padres que Dios nuestro Señor me pudo dar.
- A MIS HERMANOS:** Roberto, Mariela, Marysol, Maribell y David por su apoyo y cariño al estar junto a mi en el logro de mis sueños personales y profesionales.
- A MIS ABUELOS:** Abel Ruano López (+), Romelia Palomo viuda de Ruano, Roberto Peláez Luna (+) y Martha Castañeda viuda de Peláez (+).
- A MIS SOBRINOS:** María José y Luis Pedro, para que mi triunfo de hoy sea un ejemplo para su vida futura, y que sepan que no deben dejarse vencer por ningún obstáculo que la vida les presente, por muy difícil que parezca.
- A MIS AMIGOS:** Yherania Sosa, Gabriela de López, Erick Chicol, Henry Beltrán, Gabriel Pedro, Edith de Ozaeta, Karol Monzón, Herlinda Castellanos, Sara Chinchilla, Dorcas Revolorio, Azucena Guas, Karen Navas y Yaqueline Archer por su apoyo y amistad incondicional y por estar cerca cuando más los he necesitado.
- A LOS LICENCIADOS:** Edgar Armindo Castillo Ayala, Omar Ricardo Barrios Osorio y Borneo Hernández Varela, por su apoyo y colaboración en mi preparación académica.

ESPECIALMENTE:

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme realizar mi sueño de convertirme el día de hoy en una profesional.

Y a todos por su presencia.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. El proceso penal en Guatemala	
1.1. Garantías y principios en los que se fundamenta el proceso penal guatemalteco	1
1.2. Los derechos humanos en la legislación procesal penal guatemalteca.....	24
1.3. Características del Código Procesal Penal.....	40
CAPÍTULO II	
2. La pena	
2.1. Definición..	51
2.2. Teorías de la pena	52
2.3. Sistemas de valoración de la prueba	68
2.4. Clasificación de las penas según el derecho penal	71
CAPÍTULO III	
3. Las medidas de coerción	
3.1. Definición	75
3.2. Principios que sustentan las medidas coercitivas.....	76
3.3. Medidas sustitutivas.....	84
CAPÍTULO IV	
4. El arresto domiciliario	
4.1. Antecedentes históricos	93
4.2. Derecho comparado sobre la comparecencia restringida (Arresto Domiciliario)	99
4.3. Naturaleza jurídica.....	110
4.4. Fundamento de las medidas sustitutivas.....	111
4.5. Justificación de las medidas sustitutivas	115
4.6. Fines de las medidas sustitutivas	117

CAPITULO V

5. La inaplicación del arresto domiciliario en la residencia del procesado	
5.1 Naturaleza jurídica	119
5.2 Definición de arresto domiciliario	122
5.3 Análisis del arresto domiciliario en Guatemala.....	123
5.4 La inaplicación del arresto domiciliario en la residencia del procesado..	126
CONCLUSIONES.....	133
RECOMENDACIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA..	137

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación es analizar el arresto domiciliario, sus fines, las prohibiciones de circulación o limitaciones de libre locomoción para cumplir ciertos fines procesales, y principalmente el arresto en la residencia del procesado; así como establecer la inoperancia del mismo en la residencia de la persona al no especificarse concretamente si el mismo es arresto domiciliario con o sin vigilancia, y si el arresto es domiciliar o en la residencia del sindicado. Asimismo, el problema fue enfocado desde el punto de vista jurídico, bajo la hipótesis de que en el país se le concede a la persona el arresto domiciliario como medida sustitutiva para evitar ir a prisión, pero no se indica en la resolución en qué condiciones debe cumplirse; lo cual conlleva a una inaplicación en la administración de justicia, por lo tanto es necesario que el juez estipule concretamente las condiciones en que debe cumplirse, de acuerdo con lo que establece el Artículo 264 numeral uno del Código Procesal Penal.

Es por ello que los motivos que impulsan la presente investigación es analizar la inaplicación que hacen los juzgadores del arresto domiciliario, ya que actúan como si estuviera en vigencia el Código Procesal Penal derogado, por lo que se pretende que el juzgador haga uso del arresto tal y como lo plantea el Código Procesal Penal vigente, el cual estipula que puede ser en la propia residencia del imputado bajo custodia y sin poder salir de la misma, o el arresto se circunscribe al domicilio del sindicado sin custodia y pudiendo movilizarse por el lugar de su domicilio.

En tal sentido se hizo uso de la Teoría de la Accesoriedad, siendo esta la que somete lo accesorio a lo principal en su origen, permanencia y extinción. Esta teoría se utilizó para analizar la forma en que se otorga el arresto domiciliario. Además se utilizó la Teoría de Causalidad, que es la que en materia de responsabilidad civil o penal, concreta el origen a una relación inmediata o a una cadena de determinaciones, y también se hizo uso del Método Científico, tanto para la investigación inicial como para el desarrollo del presente trabajo de investigación en todas sus etapas.

Para ello es importante conocer algunos términos, principalmente como se define la institución del arresto domiciliario, estableciéndose que es la medida por medio de la cual el juez ordena al imputado de un hecho delictivo que permanezca en su residencia bajo custodia de una persona designada por el juez o bajo la vigilancia del propio juzgado durante el tiempo que dure el proceso. Así también es importante saber la diferencia entre domicilio y residencia, definiéndose el primero como la circunscripción territorial-departamental en la cual una persona constituye su residencia con ánimo de permanecer en ella; y residencia, como el lugar donde una persona fija su habitación, y que se identifica con un número catastral.

Para una mejor comprensión, el presente trabajo de investigación fue dividido en cinco capítulos, en el primer capítulo, se desarrolla el proceso penal en Guatemala, los principios, derechos y garantías en los que se fundamenta, y la legislación en materia penal; en el segundo capítulo se analiza lo relativo a la pena, su definición, teorías, sistemas y la clasificación que el derecho penal hace de la misma; el tercer capítulo contiene las medidas de coerción, específicamente las medidas sustitutivas y los principios que las sustentan; en el cuarto capítulo, abarca el arresto domiciliario y se analizan temas de suma importancia como antecedentes históricos, naturaleza jurídica, fundamento, justificación y fines de las medidas sustitutivas, así como el derecho comparado con relación a las legislaciones de América Latina y las más importantes de Europa; y finalmente, en el quinto capítulo se analiza la inoperancia del arresto domiciliario en la residencia del procesado al momento de otorgarse esta medida por parte de los juzgadores.

Es por ello que al realizar este trabajo de investigación se busca demostrar la forma correcta en que debe otorgarse el arresto domiciliario especificando las condiciones en que ha de cumplirse, así como establecer la necesidad de mantener vigente la figura del arresto domiciliario como un beneficio para el procesado, pero sin violar las leyes del país y demostrar que el arresto domiciliario se ha otorgado violándose el proceso penal, al extenderlo a personas que no se les puede otorgar, o permitiendo que las mismas circulen por todo el territorio nacional.

CAPÍTULO I

1. El proceso penal en Guatemala

1.1 Garantías y principios en los que se fundamenta el proceso penal guatemalteco

La relación del derecho penal en su parte general y procesal con la Constitución Política de la República de Guatemala, se puede explicar a través de los principios procesales que cimientan el derecho guatemalteco, teniendo en cuenta la importancia de la vinculación formal del mismo. Según el Doctor Klauss Tiedemann “esta vinculación a formas determinadas se denomina también formalismo del proceso penal. Se corresponde en cierta manera con el principio de legalidad penal del derecho penal material... así como en el derecho penal propio de los tipos penales legales formalizan y delimitan la justicia, igualmente, sólo, según lo que hoy se entiende por justicia, un proceso penal realizado debidamente, es decir *formalista*, es apropiado para condenar y remover la presunción de inocencia”.¹

De esta forma, se estudia lo concerniente a los principios, para lo cual se enuncian algunas garantías fundamentales de gran importancia para la doctrina, las que se pueden agrupar como originarias para después abordar otros derechos que derivan de estos o son excepciones al mismo pero no por ello dejan de tener el mismo rango de importancia jurídica y práctica.

¹ Claus Roxín, Gunther Arts y Klauss Tiedemann, **Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal**. Pág. 145.

El Estado de Guatemala, ha optado por organizarse con el fin de proteger a la persona y a la familia, planteando como fin supremo el bien común, garantizado constitucionalmente en el Artículo primero de la norma suprema, la Constitución Política de la República de Guatemala, y para conseguir cumplir con este fin, se propone garantizar a los habitantes: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, integrando éstos los derechos fundamentales de la sociedad.

Para el cumplimiento de dichas garantías, se debe de reconocer que existe, y existirá, cierto nivel de conflictividad que se debe resolver con aquiescencia de acuerdos y formas racionales que protejan a todas las personas. Esta afirmación implica, a su vez, que el Estado excluye al individuo de la potestad de resolver determinados conflictos por sus propias manos y que la monopolización del poder penal representa un modo *civilizado* de resolver conflictos. Para el efecto, la Constitución Política de la República de Guatemala asigna a sus órganos, entre otras, las siguientes funciones: a los tribunales de justicia, la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado; al Ministerio Público, velar por el estricto cumplimiento de las leyes y el ejercicio de la acción penal pública. Por su parte, a los funcionarios los instituye en depositarios de la autoridad.

Hoy en día es una práctica muy común el colocar en rango constitucional los derechos fundamentales en la mayoría de países, en nuestro país al haberse promulgado la actual Constitución Política de la República de Guatemala en 1985, ya cuando estaba

establecido todo el sistema de protección universal y regional de los derechos humanos, entre ellos, los que tienen estrecha relación con el proceso penal, se puede aseverar que en la Carta Magna se planteó el modelo de proceso penal que debía instituirse en nuestro país, pues en aquella época todavía se encontraba vigente el anterior Código Procesal Penal, Decreto 52-73, que aunque técnicamente pudiere clasificarse como de una tendencia doctrinaria mixta (inquisitivo reformado) en la práctica se deformaba en un proceso cuasi inquisitorio que vulneraba los derechos y garantías contemplados en el nuevo orden constitucional, razón por la cual la reforma del sistema penal no se hizo esperar y se adoptó con algunas variantes el código tipo para América Latina de marcada tendencia garantista.

De esta forma se puede hablar de una trilogía normativa en materia penal, ya que los principios doctrinarios en materia de derecho penal, conforman asimismo, los derechos individuales reconocidos en el ordenamiento constitucional, y en los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por Guatemala, por ejemplo, si se habla del principio de inocencia, este se encuentra regulado en el Artículo 14 del Código Procesal Penal, así también dicha norma se encuentra contenida en los Artículos 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo ocho de la Convención Americana de Derechos Humanos y Artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Dicha normativa es de gran relevancia ya que de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, por ser esta la norma de mayor jerarquía y la base fundamental del

ordenamiento jurídico, ningún otro precepto puede contradecir, disminuir o restringir sus preceptos, y de hacerlo tales normas son nulas de pleno derecho, es decir, que no nacen a la vida jurídica, tal y como se preceptúa en el Artículo 44 de dicho cuerpo legal. Así mismo, la Carta Magna, establece en el Artículo 46 que: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. La norma anteriormente citada, ha venido provocando hasta el día de hoy diversas opiniones al respecto, inclusive en la Corte de Constitucionalidad en este sentido cuenta con fallos que son contradictorios entre si, aunque en su mayoría predomina el criterio de la prevalencia constitucional sobre las convenciones internacionales. A este respecto indica el profesor Ramón Ferrer Barquero, “Si en las constituciones antiguas los principios tenían un sentido programático, en las modernas, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.²

Este conjunto de garantías forman el marco político, el cual debe cumplir con por lo menos dos funciones concretas: en primer lugar, debe cerciorarse y de comprobar que los presupuestos de la pena sean encaminados a reducir en lo posible el poder judicial arbitrario; y, en segundo lugar, como criterio de valoración del grado de validez o legitimidad -y, a la inversa, de invalidez o ilegitimidad- constitucional de las instituciones penales y procesales y de su funcionamiento concreto. Estableciéndose de esta forma,

² Ferrer Barquero, Ramón. **Los principios esenciales del proceso penal y su reflejo constitucional: problemas procesales en caso de suspensión de ciertos derechos (I)**. Pág. 145.

la correcta aplicación de la ley procesal y penal, que constituye a su vez el derecho constitucional aplicado.

Esta explicación tiene como objetivo trazar cómo la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales ratificados por Guatemala desarrollan diversos principios y que en sí constituyen el marco dentro del cual se debe desarrollar la ley procesal en materia penal.

Ahondando en lo que son los principios y garantías procesales que fundamentan el proceso penal guatemalteco, se desarrollan los siguientes:

- Principio de legalidad
 - Principio acusatorio
 - Principio de debido proceso
 - Principio de defensa
 - Principio de oportunidad
 - Principio de presunción de inocencia
 - Principios vinculados a la prueba
 - Principios procedimentales
- a. Principio de legalidad: conocido también por su enunciación en el derecho sustantivo como *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley anterior), asimismo, tiene también un significado procesal tan antigua como el sustantiva.

Este principio se va a dar ampliamente cuando el Estado toma el rol de ente acusador, sustrayendo a los particulares de esta función al momento del conflicto penal, surge de igual forma la necesidad de encargar esta función al órgano estatal que éste designe, para ejercer el deber de dicha persecución. En este sentido el maestro Claría Olmedo se pronuncia al respecto del principio de legalidad estableciendo que “El principio de legalidad significa que dadas las condiciones mínimas suficientes para estimar que un hecho puede ser constitutivo de delito, tanto la Policía como el Ministerio Público están en la obligación de promover y ejercer la acción penal hasta su agotamiento, por los medios expresamente previstos en la ley”³

Así pues, la Carta Magna, regula este principio en el Artículo 251, el cual literalmente establece: “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica. El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública”.

Dentro de este mismo principio se derivan otros principios, de los cuales se pueden mencionar los siguientes:

- Principio de oficialidad estatal: este principio puede definirse según Julio Maier como “la obligación que tiene el Estado de ejercer la administración de justicia” asimismo, expone “Consecuente con la transmisión del poder de reacción frente a la ofensa del

³ Claría Olmedo, J. **Tratado de derecho procesal penal**, Tomo I, pág. 473.

ciudadano a las manos del Estado (persecución penal pública), específicamente ejercido por quien detentaba el poder y sus funcionarios delegados, el procedimiento se transformó, básicamente en una obra estatal”⁴.

Así pues, este principio establece que el responsable de garantizar el perfecto desempeño del sistema penal, es el Estado, o sea que es éste quien debe de llevar a cabo el proceso penal a través de los órganos especializados, que en el caso de Guatemala sería a través de la Policía Nacional Civil, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal, los Tribunales de Justicia y el Sistema Penitenciario. De este modo se puede decir, que el proceso penal en todas sus etapas o fases se encuentra a cargo del Estado.

- Principio de oficiosidad: al desarrollar este principio, se puede establecer que el mismo se subdivide en dos principios más que son el principio de promoción de oficio y el principio de la inevitabilidad.

Al hablar de la promoción de oficio, se puede decir que este se refiere a la obligación que está a cargo del Ministerio Público así como de la Policía Nacional Civil, de llevar a cabo la investigación de cualquier hecho que se considere como delictivo, haciéndolo de oficio, es decir que no es requisito indispensable que previamente exista una denuncia, o bien que dicha investigación sea motivada por alguna persona individual o

⁴ En ese sentido Julio Maier expone: “Consecuentemente con la transmisión del poder de reacción frente a la ofensa del ciudadano a las manos del Estado (persecución penal pública), específicamente ejercido por quien detentaba el poder y sus funcionarios delegados, el procedimiento se transformó, básicamente en una obra estatal”.

jurídica, ya que por mandato legal la acción pública se encuentra a cargo de las instituciones encargadas de la administración de justicia.

Por otro lado el principio de inevitabilidad, se refiere a que una vez iniciada la acción penal de cualquiera de las formas en que puede iniciarse, la autoridad encargada no puede evitar de ninguna manera la persecución penal hasta la finalización de la misma.

- Principio de irrevocabilidad: Este principio se encuentra regulado en el Artículo 285 del Código Procesal Penal, el cual establece que el ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

Asimismo, dicho cuerpo legal establece que, cuando la ley condicione la persecución penal a una instancia particular, a denuncia o a la autorización estatal, el Ministerio Público la ejercerá una vez producida, sin perjuicio de realizar o requerir los actos urgentes que interrumpan la comisión del hecho punible o conserven elementos de prueba que se perderían por la demora. El interés protegido por la necesidad de la instancia, de la denuncia o de la autorización no podrá ser afectado.

- Principio de nullum proceso sine lege: este principio encuentra su fundamento legal y constitucional en los Artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y dos del Código Procesal Penal, en los cuales se establece *que no existe proceso sin ley anterior*, dicho en otras palabras, ninguna persona puede ser

juzgada por procesos que no estén previamente establecidos por la ley al momento de su perpetración.

- Principio de posterioridad del proceso: ya que es el Estado el obligado de perseguir e investigar todos aquellos hechos que sean considerados por la ley como delitos, cuando éstos sean cometidos dentro de su territorio, y llevar a cabo esta persecución por cuenta propia en virtud del principio de oficiosidad, razón por la cual tiene la potestad de iniciar un proceso penal en contra de quien se considere como posible autor del delito, únicamente después de que tenga conocimiento de la comisión del mismo, es decir, que tal y como se conoce a éste principio en el latín *nullum proceso sine actium*, no existe proceso sin delito, lo cual se encuentra regulado en el Artículo seis del Código Procesal Penal.
- Principio non bis in idem: este principio se traduce como *nadie puede ser perseguido penalmente ni condenado dos veces por la misma causa*. Asimismo, este principio es también conocido por algunos autores como *principio de prohibición de duplicidad de sanciones*, o bien como lo establece el Código Procesal Penal en el Artículo 17 como única persecución, el cual consiste en que si una persona ha sido procesada penalmente por la comisión de un hecho considerado como delito, independientemente que haya sido condenado o absuelto, por ninguna causa se le puede volver a procesar por ese mismo hecho, salvo los casos en que establece expresamente la ley. Asimismo, en cuanto a la aplicación de este principio se debe de tomar en cuenta tres aspectos sumamente importantes:

- Se debe de tratar de la misma persona o imputado
 - Esta persona debe de haber sido procesado por la misma vía procesal
 - Debe de tratarse del mismo hecho o hechos delictivos
- b. Principio Acusatorio: este principio se deriva de los principios propios del sistema acusatorio formal, ya que se refiere a la separación que se hace entre el ente investigador y el ente acusador, y para que se de el mismo debe de existir previamente una imputación, obviamente derivada de un proceso de investigación en contra de una persona señalada como la posible autora de una acción considerada ilícita. Asimismo, de este principio se desprenden algunos otros tales como:
- Principio de imputación previa obligatoria: este principio tal y como se mencionaba anteriormente, se fundamenta en la existencia previa y a su vez obligatoria de una imputación detallada y exacta de los hechos o actos que se le atribuyen a un sujeto, mediante los cuales se va a formular posteriormente la resolución que corresponda, según la peligrosidad del agente o la gravedad del hecho realizado por el mismo. Todo esto es necesario e imprescindible y cada vez va cobrando más importancia conforme va avanzando el proceso penal, ya que de esto depende el resultado de que exista una sentencia condenatoria o absolutoria. Asimismo, se debe de tomar en cuenta que en ningún caso se deben de violentar los principios de defensa, inocencia y debido proceso.

- Principio de fijación de la imputación por un órgano independiente del órgano que juzga: este principio se explica claramente con su mismo nombre, pero la importancia del mismo estriba en las consecuencias que éste conlleva y esto se puede evidenciar claramente en las distintas fases en que doctrinariamente se divide el proceso penal, por ejemplo, según el Artículo 309 del Código Procesal Penal establece que: "... En la investigación de la verdad el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal..." Aquí claramente nuestro ordenamiento jurídico delega la investigación y en su momento procesal oportuno la acusación de un sujeto considerado como autor de un hecho delictivo, en el Ministerio Público para que éste presente posteriormente ante el juez (quien es un sujeto diferente del que acusa) para que éste a su vez, según las pruebas presentadas y la investigación realizada. Es en este momento en el que se va a dar la separación entre el ente investigador y el ente acusador, en virtud de la aplicación de este principio.
- Principio de congruencia procesal: este principio encuentra su fundamento en el auto de apertura a juicio, ya que es en este en el cual se van a incluir todos aquellos hechos que se hayan recabado durante la investigación por parte del Ministerio Público, y debe de existir plena congruencia con la sentencia condenatoria, ya que el Tribunal de Sentencia no posee la facultad de modificar el objeto o hecho por el cual una persona está siendo juzgada, puede modificar su calificación jurídica más no los hechos.

- c. Principio del debido proceso: este principio se encuentra constitucionalmente resguardado en el Artículo 12 de la Carta Magna, en el cual se establece el derecho que tienen todas las personas de ser juzgadas por los tribunales de justicia previamente establecidos y respetando en todo momento las garantías y derechos que les conceden las leyes que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente. De igual forma este principio resulta ser para su estudio muy extenso, ya que el mismo abarca otros varios principios igualmente importantes como lo son:
- Principio de juicio previo: este principio encuentra su fundamento en los Artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y cuatro del Código Procesal Penal, el cual a su vez abarca una serie de garantías procesales que se deben de observar durante todo el proceso penal, tales como el derecho de audiencia, juez natural, inmediación, oralidad, etc.
 - Principio de libertad de acción: la Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo quinto este principio como un derecho humano individual mediante el cual toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; asimismo, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.
 - Principio de detención legal: al tenor de lo que establece el Artículo sexto Constitucional, se establece que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino

por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Este principio tiene también su excepción regulada en el Artículo antes citado, ya que se exceptúa el caso de delito o falta cometido en forma flagrante estableciéndose un plazo para que sean puestos a disposición de autoridad judicial competente.

- Principio de derecho del procesado a que se le prevenga de conformidad con la ley: dentro de este principio se encuentran relacionados dos Artículos constitucionales; el primero de ellos el Artículo séptimo, el cual establece la notificación de la causa de la detención, ya que toda persona al momento de ser detenida de la causa que motiva su aprehensión, autoridad que la emitió y el lugar en el que permanecerá. Y por otro lado, el Artículo octavo del mismo cuerpo legal establece los derechos del detenido, de ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles.
- Principio del derecho a un interrogatorio judicial: este principio se encuentra regulado tanto en la Carta Magna como en el Código Procesal Penal, en el primer caso en el Artículo noveno, el cual regula el interrogatorio a detenidos o presos otorgándole la facultad de interrogar únicamente a las autoridades judiciales y estableciéndole un plazo para la realización del mismo (que no exceda de veinticuatro horas), así como, también se hace referencia a la carencia de valor probatorio del interrogatorio extrajudicial, entendiéndose por éste el intentar obtener cualquier información o medios de prueba en contra del detenido o cualquier otra

persona de forma ilícita o mediante coacción, para después incorporarlos en su perjuicio; como caso de excepción al interrogatorio judicial se encuentra en el Artículo 254 del Código Procesal Penal el cual preceptúa la presentación espontánea, ya que la misma se realiza ante el Ministerio Público y no ante autoridad judicial. Por otro lado el Artículo 87 del Código Procesal Penal, regula la oportunidad y autoridad competente para llevar a cabo la declaración del imputado, otorgando esta facultad específicamente según sea el caso el juez de primera instancia o el juez de paz.

- Principio de excepcionalidad a la prisión preventiva: la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que la prisión provisional o prisión preventiva como una medida de carácter eminentemente excepcional, ya que la misma limita la libertad individual protegida por la misma, y la misma solo podrá imponerse si existen motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida ha cometido un delito o bien a participado en su ejecución. Asimismo se regula lo relativo al sistema penitenciario y los lugares en los cuales la persona que haya sido condenada, deberá cumplir con la condena impuesta, cumpliendo siempre con su fin primordial que es la readaptación y la reeducación del delincuente.
- Principio de acceso de la víctima a la justicia: una de las preocupaciones del derecho penal moderno, es el papel que juega el agraviado dentro del proceso penal, como sujeto pasivo, desde su inicio y toda la participación que tiene dentro del mismo, ya que le da un papel activo desde la etapa preparatoria, ya que puede

provocar la persecución penal o bien adherirse a ella una vez iniciada la misma, así como también se le proveen otras vías de arreglo para satisfacer en la mayoría de los casos el daño en forma pecuniaria, tales son los casos de la conciliación y la mediación reguladas en el Código Procesal Penal (Artículos 25 ter y 25 quáter respectivamente), aunque en la actualidad estos mecanismos no son muy utilizados ya que se necesita de cierta capacidad económica para poder acceder a los mismos, ya que sin esta calidad se puede intervenir muy poco dentro de la persecución penal.

- d. Principio del derecho de defensa: este se encuentra contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12º el cual establece “que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables; que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal”. Asimismo, en la regulación internacional se preceptúa que “la persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo”.

Este principio no se limita solo en materia penal, el mismo abarca todas y cada una las áreas del derecho, ya que en la Carta Magna se refiere en sentido amplio: *la defensa de*

la persona y sus derechos. Es por ello que se entiende entonces, por disposición de la Constitución Política de la República de Guatemala, es un derecho amplio y extenso.

En lo que se refiere específicamente al imputado, es necesario determinar el momento en que puede iniciarse la defensa, situación que en un proceso penal puede resultar determinante. Según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la persona tiene derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. Sin embargo, la interpretación que debe darse a esta norma es amplia, en el sentido de que relaciona el derecho de defensa con la existencia de la imputación y no con el grado de su formalización, por lo que la defensa puede ejercerse desde el momento en que exista una imputación, por vaga e informal que sea. Una interpretación extensiva amplía el ámbito de acción de la defensa a las etapas policiales o cualquier otra preprocesal.

La Constitución Política de la República de Guatemala otorga al imputado el derecho a ejercer su defensa en forma personal (defensa material), que se declara en el derecho a ser oído, y se manifiesta con las distintas declaraciones que el imputado otorga al tribunal; es pues, en estos actos que el sindicado tiene el derecho a ejercer su defensa material, una de las oportunidades para presentar su versión de los hechos y proponer pruebas. En consecuencia, el ordenamiento constitucional prohíbe que en las declaraciones del imputado se pretenda provocar su confesión sobre la imputación, uso normal en los procedimientos inquisitivos. Es más, el *derecho a ser oído*, por no tener

restricción, puede desarrollarse en cualquier etapa del proceso y por ser un derecho personal, el imputado nunca podrá ser obligado a declarar.

La Constitución Política de la República de Guatemala contempla también la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en el momento de la detención, pues existe la obligación de la autoridad de notificar la causa que la motivó, la autoridad que la ordenó y la información de que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en las diligencias policiales y judiciales.

Ejercer el derecho de defensa implica necesariamente que la persona sepa de qué se está defendiendo, pues de lo contrario su accionar sería probablemente infructuoso. El ordenamiento constitucional contempla la obligación de poner en conocimiento de la imputación al procesado para que pueda ejercer este derecho; de tal manera, se debe considerar como violación constitucional la restricción a este tipo de información.

Conocer la imputación significa, asimismo, el derecho a comprenderla; de esta forma, el ordenamiento constitucional también contempla el derecho a proveerse de traductor en forma gratuita con el objeto de que el sindicado pueda comprender la imputación y ejercer eficientemente el derecho a la defensa material.

Si bien es cierto, el sindicado puede, si lo desea, ejercer su derecho de defensa material, la situación de desigualdad en la que se enfrenta en un caso concreto frente al poder punitivo (considerando el poder de persecución del Ministerio Público y la Policía

Nacional Civil), es desproporcionada (salvo excepciones como la criminalidad organizada y el terrorismo de Estado). Por tal motivo, el proceso penal trata de equipararse a un proceso de partes, donde prevalece el principio de igualdad de armas.

El imputado goza, además de las garantías procesales, del principio de inocencia y, accesoriamente, del in dubio pro reo, derechos que el Ministerio Público debe respetar cuando ejerce la acción penal pública. Como esto no es suficiente, el ordenamiento constitucional le otorga el derecho a proveerse de defensa técnica, o proveerle de una si en un caso el imputado no puede o no quiere; esta debe responder a un interés parcial dentro del proceso, el del imputado

De esta manera, el defensor técnico no debe ser un auxiliar de la justicia, sino un sujeto procesal guiado por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. Su función, en este sentido, ha de referirse a sugerir elementos de prueba, participar de los actos en que se produce la prueba y controlar su desarrollo, así como también interpretar la prueba y el derecho de conformidad con los intereses de su cliente.

Es importante tener en cuenta que el sistema penal, por diferentes circunstancias, desarrolla mecanismos de selección (de personas más que de casos), de lo cual se encarga principalmente la policía; por esto, su clientela la constituye principalmente gente de escasos recursos. Esta realidad genera la necesidad de organizar la defensa como un servicio público, de tal manera que no se convierta el sistema en ilegítimo, por las arbitrariedades que puedan cometer los operadores del mismo, con las cuales dejan

en pura retórica intrascendente el derecho de defensa (planteado por el ordenamiento constitucional) de la gente de escasos recursos económicos. La expresión que reza: *A que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios para pagarlo*, debe interpretarse en el sentido de que es gratuito para el imputado y no en el sentido de que el Estado no tenga la obligación de invertir, como servicio público, en el resguardo de los derechos individuales de las personas a quienes pretende imponer una pena. La creación de un servicio público de defensa eficiente y fuerte es signo también de un estado legítimo.

Para fortalecer la igualdad de posiciones en la decisión que pueda tomar el juez, es necesario proporcionarle a la defensa idénticas posibilidades de influir en la decisión, lo cual comprende: el control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia, la producción de prueba de descargo y la valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye. En cuanto al desarrollo del juicio, si bien es cierto que al imputado se le ha garantizado el conocimiento de la imputación, es necesario resguardar que el juez no podrá variar drásticamente la valoración jurídica al momento de dictar la sentencia (principio de congruencia), y también que en el momento de recurrir a otro tribunal superior, el tribunal no podrá agravar la decisión del tribunal que dictó el fallo (inadmisibilidad de la *reformatio in peius*).

e. *Non bis in idem*: como se ha podido apreciar en el transcurso de la descripción de las garantías procesales, el poder penal del Estado es tan fuerte que la simple amenaza de imposición de una pena significa para el ciudadano un desgaste

personal para repelerlo, a lo que se debe agregar la estigmatización social que produce. En un estado de derecho, no se puede permitir que se intente amenazar al imputado cada cierto tiempo, por los mismos hechos, con imponerle una pena, por todo lo que significa el accionar del sistema penal contra una persona.

La Constitución Política de la República de Guatemala no reconoce explícitamente este principio, pero se lo podría extraer del principio del respeto a la dignidad humana y a la seguridad jurídica y de lo referido a los fines que se propone la organización del Estado. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos declara diciendo que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley. Por su parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos, se refiere a que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El problema que plantea la interpretación del ordenamiento constitucional estriba en saber si se refiere a la imposibilidad de ser condenado por el mismo hecho, o si tiene alcances más amplios y, en este caso, interpretar que se refiere a que existan procesos simultáneos (litispendencia) o sucesivos. La interpretación amplia parece ser la aceptada, o sea, que la persecución penal solo puede ponerse en marcha una vez.

La excepción al principio, podrá aplicarse únicamente en aquellos casos en que exista la necesidad de la revisión de la sentencia condenatoria, porque se presentan pruebas que hacen variar sustancialmente la resolución en favor del condenado. En sentido

contrario, no podría revisarse la sentencia cuando los nuevos elementos de prueba agraven la pena.

Para hacer aplicable el principio es necesario tomar en cuenta los requisitos doctrinarios: que se trate de la misma persona, del mismo hecho y del mismo motivo de persecución. En este sentido, es necesario plantear tipos de resolución que definan cuándo una causa constituye cosa juzgada y que incluyan estos dos elementos: tradicionalmente, la sentencia y el sobreseimiento. En última instancia, el principio político se refiere a que el Estado puede reaccionar mediante una sanción o su amenaza solamente una vez por el mismo hecho.

f. Publicidad: esta garantía emana propiamente del sistema de gobierno elegido por el Estado: republicano, democrático y representativo. Por esta razón, la Constitución Política de la República de Guatemala establece que todos los actos de gobierno son públicos; por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos declara que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente; y la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que el proceso penal deber ser público, salvo en lo que sea necesario preservar los intereses de la justicia. Secreto o publicidad del juicio son mecanismos que necesariamente implican diferentes formas de organizar el proceso y cada uno refleja un sentido político distinto.

La organización del proceso con base en lo secreto se traduce en falta de participación del imputado en los actos del procedimiento, en la imposibilidad de asistencia plena en las audiencias y, por tanto, de ser oído, y en optar por la escritura como modo de transmisión del conocimiento válido para fundar la sentencia. Su sentido político es contrario a lo estipulado por la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 40. Esta forma de organizar un procedimiento es propia de los estados autoritarios y de poder centralizado; por tanto, se aparta de los principios políticos liberales que consagra la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por su parte, la publicidad del juicio permite mayor intervención del imputado, instaura la oralidad como forma natural para garantizar el ser oído y como forma directa los órganos de prueba que transmiten a los jueces del tribunal de fallo su información.

Si bien es cierto que la opción entre un mecanismo u otro no constituye el núcleo político de un proceso, sí manifiesta la forma externa del proceso, que es la transparencia en la administración de justicia.

Además de que la publicidad del juicio orienta el proceso en una forma externa determinada, también cumple una función política importante, propia de un estado republicano: la posibilidad de control popular sobre la actividad de los jueces, sobre los actos que fundan la decisión final y sobre la sentencia.

La publicidad del juicio no sólo irradia su influencia hacia la forma externa de función política, sino que también tiene repercusiones directas en la forma interna de organizar el juicio que define el ordenamiento constitucional: oral, público, contradictorio, concentrado y continuo, para poder dictar la sentencia. De esta manera, la relación juicio-sentencia adquiere un significado político único, controlable y racional.

La relación entre publicidad y oralidad implica necesariamente la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales (inmediación), con el único fin de garantizar el control de la prueba y su valoración. En este sentido, no se podrá realizar el juicio en ausencia (nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez); tampoco será posible sustituir a los jueces durante el debate.

En cuanto a la oralidad deberá aceptarse la inclusión de documentos y las actas de aquellos actos que, por su naturaleza, no puedan reproducirse en el debate (prueba anticipada). En cuanto a la concentración y continuidad, estas obligarán al tribunal a dictar la sentencia inmediatamente después del debate.

Las excepciones a la publicidad están claramente establecidas por el ordenamiento constitucional. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones a la moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal. Se incluye también entre las

excepciones la publicidad de la sentencia, cuando se trate de personas menores de edad.

Las prohibiciones deben ser claramente desarrolladas por la reglamentación constitucional procesal. En todo caso, sería ridículo pensar, seriamente, en que el público asistirá a un proceso por actos discontinuos y vertidos en actas escritas o llevadas a cabo directamente por escrito, conociendo de antemano, incluso que no sólo esos actos, sino también todos aquellos que el público no tuvo oportunidad de presenciar, ni derecho de asistir a ellos (los incorporados a la instrucción), pueden contribuir a fundar la sentencia.

Un último aspecto por considerar es el relativo a la valoración de la prueba que realizará el tribunal. Mientras en los procedimientos escritos, la tradición ha sido la de la prueba tasada o legal, en la cual se explican las reglas para definir cuándo puede tomarse en cuenta un hecho como prueba y cuándo no, en los juicios públicos, que ordena la normativa constitucional, sólo quien juzga debe dar razones de los motivos de convicción (libre convicción por sana crítica racional).

1.2 Los derechos humanos en la legislación procesal penal guatemalteca

- El juicio previo: este principio encuentra su fundamento constitucional tal como lo dispone el Artículo 12 de la Carta Magna: "Derecho de Defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de

sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente."

Así la Carta Magna estipula que se lleve a cabo un proceso legal o jurídico lo que en la esfera del poder punitivo del Estado guatemalteco se convierte, en la ley ordinaria, en una garantía procesal básica: la garantía de juicio previo, el cual se concretiza en el Artículo cuatro del Código Procesal Penal el que establece: "Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio." He aquí de donde deviene la importancia que la ley otorga a este principio, pues considera que el juicio es un requisito indispensable para someter a cualquier persona a algún tipo de medida o pena.

Asimismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco se exige que los juicios sean realizados por jueces, como lo dispone la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 203: "Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la

República de Guatemala y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado..."

- Presunción de inocencia: esta garantía penal se encuentra protegida en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que se establece que toda persona es inocente mientras no se la haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. De igual forma el Código Procesal Penal en el Artículo 14 establece que el procesado debe ser tratado como inocente, para que el fin de la garantía no dé lugar a dudas. Este trato debe de extenderse hasta que se exista una sentencia firme en la cual sea declarado responsable y se le imponga una pena o una medida de seguridad.

Así pues, la legislación penal ordena que las disposiciones que restringen la libertad del imputado o que limiten el ejercicio de sus facultades deben ser interpretadas en todos los casos en forma restrictiva; ya que prohíbe expresamente la interpretación analógica y la extensiva, para permitir las solo en los casos de favorecer la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades dentro del proceso.

- In dubio pro reo: este principio deviene de la garantía de inocencia, y de igual forma se encuentra regulado en la ley ordinaria, en el desarrollo del proceso penal. En primer lugar, y como regla general de aplicación y de interpretación de todo el cuerpo legal, el Artículo 14 del Código Procesal Penal dispone, en el último párrafo, que la duda favorece al imputado, declaración que tiene como derivaciones

explícitas, la certeza de los juzgadores de fundamentar los fallos de condena. En la sentencia no pueden darse por acreditados otros hechos diferentes a los expuestos en la acusación, en el auto de apertura del juicio o en la ampliación de la acusación, salvo en favor del imputado. La duda es motivo incluso de sobreseimiento y clausura de la persecución penal (Artículo 328 del Código Procesal Penal).

- **Objetividad:** el Código Procesal Penal ordena que también el investigador respete la presunción de inocencia de la que goza el imputado. De esta forma, el Ministerio Público tiene obligación de extender su actividad a promover su función, paralelamente, al logro de evidencia de cargo y descargo en la investigación del hecho. Para hacer efectiva esta disposición debe, además, hacer las peticiones necesarias según las circunstancias, aún en favor del imputado (Artículos 108 y 289 del Código Procesal Penal). La Ley Orgánica del Ministerio Público define, asimismo, como uno de los postulados de su ejercicio el actuar con imparcialidad.
- **Reserva de la investigación:** como consecuencia del principio de inocencia del imputado y del tratamiento como tal, la investigación debe evitar en lo posible las consecuencias que el hecho de la persecución penal acarrea al perseguido.

En primer término el Código Procesal Penal en el Artículo 314 establece: “Carácter de las actuaciones. Todos los actos de la investigación serán reservados para los extraños (...) Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los

mandatarios (...) quienes tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar reserva...”

En este mismo sentido, el último párrafo de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala: "El Ministerio Público y las autoridades bajo su dirección, no podrán presentar a los medios de comunicación a detenido sin autorización del juez competente". Pese a lo anterior, en la práctica constantemente se presenta en los distintos medios de comunicación, a personas sujetas a proceso. Sin duda esto se debe a la falta de claridad, en el sentido de prohibición expresa en la ley, o a la falta de una interpretación restrictiva sobre ese aspecto.

- Derecho de defensa: genéricamente la Constitución Política de la República de Guatemala indica, en el Artículo 12, sobre el derecho de defensa, que “la defensa de la persona y sus derechos son inviolables”. A su vez, el Código Procesal Penal, en el Artículo 20, prescribe al respecto que: "La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se haya observado las formalidades y garantías de ley".

Con el objeto de operativizar el derecho de defensa dentro del procedimiento penal, el Código Procesal Penal otorga al imputado la facultad de hacer valer sus derechos por sí mismo o por medio de defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra. A tal grado se contempla esta garantía, que para el imputado es un derecho

inviolable, y para el Estado, una obligación (por ejemplo, el Estado debe proporcionarle defensor a la persona que no pueda proveerse de uno privado).

Es tal la importancia de la defensa dentro del desarrollo del proceso, que su ausencia significa la nulidad de este. Y bajo tal concepto es concebida la garantía dentro del proceso penal guatemalteco actual, pues puede ejercerse el derecho en todos los actos del procedimiento.

- Declaración del imputado: como parte del derecho de defensa, el Código Procesal Penal contempla la libertad de declaración del sindicado; incluso el Artículo 15 la recoge como una garantía procesal básica: "Declaración libre. El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...".

Con el objeto de hacer efectivo el derecho de defensa en el momento de la declaración del sindicado, la ley ordena, entre otras cosas: comunicar al sindicado, con detalle, el hecho que se le atribuye; y advertir de su derecho a proveerse de defensor e incluso del derecho a no declarar. En este acto pueden dirigir preguntas el Ministerio Público, el defensor y el juez. No puede de forma alguna viciarse o inducirse la declaración del sindicado en perjuicio de sí mismo; con este objeto las preguntas que se le dirijan deben ser claras y precisas (Artículos 81, 82, 84, 85 y 86 del Código Procesal Penal).

Del capítulo II, sección segunda, del Código Procesal Penal, puede deducirse que el acto de la declaración del sindicado se constituye no solo en una forma de adquirir

información para la preparación del juicio, sino principalmente en una forma de proteger el derecho de defensa del imputado. Tal disposición se contrapone a la legislación anterior, en que la declaración del sindicado constituía el medio de investigación más importante, pues la sola confesión bastaba para declarar la culpabilidad del perseguido.

Lo anterior daba como resultado que la actividad del juez instructor tratara, dentro de la investigación, de conseguir las confesiones de los sindicados, en las que realmente se basaban las sentencias, menoscabando así el uso y el resultado de los otros medios de la investigación. Por supuesto, esta deformación significó, en gran número de casos, fallos arbitrarios, o bien, fallos que alimentaban la impunidad.

- Defensa técnica: la ley ordinaria contiene, en lo relativo al instituto de la defensa, dos formas de ejercerla: la defensa por sí mismo y la defensa técnica.

La primera se permite solo en el caso de que el imputado lo desee y no se perjudique con ello los resultados que pueda conseguir una defensa técnica. La defensa técnica debe ser ejercida por abogado. El imputado puede elegir al defensor de su predilección, o bien el juez debe nombrarle uno de oficio, con el objeto de garantizar la defensa, cuando por cualquier circunstancia no pueda proveerse de uno, e incluso puede nombrarlo en contra de la voluntad del imputado (Artículos 92 y 93 del Código Procesal Penal).

Pero, aún gozando de abogado defensor, el imputado está facultado para formular solicitudes y observaciones. En lo referente al defensor, se estipula que debe atender a las disposiciones de su defendido, pero que en el ejercicio de su cargo actuará bajo su responsabilidad. El Artículo 101 del Código Procesal Penal, se constituye en la regla que protege el derecho específico del imputado y el buen ejercicio de la defensa técnica; dicha norma faculta a defensor e imputado a pedir, proponer o intervenir en el proceso con las limitaciones que la ley señala.

Un paso importante en la nueva legislación consiste en que se prohíbe, al defensor, el descubrir circunstancias adversas al defendido, en cualquier forma que las haya conocido. Con ello se pone término a la idea de que el defensor es, en cierta medida, auxiliar del juez, y se aclara que su función consiste en velar por los intereses de su defendido.

- Conocimiento de la imputación: el derecho de defensa lleva implícito el derecho del imputado a conocer la información del hecho que se le atribuye y a expresarse libremente sobre este. Sobre el derecho a conocer la información, puede decirse, que para poder defenderse es necesario conocer la existencia de algo de qué defenderse.

En el Código Procesal Penal la imputación necesaria juega su papel fundamentalmente en momentos procesales claves para el ejercicio de una defensa efectiva. El primero lo constituye la declaración del sindicado. Con respecto a ella, el Código Procesal Penal

ordena, en el Artículo 81, lo siguiente: "Advertencias preliminares. Antes de comenzar las preguntas se comunicará detalladamente al sindicado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida; su calificación jurídica provisional, un resumen de los elementos de prueba existentes, y las disposiciones penales que se juzguen aplicables".

Otro lo constituye el momento de la acusación, contemplada en el Artículo 332 del Código Procesal Penal, y que regula con detalle su contenido y forma. En este momento tienen efectividad dos circunstancias importantes para el ejercicio de la defensa. Una la constituye el hecho de que el Ministerio Público no puede acusar sin antes haber oído al sindicado. Y la otra, que el hecho objeto de investigación y posible hecho por el que se realizará un juicio y del cual se acusará al sindicado, ha sido promovido por un órgano ajeno al juez, el Ministerio Público, diferencia de suma importancia en relación con el procedimiento derogado y que tiende a hacer efectiva la imparcialidad del juzgador. Durante el juicio, en la fase del debate, se debe señalar nuevamente al acusado el hecho por el que se hace el juicio y que se le atribuye (Artículo 370 del Código Procesal Penal).

- Intervención en el proceso: Para que el derecho de defensa sea real, el ser escuchado debe acompañarse del poder actuar, del poder intervenir. Ya en la primera declaración dentro del procedimiento preparatorio o en cualquier etapa de este, el imputado puede indicar los medios de prueba que considere oportunos para la contribución a su defensa. También puede protestar la prueba que considere

inadmisible, o impugnar las diligencias en las que no se hayan cumplido las formalidades legales. No debe olvidarse que esta facultad puede ser ejercida por el perseguido o por su defensor (Artículo 183 del Código Procesal Penal).

Como ya se indicó anteriormente, el imputado o su defensor pueden proponer, al Ministerio Público, medios de investigación en cualquier etapa del procedimiento preparatorio, con la posibilidad de recurrir ante el juez en caso de que aquel se niegue a diligenciarlas. También el sindicado y su defensor tienen derecho a asistir a los actos en que se desarrollen las diligencias de investigación y pedir que se hagan constar las irregularidades y defectos que considere pertinentes. En lo que se refiere al procedimiento intermedio, el Código Procesal Penal faculta, al imputado y a su defensor, a ejercer control directo sobre la acusación, con la amplitud necesaria para que este control sea efectivo. Así, la ley establece, luego de formulada la acusación, aquellos podrán: señalar vicios formales, plantear excepciones, formular objeciones contra los requerimientos del Ministerio Público y pedir que se practiquen medios de investigación que no se hayan realizado.

La figura del defensor y su posibilidad de intervenir en el proceso, adquiere especial importancia en el momento del juicio. Ya en el inicio se faculta a las partes para que aporten pruebas al juicio, pues la ley permite el ofrecimiento de pruebas o la solicitud de anticipo de estas. Dicha disposición posibilita que el defensor proponga todas las pruebas de descargo que desee de acuerdo con su estrategia de defensa.

El Artículo 353 del Código Procesal Penal permite la división del debate, según la gravedad del delito que se juzgará, por pedido del Ministerio Público o del defensor. En la primera parte -dispone el Artículo mencionado- se discutirá lo relativo a la culpabilidad del acusado, y en la otra parte lo referente a la pena o medidas de seguridad y corrección. En estas discusiones el defensor, con el fin de fundamentar, puede ejercer el control de las pruebas, aportar sus pruebas de descargo y hacer las valoraciones jurídicas necesarias.

Ya en la fase del debate, el procesado puede manifestar lo que quiera en relación con el hecho del que se le acusa. Puede asimismo, durante el transcurso del debate, hacer las intervenciones que considere necesarias, con asesoría de su defensor.

En el caso de que el Ministerio Público amplíe la acusación, el acusado tiene la facultad de pedir la suspensión del debate, con el fin preparar su defensa en relación con los nuevos hechos objeto de juicio. Nuevamente la defensa puede ejercer sus funciones de valoración jurídica y control de las pruebas, al finalizar el debate. Al terminar este, se procede a la discusión final, en la que las partes tienen la facultad de manifestarse con respecto al desarrollo del debate y de emitir sus conclusiones (Artículo 382 del Código Procesal Penal).

- Idioma del imputado: históricamente, el multilingüismo en Guatemala ha generado problemas en los procedimientos judiciales, problemas que en la mayoría de los casos se han traducido en arbitrariedades. El anteproyecto de Código Procesal

Penal tomó en cuenta esta realidad. Así incluyó, en su contenido, normas que tratan de dar una solución a esta realidad.

Es importante mencionar que, tras la diversidad idiomática, existe una diversidad cultural, que se traduce en la forma de resolver conflictos y de percibir lo jurídico en general, situación que exige profundas transformaciones de todo el sistema jurídico nacional. Este problema excede, sin embargo, los alcances de este trabajo. Pero es justo dejar sentado, que la posibilidad del multilingüismo en el proceso penal, que se propone en el anteproyecto es un buen inicio.

Para aquellas personas que no conozcan o no entiendan correctamente el idioma oficial, el traductor es el mecanismo que el Código Procesal Penal ha introducido (Artículo 90) para proteger su derecho de defensa; puede prestar este auxilio también una persona de confianza del sindicado. El traductor lo asistirá en declaraciones, debates y audiencias. Las exposiciones de personas que ignoren el idioma oficial solo tienen efectos una vez realizada su traducción.

El Artículo 142 del Código Procesal Penal, en el último párrafo, regula: "Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas. Esta norma genera la obligación de desarrollar los procedimientos en los idiomas en que sea necesario, cuando los casos lo ameriten. Los imputados pueden

informarse así del proceso de investigación, y en el juicio ejercer con mejores expectativas sus derechos”.

- Servicio público de defensa: en el procedimiento penal derogado, el juez debía nombrarle un defensor de oficio al imputado que no podía agenciarse los servicios de un abogado. La ley determinaba que dicha función podía ejercerla un abogado de oficio o un estudiante de derecho; esto último se convirtió en el uso general y constituía una vulneración legal del principio de defensa.

El nuevo Código Procesal Penal ha eliminado esta posibilidad, al disponer que en todos los casos el defensor debe ser abogado. Y se ha creado, para tal fin, el Servicio Público de Defensa Penal (Artículo 527 del Código Procesal Penal).

Todo abogado colegiado pertenece al Servicio Público de Defensa Penal y sus servicios son remunerados. El Servicio depende de la Corte Suprema de Justicia; al respecto, se considera que esa disposición vulnera la autonomía de las funciones de los defensores, pues la dependencia económica, en especial, puede coartar sus funciones o generar reticencia hacia ellas.

- Publicidad y oralidad: el Código Procesal Penal contiene, en el Artículo 12, el principio de publicidad del proceso: "Obligatoriedad, gratuidad y publicidad. La función de los tribunales en los procesos es obligatoria, gratuita y pública...".

La publicidad es, pues, la garantía de control de la actividad de los órganos que intervienen en el proceso. Se deriva de la publicidad que debe investirse todos los actos del poder estatal y resulta esencial a la naturaleza de la forma de gobierno republicano, que contiene la Constitución Política de la República de Guatemala.

La oralidad es la vía que posibilita una publicidad real dentro del proceso penal, para el control de este y la protección de las garantías individuales del procesado. No significa esto que el uso de la escritura dentro del nuevo procedimiento haya sido desechada por completo, pero de la misma ley puede deducirse que debe utilizarse cuando sea estrictamente necesario, como es el caso de la documentación de la prueba anticipada o las declaraciones de funcionarios o diplomáticos. Quienes no pueden expresarse en forma oral tienen también dentro del proceso, la posibilidad de hacerlo por escrito (Artículo 362 del Código Procesal Penal).

- Publicidad restringida (procedimiento preparatorio): la publicidad es un principio con fundamento constitucional que ordena que de ella deben gozar todos los actos de gobierno, especialmente los relacionados con las leyes y órganos de aplicación de justicia.

Debido a las especialmente dañinas consecuencias que pueden causar las arbitrariedades en el proceso penal, el principio adquiere aquí especial importancia. Pese a esto, frente a la publicidad general que reviste todo el procedimiento, existen

momentos en que se hace necesaria la secretividad, al menos relativa, unas veces para asegurar el resultado del proceso y otras para proteger al imputado.

Dentro del período preparatorio los actos preparatorios son reservados para los extraños, dispone el Código Procesal Penal en el Artículo 314. Desarrolla luego que, del contenido de las actuaciones solo pueden tener conocimiento el sindicado y los sujetos a quienes se les haya dado intervención en el proceso.

Ordena también la obligación de reserva de todos los que tengan conocimiento del contenido del proceso, incluidos los abogados. Cuando el caso lo amerita, el Ministerio Público tiene la facultad de aislar o limitar el ingreso a lugares donde se esté investigando, por razones únicamente de protección de velar por que no se destruyan pruebas o indicios.

El Ministerio Público tiene la excepcional potestad de restringir la publicidad en los casos en que obstaculice el descubrimiento de la verdad, de diligencias determinadas, por un plazo que no exceda de diez días. En general los casos de restricción de la publicidad son siempre la excepción y deben ser debidamente justificados.

Otra regla referida al límite de la publicidad y al principio de inocencia consiste en que se limita la presentación de los sindicados ante los medios de comunicación. Esta se halla contenida en la Ley Orgánica del Ministerio Público.

- Publicidad en el juicio: la publicidad, uno de los principios más importantes que rigen el proceso guatemalteco, adquiere especial significado en la fase del juicio. Así, el Código Procesal Penal ordena, en el Artículo 362, la oralidad del debate: deberán vertirse en forma verbal las declaraciones del acusado, de los órganos de prueba y las intervenciones de las personas que participen en el debate.

Como ya se apuntó en este trabajo, el proceso accede a la publicidad por medio de la oralidad. De esta manera, una de las partes más importantes del juicio es el debate (la discusión), que dependiendo del delito, puede ser dividido en dos momentos de discusión: una sobre la culpabilidad del acusado, y otra sobre las penas o medidas.

Junto a la publicidad, otros principios rigen el desarrollo del debate o juicio, al cual desarrollan y controlan en gran medida a través del uso de la comunicación oral como instrumento del proceso.

Así, la inmediación procesal es otro de los principios contenidos en el Código Procesal Penal que la oralidad permite. En el capítulo del debate, dicho cuerpo legal dispone que este "...se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces llamados a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de las demás partes o sus mandatarios". Dicho de otra manera, la oralidad es inmanente a estos principios.

El carácter público del juicio, sin embargo, puede tener sus limitaciones dentro del procedimiento vigente, en general cuando, junto a la necesidad de control del juicio,

están presentes bienes jurídicos que pueden verse afectados por el hecho mismo de la publicidad. Dentro de estas limitaciones pueden clasificarse las dispuestas por el Código Procesal Penal en el Artículo 356, el cual señala que la publicidad puede limitarse parcial o totalmente, cuando: con ella se afecte el pudor, la vida o la integridad física de alguna persona citada para participar en debate; afecte gravemente el orden público o la seguridad del Estado; peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; esté previsto específicamente; se examine a un menor, si el tribunal considera que la publicidad es inconveniente, porque lo expone a un peligro.

Con estos referentes, entonces, se presenta la posibilidad de debates totalmente cerrados al público o restringidos solo en momentos determinados. Por supuesto, la causa de restricción debe ser siempre debidamente fundamentada.

1.3 Características del Código Procesal Penal

a. Oficialidad y legalidad: dentro del ordenamiento jurídico nacional, la persecución penal es facultad casi exclusiva del Ministerio Público, salvo los casos en los que por virtud de la ley puede ser ejercida por particulares (delitos de acción privada) y aquellos en que personas morales o naturales pueden acogerse a la acción del Ministerio Público, o bien iniciarla en algunos delitos de acción pública. La oficialidad de la acción penal es, entonces, un principio vigente en el procedimiento actual, ya que la ley regula la forma de su ejercicio y la entidad que debe ejercerla.

Junto a esta exclusividad de la persecución penal por parte del Estado, corre la regla general que manda la persecución de todos los delitos de que tengan noticia los órganos competentes. Así, el Artículo 24 del Código Procesal Penal establece: "La acción penal corresponde al Ministerio Público (...) deberán ser perseguidos de oficio todos los delitos". El Estado se halla obligado, entonces, a la persecución de la totalidad de estos. Como se señaló al inicio, estos principios no tienen, por supuesto, carácter de completa generalidad.

Caso especial lo constituyen, por ejemplo, las acciones que se basan en violaciones de derechos humanos, en las que la promoción de la acción penal puede ejercerla un ciudadano o asociación de ciudadanos. Aquí se señala que esta decisión significa una herramienta importante para contrarrestar la continua violación de los derechos fundamentales, que en Guatemala es una práctica común.

El Código Procesal Penal regula casos en los cuales el ejercicio de acción penal puede ser ejercido por particulares (los llamados delitos perseguibles a instancia de parte) y aquellos en los que el Ministerio Público puede ejercer su función persecutoria, una vez que el legitimado ha promovido acción, o bien ha dado autorización para que ésta se promueva (Artículo 24 del Código Procesal Penal). El Estado únicamente puede ejercer acción penal por medio del Ministerio Público.

- b. Oportunidad: atendiendo al principio de igualdad de los ciudadanos, la persecución de todos los delitos se presenta como su consecuente necesario. No obstante, en la realidad esto no es ni posible ni racional.

Basta un somero análisis para comprender que la actividad delictiva siempre rebasa la capacidad del sistema penal en general para por lo menos dar entrada a todos los hechos susceptibles de persecución, promover una investigación adecuada en cada uno de ellos y mucho menos dar resolución legal a todos los casos. A lo anterior debe agregarse otro factor, que estriba en la idea de que el exceso de persecución (represión) es, a su vez, generador de violencia y delincuencia.

La legalidad debe atenerse, pues, al sentido común. Tal es la posición de la nueva legislación nacional. El contenido del Artículo 25 del Código Procesal Penal significa, dentro de la legislación nacional, una innovación que permitirá el uso racional de los recursos y el descongestionamiento del sistema de administración de justicia penal. En este Artículo se le dan salidas alternativas a distintos tipos de conflictos que el sistema acoge para su resolución, salidas que, sin descuidar la protección de las garantías del imputado y la eficacia del proceso, permiten una mejor distribución de recursos materiales y humanos.

Así, el Ministerio Público, con consentimiento del agraviado y autorización de juez, puede abstenerse de ejercer acción penal, o bien pedir el sobreseimiento de un proceso, en presencia de los siguientes supuestos:

- Cuando el motivo de la persecución penal sea delito infrecuente o de escasa repercusión, siempre que la petición de pena por parte del Ministerio Público no pase de dos años de prisión, o el imputado sea funcionario o empleado público.
- Cuando la culpabilidad sea mínima, con excepción de los funcionarios y empleados públicos.
- Cuando el sindicado haya sufrido gravamen por las consecuencias del delito.
- Cuando el inculcado haya reparado, o se comprometa a reparar, los daños causados.

Otra de las alternativas que el Código dispone es la conversión. Consiste en la posibilidad de convertir las acciones de carácter público en acciones de carácter privado, en las que el seguimiento de la persecución corresponderá al propio agraviado.

Es procedente en las siguientes circunstancias:

- Cuando se presenten los supuestos para aplicar el criterio de oportunidad.
- En delitos que requieran instancia particular, cuando el Ministerio Público lo autorice y el particular pueda realizar una investigación eficaz.
- En los delitos contra el patrimonio.
- Otra modalidad de aplicación del criterio o principio de oportunidad lo constituye la suspensión condicional de la persecución penal. Procede esta solo en los procesos en que sea posible la suspensión condicional de la pena. El imputado debe aceptar la responsabilidad del hecho que se le endilga y reparar el daño causado o asumir el deber de hacerlo.

c. Investigación a cargo del Ministerio Público: la Constitución Política de la República de Guatemala define al Ministerio Público como una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyo fin es velar por el estricto cumplimiento de ley. Dispone además que el jefe del Ministerio Público es el Fiscal General, a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal pública.

El Artículo uno de la Ley Orgánica del Ministerio Público estipula que el órgano en cuestión es autónomo, que promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de instancia pública con el objetivo -añade la Ley, en términos no muy claros- de la realización de la justicia. Ordena, además, que en el desarrollo de sus funciones el Ministerio Público actuará con objetividad, imparcialidad y respeto del principio de legalidad.

También el Código Procesal Penal sistematiza, la norma constitucional, prescribiendo que el Ministerio Público goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos. Incluye, asimismo la prohibición, a cualquier autoridad, de interferir en la actividad persecutoria de los fiscales.

La decisión de encargar al Ministerio Público el ejercicio de la persecución y acción penales, tiene como fin fundamental resguardar la imparcialidad de los jueces y hacer efectiva la investigación de los delitos. Hoy la Policía Nacional Civil depende directamente de los fiscales, en los procesos de investigación criminal.

Esta es una diferencia radical en contraposición a la legislación anterior, en la cual la investigación o preparación del juicio estaba en manos de un juez de instrucción, que, por su posición de investigador y de protector de garantía, no realizaba eficientemente ni una cosa ni la otra. En otras palabras, realizaba una preparación burocrática y rutinaria del juicio sobrepasando muchas veces, en su actuar, los derechos mismos del imputado a quien estaba llamado a proteger.

Con el encargo, de la investigación al ministerio fiscal, hoy los jueces tienen la posibilidad de constituirse en verdaderos defensores de los derechos fundamentales del ciudadano que sea objeto de persecución penal.

La legislación le confiere independencia y autonomía al Ministerio Público, imponiéndole como límite el respeto de la legalidad. En ese orden, toda autoridad ajena a la estructura de la fiscalía tiene prohibición de intervenir en la actividad de ésta o influir en sus decisiones.

Otra posibilidad que se abre con la independencia y la especialidad de su función (investigación), es la de plantear estrategias y tácticas en su proceder para alcanzar los mejores resultados en su actividad, así como el poder plantear respuestas político-criminales específicas a problemas concretos, de las que la aplicación del criterio de oportunidad es el mejor ejemplo.

Tras la decisión de facultar al Ministerio Público como órgano estatal responsable de la investigación, existe también otro gran objetivo referido a la idea de juicio penal democrático: el objetivo de que el proceso penal responda en lo posible a un modelo acusatorio y las características de éste (control de la investigación, control de la prueba, contradicción argumental y, fundamentalmente, control judicial y publicidad del proceso).

Es importante señalar, sin embargo, que la misma ley atempera la vigencia del principio acusatorio, pues por disposición normativa, el ministerio fiscal no sólo debe perseguir penalmente, sino que además debe ser "objetivo en su función" (Artículo 108 del Código Procesal Penal). Esta objetividad implica dos cosas: el que deba velar por la correcta aplicación de ley; y el que, cuando corresponda, solicite o requiera en favor del imputado. De esto resulta que, si bien el acusatorio es el modelo base, no es del todo comparable con sistemas como el británico o el norteamericano.

d. El juez como contralor de garantías: en el ordenamiento procesal penal derogado, existía la figura del juez instructor delineada con todos los matices del sistema inquisitivo, es decir, que investigaba los delitos y protegía los derechos del imputado, fines que, como ya se señaló, no cumplía con eficiencia. Además, esta modalidad era inconstitucional, ya que la Constitución Política de la República de Guatemala claramente prescribe que los jueces son los encargados de *juzgar y promover la ejecución de lo juzgado*. Por demás, el investigar era una función que salía de su esfera.

La decisión de confiar al Ministerio Público la función investigativa intenta, en parte, resolver esta contradicción. También trata de situar a los jueces en la actividad que les corresponde: juzgar y decidir sobre las situaciones que el proceso presente, especialmente en las que estén en juego los derechos y garantías del justiciable. Por eso, el juez está separado de la actividad investigativa, para que proteja con eficiencia los derechos y garantías y decida con imparcialidad; así, el juez mismo se convierte en una garantía del control de la legalidad del proceso.

El juez también es garante de la libertad y la dignidad personal, al decidir sobre la coerción del imputado; y es garante del principio de legalidad procesal, al ser en definitiva quien decide sobre la aplicación del criterio de oportunidad, de suspensión de acciones, de sobreseimientos y, en general, de todos los hechos que deban ser resueltos con el poder de la jurisdicción.

e. Excepcionalidad de las medidas de coerción privativas de libertad: la aplicación en un proceso penal de cualquier medida de coerción es contradictoria por mucho que se justifique respecto del principio de inocencia, de juicio previo y del de culpabilidad. Pese a ello, la ley admite, en circunstancias determinadas y delimitadas con exhaustividad por ella misma, la aplicación de medidas de coerción, que por las razones señaladas son por principio *excepcionales*.

Sin embargo, en la legislación derogada se aplicaron, como regla, las medidas de coerción y, en especial, la prisión preventiva. Puede decirse que el quedar sujeto a alguna medida era lo usual, especialmente el quedar sujeto a prisión preventiva.

Por supuesto, esta deformación no se debía solamente a la errónea interpretación de la ley por parte de los jueces. Influían también en este problema otros factores, tales como el hecho de que los jueces eran los encargados de la investigación, y utilizaban las medidas como una forma de asegurar el resultado de su actividad, con un claro criterio inquisidor. Esta es, sin duda, la principal causa de la gran cantidad de presos sin condena, que satura el sistema penitenciario.

Otro elemento importante que contribuyó a la deformación apuntada, lo constituye un velado pensamiento represivo. El uso de la prisión preventiva se consideró, dentro de la ideología del sistema, como una medida efectiva en la lucha contra la delincuencia (represión). Como no se cuenta con argumentos científicos de que en algún momento esto hubiera cumplido realmente este fin, puede asegurarse que lo se logró con eficacia fue la negación del derecho de libertad para muchos y la trasgresión de los principios de inocencia y juicio previo.

Dentro de la nueva ley, las medidas de coerción se desarrollan en un medio distinto. Hoy la investigación es función de un órgano distinto e independiente de la judicatura; con ello el juez está alejado, al menos formalmente, de prejuicios contra los imputados. El proceso tiende hacia el modelo acusatorio, lo que contribuirá a que los imputados no

sean siempre sujetos a medidas de coerción, en forma contraria a los procedimientos de corte inquisitivo en los que la sujeción a medidas es, en sí, un requisito para su funcionamiento y efectividad.

f. Oralidad: como ya se señaló en este trabajo, la oralidad es el instrumento adoptado por la ley procesal guatemalteca para que el juicio acceda a las exigencias propias de un sistema republicano de gobierno. Si tras la idea republicana se halla la idea de publicidad, participación y control de los actos de poder, la oralidad se torna en el medio más racional para promover y proteger dichos principios.

En la nueva ley procesal, la oralidad se constituye en la vía que garantiza más efectivamente la publicidad de la actividad jurisdiccional, publicidad indispensable para que esta cumpla con su función, al menos en dos planos: el primero, que los fallos sean percibidos como una resolución pacífica de los conflictos dentro del seno de la sociedad y, cuando sea el caso, produzcan efectos preventivos generales; y el segundo, que la publicidad respalde las decisiones y efectos de los fallos en que se vean involucrados miembros de cualquiera de los organismos estatales, de manera tal que los jueces, en forma individual y como organismo del Estado, cumplan con su objetivo de control y contrapeso del poder estatal, poder en el que su presencia, hasta hoy, ha sido casi inexistente.

La oralidad tiene, además, una relación necesaria con los principios de inmediación, concentración y con la personalísima actividad de juzgar.

La inmediación se establece como circunstancia necesaria para que la información obtenida en el juicio sea conocida por todos los involucrados directamente en este y, en especial, por los juzgadores, quienes al final decidirán en último término el conflicto motivo de debate.

Atendiendo a lo anterior, el Código Procesal Penal vigente incluye normas como las contenidas en el Artículo 354 -que ordena realizar el debate con la presencia ininterrumpida de los jueces, del querellante, del acusado, del defensor y de las demás partes o representantes- o la contenida en el Artículo 360 -que manda la suspensión del debate en los casos de incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes irremplazables; o por la enfermedad grave de un juez, el acusado, el defensor, o el fiscal-.

La concentración de los actos procesales también es un principio que debe adquirir protagonismo dentro del debate o juicio, con el objeto de reducir en lo posible el tiempo de duración del procedimiento y lograr que la información útil al fallo judicial se concentre en un reducido lapso. Esto sólo se puede lograr con fluidez comunicativa, la cual es posible únicamente a través de la oralidad. Esta norma se lleva a tal grado que, si un debate es suspendido por más de 10 días, debe iniciarse nuevamente (Artículo 361 del Código Procesal Penal).

CAPÍTULO II

2. La pena

2.1 Definición

La pena ha de ser una restricción de bienes al sancionado, a consecuencia de lo cual puede valorarla, el que la sufre, como un mal, esa es su valoración, que es subjetiva, mientras que otra cosa es la significación que tenga tal pena para el desarrollo de la humanidad su valor que es objetivo. Por la valoración del sancionado no se puede, sin más, hablar de la pena como un mal, sino, a partir del hecho que dé o no solución a la necesidad social a que está destinada; si da solución es un bien, si no da solución puede ser o un mal o simplemente insignificante.

Es una restricción de bienes al sancionado proporcional al bien jurídico y a la culpabilidad, pero, aún falta algo, varios autores cuando analizan los fines de la pena afirman que la pena no debe tener cualquier medida, pues, puede resultar en determinada medida desocializadora, por otra parte, si la pena se mide únicamente en proporción al bien jurídico y a la culpabilidad cabe la solución kantiana de la ley del talión, pero, cuando se toma en cuenta la prevención entonces no resulta adecuada tal proporción, pues, cuando internamos a un individuo por un largo período en la cárcel podemos desocializarlo o cuando por el monto de las cuotas de una multa se afecta la economía del sancionado en tal magnitud que le obligan a restricciones materiales en

su vida social o le lleva a cumplir la pena en prisión por no poder pagar, resulta, igualmente, una pena que en esa medida, en esa magnitud no es apta a la prevención, pues en realidad la impide, la obstaculiza.

Se puede decir también que es la consecuencia jurídica del delito, que consiste en la privación o restricción de los derechos de una persona, impuesta por el órgano jurisdiccional, en sentencia firme, para castigar o rehabilitar a quien ha cometido un delito, o en su caso evitar que lo cometa o lo siga cometiendo.

Partiendo del tipo de delito Beccaria⁵ manejó el tipo de pena, la pena será siempre la sanción que el delincuente reciba por parte del juez, la cual será justa y sobre todo con la finalidad de evitar que se repita el delito y siempre buscar su readaptación en la sociedad tras su separación.

2.2 Teorías de la pena

- a. Teorías absolutas de la pena: son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. *Absoluta* porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se *suelta* de él. El primer punto de vista es:
- La teoría de la justa retribución: desarrollada por Kant, para quien la pena *debe ser* aun cuando el estado y la sociedad ya no existan, y Hegel cuya fundamentación de

⁵ Beccaria, Cesare. **Tratado de los delitos y las penas**. Pág. 58.

la pena pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding) concibe al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito, como reestablecimiento del derecho, entiende que la superación del delito es el castigo. En coincidencia con Kant, tampoco Hegel reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del derecho penal y, debido a que no existen aún alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia. En la jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo.⁶

Esta concepción recibe su característica de *absoluta* debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un *medio* instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres

⁶ Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 127.

humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden -no matarás- que precede a la descripción legal -al que matare a otro... se le impondrá una pena de...-, cuya existencia es independiente de la sanción.

El mal de la pena esta justificado por el mal del delito, es concebido como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen funci3n alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la funci3n de realizaci3n de justicia. La opini3n m3s generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por 3sta teoría como reacci3n por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esta teoría explica la s3lida interconexi3n establecida entre las teorías del delito y la pena:

- a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito;
- b) El delito, condici3n de la pena, exige la realizaci3n de un comportamiento contrario a la norma, m3s, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo;
- c) El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aqu3l sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma opt3 por la opci3n contraria y delinqui3. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jur3dico,

no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad;

d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

- Del presente análisis se pueden establecer algunas objeciones a las tesis retributivas: las críticas formuladas a esta teoría explican su progresiva decadencia que se pone de manifiesto en virtud de que la misma ha sido abandonada por la doctrina penal contemporánea al menos en su perfil ortodoxo de concepción absoluta. En relación al fundamento y límite del *ius puniendo*.
- Fundamenta el *para qué* del castigo pero no explica ¿cuándo? el Estado debe hacerlo.
- No fija un límite en cuanto al contenido de la potestad penal estatal.
- Presupone la necesidad de la pena que debería en realidad justificar; llevada al extremo concluiría en que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.

- Imposibilidad de verificar el libre albedrío:
 - Presupone el libre albedrío o libertad de voluntad respecto de lo cual se sostiene que es irracional fundamentar el derecho del Estado a imponer penas en la existencia de una culpabilidad basada en él, debido a que la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.

- La retribución como pago del mal con el mal. La racionalización de la venganza:
 - El pago o la devolución de un mal corresponde al arraigado impulso de venganza humano. La afirmación de que con la pena se ejerce una retribución fáctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano.

 - Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes (no explica ¿cuándo? el Estado debe aplicar la pena).

 - La idea de retribución compensadora es vulnerable debido a que la pena no borra el mal causado por el delito sino que en realidad añade un segundo mal, *el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor.*

Más allá de las críticas a la teoría hasta aquí expuesta, el derecho penal contemporáneo no ha evolucionado hacia un abandono total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas como alternativas. La sistematización de los presupuestos de punibilidad, formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas se ve como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado y en los modelos propuestos en su reemplazo parecería estar corriendo riesgo, ello origina un rechazo de éstos, además, la circunstancia de que no se haya formulado aún ningún sistema que ofrezca presupuestos de incriminación (teoría del delito) diferentes a los enunciados como consecuencia de la concepción retributiva, da más fuerza a la sensación de que el abandono de dichas teorías produciría inseguridad jurídica.

Además, debe concederse a esta teoría la virtud de haber concebido a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableciendo un límite a la pretensión punitiva estatal.

b. Teorías relativas de la pena: las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico.

- Teorías de la prevención especial: desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.⁷

Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; *sólo la pena necesaria es justa*. Se habla de *relativa* porque su finalidad está referida a la *evitación del delito*.⁸

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

⁷ Carnelutti, Francesco. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 122

⁸ **Ibíd.**

- Corrigiendo al corregible: resocialización
- Intimidando al intimidable
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable.

- Al realizar un análisis se pueden observar algunas objeciones a la teoría de la prevención especial:

En cuanto al fundamento y límites del *ius puniendi*:

- El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del *ius puniendi*.
- No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas.
- No posibilitan una delimitación del *ius puniendi* en cuanto a su contenido.
- Pueden crear el riesgo de fundamentar el derecho penal contra los inadaptados – enemigos políticos- o los asociales –mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.-

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su

voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del derecho penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

- Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena:
 - En la mayoría de los casos, los conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial, según el análisis realizado, la única conclusión viable sería la impunidad, o sea:

*delincuentes primarios y ocasionales: porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.

*delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.

*delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.

*delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.

*delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

– En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

▪ Illegitimidad de la resocialización coactiva:

– El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado.

– No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.

La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono

de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

c. Teorías de la prevención general: tiene origen científico en Feuerbach⁹, concibe a la pena como una amenaza, que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor, debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, *prevención general*, significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada con el fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según Feuerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza".

⁹ Hurtado Pozo, José. **Manual de Derecho Penal**. Pág. 174.

Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

- Teoría de la prevención general positiva: la prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevailecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

Asimismo, en base al análisis realizado anteriormente, se pueden encontrar algunas objeciones a la teoría de la prevención general:

- En cuanto al fundamento del ius puniendi:
 - Esta formulación encierra el peligro de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, deja sin resolver la pregunta siguiente; ¿frente a qué supuestos tiene el Estado la facultad de intimidar? Ello

explica su tendencia a favorecer el *terror penal* (como ocurrió en la baja Edad Media con la práctica de las ejecuciones ejemplares).

- Tampoco aporta datos acerca de ¿cuáles son los comportamientos esperados y cuáles los indeseables?

- En cuanto al límite del *ius puniendi*:
 - Podría terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un derecho penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos.

 - No es posible determinar cuál es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social.

- Indemostrabilidad de la coacción psicológica:
 - Las suposiciones sobre el efecto intimidatorio de las penas ejemplares sólo pueden pretender el status de una cuestión de fe.

 - Es muy difícil verificar cuál es el efecto preventivo general de la pena. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo resulta, al menos, dudosa.

- Utilización del delincuente para amedrentar a otros hombres:
 - El interés público en la evitación de delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él le ocasiona: la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres.
 - Es impugnable en sí mismo un criterio que utiliza al hombre de esa forma ya que no se lo castiga por su acción sino por comportamientos que se supone que otros hombres pueden realizar, asumiendo sentido la objeción kantiana a que los seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros.

Las impugnaciones a la teoría de la prevención general tampoco han provocado que el derecho penal haya podido despojarse totalmente de este punto de vista. Es importante señalar que fueron precisamente ópticas de prevención general las que dieron lugar a uno de los más modernos intentos por fundamentar el sistema penal: partiendo de la concepción de Luhmann de que el derecho es instrumento de estabilización social, se ha explicado la denominada *prevención general positiva*¹⁰.

d. Teorías mixtas o de la unión: la polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena, ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan las teorías de la unión, que procuran articular una síntesis entre las doctrinas

¹⁰ Estrada Cordón, Onelia. **Análisis de los procedimientos especiales en el código procesal penal guatemalteco.** Pág.51.

en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, estas *teorías de la unión* son dominantes en el derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el ius puniendi estatal, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan.

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al derecho penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

- a. Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.

- b. Las que sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

En algunos exponentes de estas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena.

Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivos pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que en la sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Pasarían a segundo plano consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor o al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual,

relacionada con evitar la imposición de una pena tan reducida que suponga efectos contraproducentes para el control social.

La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

En resumen, se podría decir que la teoría de la pena antes enunciada puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.

2.3 Sistemas de valoración de la prueba

Para dictar sentencia el juez debe apreciar las pruebas, es decir, debe realizar un juicio de valor y determinar qué eficacia tienen las pruebas producidas en el proceso. Y para ello, debe seguir un sistema. De esta forma, el tema se concreta a dos interrogantes ¿qué eficacia tienen las pruebas presentadas? y ¿qué sistema sigue el juez para determinar el grado de eficacia de las pruebas?

Los sistemas para la apreciación de la prueba, que la doctrina reconoce, son fundamentalmente: el de las pruebas legales y el de la sana crítica, pero existe un tercer

sistema: el de la libre convicción, acerca del cual la doctrina discute si es un sistema autónomo o si por el contrario se lo debe identificar con el de la sana crítica.¹¹

- Sistema de las pruebas legales: en este sistema, la ley indica, por anticipado, el valor o grado de eficacia que tiene cada medio probatorio. El juez no tiene libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley. Este sistema también suele ser denominado prueba *tasada* o *tarifadas*. El origen histórico del sistema está en el primitivo derecho germano y predominó en el mundo occidental durante la Edad Media y la Edad Moderna, dando lugar a la formulación de principios rígidos y extravagantes, tales como los referentes al valor de la declaración de los testigos:
 - Testimonio de un testigo intachable: valía *media prueba*;
 - Testimonio de un testigo sospechoso: valía *menos de media prueba*;
 - Testimonio de un testigo intachable y de uno sospechoso: valía *más media prueba*.
 - La declaración de un solo testigo, carecía de valor probatorio y no servía para probar el hecho (*testis unus, testis nullus*), requiriéndose por lo menos la declaración de 2 testigos intachables y cuyas manifestaciones fuesen concordantes.

¹¹ Arreola Higueros, Ruddy Orlando. **Análisis jurídico y doctrinario de la prueba intangible en el proceso penal guatemalteco**. Pág. 38

El sistema de las *pruebas legales* fue perdiendo prestigio por la forma en que los jueces lo aplicaban y por las arbitrariedades a que daba lugar, surgiendo así otros sistemas que daban a los jueces libertad en la apreciación de las pruebas.

- Sistema de la sana crítica: (o de la sana lógica). Conforme a este sistema, el juez tiene libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. Pero, el sistema no autoriza al juez a valorar arbitrariamente, sino que por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Y como consecuencia de esto, le exige al juez que funde sus sentencias y exprese las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba.

Las diferencias entre el sistema de las *pruebas legales* y el de la *sana crítica* según el análisis que se ha venido realizando son claras: en el primero, la valoración de las pruebas es hecha por el legislador en la ley y el juez carece de libertad para valorar; en el segundo, la valoración la hace el juez, éste tiene libertad para valorar pero –como se ha dicho– con limitaciones.

- Sistema de la libre convicción: en este sistema se otorga absoluta libertad al juez; éste puede apreciar con entera libertad las pruebas e incluso apartarse de ellas, dictando la sentencia conforme a lo que le dicta su conciencia o íntima convicción.

Como consecuencia de esto, el sistema no exige al juez que exprese las razones por las cuales concede o no eficacia a una prueba.

Nótese que, mientras el sistema de la *sana crítica* otorga al juez una libertad relativa o limitada para apreciar la prueba, el sistema de la *libre convicción* le otorga una libertad absoluta.

Por último, se debe de aclarar que gran parte de la doctrina considera que el sistema de la sana crítica y el de la libre convicción son equivalentes y se identifican. Para los que siguen esta posición habría sólo dos sistemas: el de las pruebas legales, que no concede libertad de apreciación al juez, y el de la libre apreciación de las pruebas, que sí concede dicha libertad. A este último sistema, las legislaciones de origen hispánico lo denominan sana crítica, en tanto que las legislaciones ajenas a la influencia española lo denominan *libre convicción* (por ejemplo Brasil, Alemania, etc.) o *prudente convicción* (por ejemplo Italia). Por tanto, concluyen en que no son sistemas antagónicos, sino simplemente diferentes formas de denominar al sistema de la *libre apreciación*.

2.4 Clasificación de las penas según el derecho penal:

- a. Clasificación doctrinaria de las penas¹²:
- Penas privativas de la vida (pena de muerte)
 - Penas privativas de libertad (prisión, arresto)

¹² López Betancourt, Eduardo. **Teoría del delito**. Pág. 32.

- Penas restrictivas de libertad (medidas sustitutivas)
- Penas restrictivas del patrimonio (multas, caución económica)
- Penas restrictivas del honor (publicación de sentencias)

b. Clasificación legal de las penas: según nuestra legislación penal vigente, es decir, el Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, las penas se clasifican en:

1. Penas principales
2. Penas accesorias

1. Penas principales: son aquellas que se imponen a la persona que ha cometido un hecho tipificado como delito o falta, siendo impuestas por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales en sentencia firme. Según el Artículo 41 del Código Penal son penas principales las siguientes:

- La de muerte
- La de prisión
- La de arresto
- La multa

2. Penas Accesorias: son penas que restringen los derechos de a quien se les impone, y se deben aplicar conjuntamente con una pena principal (he aquí su diferencia), se encuentran reguladas en el Artículo 42 del Código Penal y se establecen como penas accesorias las siguientes:

- Inhabilitación absoluta
- Inhabilitación especial
- Comiso o pérdida de los objetos o instrumentos del delito
- Expulsión de extranjeros del territorio nacional
- Publicación de sentencias
- Pago de costas y gastos procesales
- Publicación de la sentencia
- Y todas aquellas que otras leyes señalen

A continuación se presenta un cuadro comparativo entre las penas principales de arresto y de prisión:

	PENA DE PRISION	PENA DE ARRESTO
LUGAR DONDE SE CUMPLEN	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Centros penitenciarios, granjas penales, prisiones 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Lugar distinto al de prisión: comisarías, cárceles.
MOTIVO DE SU APLICACION	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Delito 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Faltas

TIEMPO DE DURACIÓN	<ul style="list-style-type: none">▪ De un mes, hasta 50 años	<ul style="list-style-type: none">▪ Hasta por 60 días
--------------------	--	---

CAPÍTULO III

3. Las medidas de coerción

3.1 Definición

Si la libertad, es un derecho inherente a la persona humana, existen diversos instrumentos jurídicos internacionales que reconocen a la libertad como un derecho fundamental. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, declararon que todo individuo tiene derecho a la libertad y nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, siendo el límite de la arbitrariedad las causas y condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados o por leyes dictadas conforme a ellas.

Si bien la libertad es un derecho reconocido en las declaraciones universales y en los textos constitucionales, no es menos cierto que está sujeta a una serie de restricciones en la medida en que la conducta de las personas pueda relacionarse con el delito, es por ello que el tema se torna debatible al tratar de definirse los límites a esas restricciones para que no se conviertan en arbitrarias ni afecten las garantías de un debido proceso, que es uno de los pilares más importantes de un estado de derecho.

Ya en materia se dice que las medidas de coerción o medidas coercitivas, son actos procesales de coerción directa que, pese a recaer sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, se disponen con la finalidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado puede realizar durante el transcurso del proceso instaurado en su contra llegando incluso a frustrarlo. Son limitaciones de derechos fundamentales por lo general del procesado se manifiesta en restricciones necesarias de mayor o menor envergadura más o menos aflictivas. Tienen las siguientes características, de acuerdo a William M. Evan¹³:

- Son de carácter excepcional
- Están establecidas en la ley
- Son cautelares
- Deben ser proporcionales

3.2 Principios que sustentan las medidas coercitivas

Teniendo como fundamento la restricción de derechos fundamentales del imputado, las medidas coercitivas se sustentan, basan o fundamentan según la legislación penal guatemalteca vigente, en los siguientes principios:

- a) Legalidad: para solicitarse y en su caso dictarse, una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta necesario e indispensable que aquella éste prevista y regulada por la ley procesal penal.

¹³ M. Evan, William. **El derecho como mecanismo de integración**. Pág. 72.

b) Proporcionalidad: para imponerse una medida coercitiva es necesario considerar que en el caso concreto, aquella constituye el último, necesario y último recurso o alternativa para alcanzar los fines del proceso. Este principio se conforma, según el derecho procesal penal, por:

a.- Adecuación. La medida es la más apta para alcanzar el fin legítimo del proceso;

b.- Subsidiariedad. Último recurso;

c.- Necesidad. Aparte de útil para alcanzar los fines del proceso penal, estos no pueden alcanzarse por otro medio.

c) Motivación: Significa que la imposición de las medidas coercitivas por parte del juez requiere de modo ineludible resolución judicial especialmente motivada. Este principio tiene origen y se encuentra ligado al principio de legalidad, ya que prevé que toda resolución judicial debe ser motivada con mención expresa de la ley aplicable al caso y de los fundamentos fácticos en que se sustenta.

Asimismo, este principio exige que el otorgamiento de éstas medidas por parte del juez o tribunal competente, sea motivado de modo suficiente según prevé el Artículo 264 del Código Proceso Penal.

d) Instrumentalidad: las medidas coercitivas no tienen una finalidad independiente en sí mismas; por el contrario constituyen formas, medios o instrumentos que se utilizan para garantizar la presencia del imputado en el proceso y con ello finalmente se logre el éxito de proceso.

- e) Urgencia: las medidas coercitivas sólo podrán ser impuestas cuando de los hechos y las circunstancias en que ocurrieron se pueda evidenciar la concurrencia de un verdadero peligro de ineficacia del proceso penal por la demora (evidencia de peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria).

- f) Jurisdiccionalidad: las medidas coercitivas sólo pueden ser impuestas, modificadas, ampliadas, suspendidas, acumuladas, por la autoridad jurisdiccional competente, en este caso, por el juez de la investigación preparatoria. Sólo como excepciones a este principio aparecen la detención policial o el arresto ciudadano, cuando en ambos casos, medie la especial situación de flagrancia delictiva.

- g) Provisionalidad: las medidas coercitivas reguladas, tienen un tiempo límite o máximo de duración. Su duración no es ilimitada ni mucho menos dura lo que dure el proceso. Incluso, antes que finalice el tiempo límite previsto por ley, pueden variar debido que se encuentran subordinadas a la permanencia de los presupuestos materiales. Aquí se materializa la regla del rebus sic stantibus que no es otra cosa que las medidas coercitivas son reformables, aún de oficio si favorece el imputado, cuando varían los presupuestos en que fueron aceptadas o rechazadas. De ahí que algunos tratadistas le denominen medidas procesales provisionales.

- h) Rogación: las medidas coercitivas de carácter personal, sólo pueden imponerse por la autoridad jurisdiccional a solicitud de sujeto legitimado, esto es el fiscal. Si se trata de medidas coercitivas de carácter real se imponen por requerimiento del fiscal y

excepcionalmente, también a solicitud del imputado, su defensor y el tercero civilmente demandado en caso que se solicite embargo o alguna garantía (278 y 280 Código Procesal Penal). En el sistema acusatorio, si no hay requerimiento o solicitud por parte del sujeto legitimado, es jurídicamente imposible que el juez ordene una medida coercitiva sobre el imputado.

Según la doctrina estas se pueden clasificar en medidas de coerción personales y reales, siendo las medidas coercitivas personales las siguientes:

- 1.- Detención
- 2.- Prisión preventiva
- 3.- Incomunicación
- 4.- Permanencia conjunta
- 5.- Internación
- 6.- Citación
- 7.- Conducción
- 8.- Aprehensión
- 9.- Presentación espontánea

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

La resolución del juez debe estar bien fundamentada, consignando todos los datos del inculpado que lo identifiquen.

2. Prisión Preventiva: de acuerdo al Artículo 259 del Código Procesal Penal 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.
3. Incomunicación: esta medida establece que se podrá imponer a la persona la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa, según el Artículo 264 numeral seis del Código Procesal Penal.
4. Permanencia conjunta: cuando en el primer momento de la investigación de un hecho, no fuere posible individualizar al autor o a los partícipes y a los testigos y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la averiguación de la verdad, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, ni se comuniquen entre si antes de informar, ni se modifique el estado de las cosas y de los lugares, disponiendo las medidas del caso, y, si fuere necesario, también se ordenará la permanencia en el lugar de todos ellos, de acuerdo a lo que establece el Artículo 256 del Código Procesal Penal.

5. Internación: se podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, según lo que establece el Código Procesal Penal en el Artículo 273, cuando medien los siguientes requisitos:

- La existencia de elementos suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho antijurídico o participe en él;
- La comprobación por dictamen de dos peritos, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornan peligroso;
- La existencia del peligro de fuga;
- La conducta anterior del imputado; y
- Tener seis o más ingresos a los centros de detención.

Asimismo, cuando fuere necesaria la presencia del sindicado se dispondrá su citación o conducción.

6. Citación: de acuerdo al Artículo 255, del Decreto Número 51-92, Código Procesal Penal, cuando la presencia de alguna persona sea necesaria para llevar a cabo un acto, o una notificación, el Ministerio Público o el juez o el tribunal la citará en su domicilio o residencia o en el lugar donde trabaja.

Las citaciones y notificaciones deben realizarlas personal del Ministerio Público, del juzgado o tribunal que cita o pretende notificar. La citación contendrá:

- El tribunal o el funcionario ante el cual deberá comparecer;
- El motivo de la citación;

- La identificación del procedimiento;
- Lugar, fecha y hora en que debe comparecer.

Al mismo tiempo se le advertirá que la incomparecencia injustificada provocará su conducción por la fuerza pública, que quedará obligado por las costas que se causaren, las sanciones penales y disciplinarias que procedan impuestas por el tribunal competente, y que, en caso de impedimentos, deberá de comunicarlo por cualquier vía a quien lo cite, justificando inmediatamente el motivo.

La participación de la policía nacional civil se circunscribe únicamente a cumplir la orden derivada de autoridad competente de conducir por la fuerza pública a la persona que, habiendo sido citada legalmente, no comparezca al acto o notificación para el que fue citado.

7. Conducción: cuando no obstante la citación previa exista el peligro fundado de que la persona citada se oculte o intente entorpecer por cualquier medio la averiguación de la verdad, desobedeciendo la orden del tribunal, se podrá proceder a su conducción por orden judicial y por el tiempo indispensable para llevar a cabo el acto, según lo que establece el Artículo 255 del Código Procesal Penal.
8. Aprehensión: la policía deberá aprehender a quien sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona

es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciará la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad entre la comisión del hecho y la persecución.

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

El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso lo pondrá a disposición del juez que controla la investigación. El juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado. (Artículo 257 Código Procesal Penal).

9. Presentación espontánea: quien considere que puede estar sindicado en un procedimiento penal podrá presentarse ante el Ministerio Público, pudiendo ser escuchado. (Artículo 254 Código Procesal Penal).

- Formas y momentos en que estas se dan: las mismas se dan en un determinado momento, para garantizar la presencia del inculpado, y no pueda sustraerse al proceso, es una medida cautelar y temporal, la misma que puede variar de acuerdo como se acrediten o demuestren su participación en el ilícito que se le ha inculpado.

3.3 Medidas sustitutivas

a. Definición: una definición sencilla de las medidas de seguridad podría ser que éstas son medidas de coerción, alternativas a la prisión preventiva que favorecen la libertad del imputado. Estas se pueden otorgar siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad puede ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle en base al Artículo 264 del Código Procesal Penal, alguna o varias de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.

- 4) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 5) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 6) 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.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra:

- Reincidentes: es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.
- Delincuentes habituales: se declara delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.
- Delitos inexcusablees: al referirse la doctrina a los delitos inexcusablees, se refiere a aquellos que por mandato legal quedan excluidos de que se les pueda

conceder alguna de las medidas sustitutivas que regula el Código Procesal Penal, siendo estos los siguientes:

- Homicidio: este delito se encuentra regulado en el Artículo 123 del Código Penal, y establece que comete homicidio quien diere muerte a alguna persona.

- Asesinato: comete el delito de asesinato quien matare a una persona en las siguientes circunstancias: con alevosía; por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro; por medio o en ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago; con premeditación conocida; con ensañamiento; con impulso de perversidad brutal; para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para sí o para copartícipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible; y con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas. Este delito está regulado en el Artículo 132 del Código Penal.

- Parricidio: comete este delito, quien conociendo el vínculo, matare a cualquier ascendiente o descendiente, a su cónyuge o a la persona con quien hace vida marital. Este delito se encuentra regulado en el Artículo 131 del Código Penal.

- Violación agravada: comete delito de violación quien yaciere con mujer usando violencia suficiente para conseguir su propósito; aprovechando las circunstancias,

provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de la razón o de sentido o incapacitada para resistir; en todo caso si la mujer fuere menor de doce años. La violación se agravará cuando concurren en la ejecución del delito dos o más personas; cuando el autor fuere pariente de la víctima dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guarda; cuando como consecuencia del delito se produjere daño grave a la víctima. Lo anterior se encuentra regulado en los Artículos 173 y 174 del Código Penal.

- Violación calificada: comete el delito de violación calificada cuando con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida. Este delito se encuentra regulado en el Artículo 175 del Código Penal.

- Plagio o secuestro: comete este delito quien con el propósito de lograr rescate, canje de personas o la toma de cualquier decisión contraria a la voluntad del secuestrado o con cualquier otro propósito similar o igual. Este delito se encuentra regulado en el Artículo 201 del Código Penal.

- Robo agravado: es robo agravado cuando se cometiere en despoblado o en cuadrilla; cuando se empleare violencia, en cualquier forma, para entrar al lugar del hecho; si los delincuentes llevaren armas o narcóticos, aún cuando no hicieren uso de ellos; si lo efectuaren con simulación de autoridad o usando disfraz; si se cometiere contra oficina bancaria, recaudatoria, industrial, comercial o mercantil u otra en que se conserven caudales o cuando la violencia se ejerciere sobre sus

custodios; cuando el delito se cometiere asaltando ferrocarril, buque, nave, aeronave, automóvil y otro vehículo. Este delito se encuentra regulado en el Artículo 252 del Código Penal.

- b. Procedimiento para imponer medida sustitutiva: el Artículo 264 del Código Procesal Penal, establece el procedimiento que debe seguirse para la imposición de una medida sustitutiva. En primer término se exige que haya requerimiento motivado y sustentado, adjuntando de ser posible los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes, del sujeto legitimado, esto es, generalmente del juez.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. Es especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación. En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación de la prestación de una caución económica deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

En los procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere el Artículo 264 del Código Procesal Penal, excepto la de prestación de caución económica.

c. Requisitos de resolución judicial: la aplicación de las medidas sustitutivas que el juez imponga, exigen de una resolución motivada. Esta resolución debe contener:

1. Descripción breve del hecho con indicación de la norma trasgredida. El juez sólo se limitará a reproducir los hechos en que se sustenta la petición del sujeto legitimado con indicación de la norma vulnerada.

2. Exposición de la finalidad que se persigue y los elementos de convicción que justifican la medida, ello con la finalidad de evitar la imposición de medidas coercitivas injustificadas y precipitadas.

3. Y fijación del término de duración de la medida coercitiva. Aquí es importante señalar que en el caso de la prisión preventiva no necesariamente se exige que el juez indique el término de duración, pues ya que no se puede saber cuándo pueden variar los presupuestos materiales que la originaran. En estos casos, el legislador en el Artículo 323 del Código Procesal Penal ha previsto en forma taxativa el tiempo de duración máxima. Se entiende que si el auto o resolución no reúne tales requisitos formales, el fiscal interpondrá el correspondiente recurso impugnatorio fundamentado.

d. Variabilidad de la resolución judicial: los autos o resoluciones judiciales que imponen las medidas coercitivas son reformables, aún de oficio si favorecen al imputado, y ello lógicamente se produce cuando varían los supuestos que sustentaron su aceptación o rechazo inicial. Aquí funciona nítidamente la regla del *rebus sic stantibus* que sustenta el principio de provisionalidad de las medidas coercitiva.

Por ejemplo si de la audiencia de prisión preventiva, el juez considera que no es fundado el requerimiento del fiscal, dependiendo del caso concreto, podrá optar por la medida de comparecencia con restricciones o simple. Así mismo, luego de presentarse mejores elementos de convicción que sustenten los presupuestos materiales, el fiscal puede volver a solicitar la prisión preventiva. Igual lógica funciona en caso que el juez de la investigación preparatoria en un primer momento haya denegado el requerimiento fiscal de emitir la orden de detención preliminar judicial. Este es el sentido el Artículo 276 del Código Procesal Penal establece que el auto que imponga una medida de coerción o la rechace es revocable o reformable, aún de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo. En tal sentido, se ha establecido que de la interpretación de las normas procesales, no se puede inferir que si se intenta esa medida provisionalísima y el juez no la acepta, está vedado requerir la medida de prisión preventiva en una oportunidad posterior de incorporarse -claro está- más elementos de investigación o de prueba en orden a los presupuestos que la condicionan.

Por otro lado, corresponde al imputado y a su abogado defensor, solicitar la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal. El juez resuelve inmediatamente previa audiencia oral con presencia de todos los intervinientes. (Artículo 277 Código Procesal Penal).

Procede la reforma de la medida coercitiva de oficio cuando favorece al imputado es decir, se pasa de una medida grave a una menos lesiva para los derechos fundamentales de las personas, ello debido que el juez se constituye en todo momento del proceso penal en un garante de los derechos fundamentales de los imputados, de ahí que nada se opone se les identifique en muchos países como Jueces de Garantías. Si la reforma de la medida tiene como finalidad empeorar la situación del imputado, es necesario entre en juego el principio de rogación.

La infracción de una medida, como por ejemplo el incumplimiento de una regla de conducta en la comparecencia restrictiva, determinará a petición de parte legitimada, la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en cuenta la entidad, los motivos, las circunstancias de la trasgresión y la gravedad del delito imputado.

Finalmente, las resoluciones o autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas son impugnables de conformidad con lo que establece el Artículo 404 inciso nueve del Código Procesal Penal.

e. Intervención de los sujetos procesales: en el procedimiento de imposición de una medida prevista en nuestra legislación penal seguido ante el juez de la investigación preparatoria, los demás sujetos procesales podrán intervenir presentando informes escritos o formulando cualquier requerimiento luego de iniciado el trámite, esta intervención procederá siempre que no peligre la finalidad de la medida.

CAPÍTULO IV

4. El arresto domiciliario

4.1 Antecedentes históricos

Antiguamente en el siglo XIX, en el mayor número de casos, los agraviados ocurrían previamente a las autoridades de policía que, de hecho, procedían a la captura del acusado, sea cual fuere la naturaleza del delito que se le impute. No es extraño hallar detenidos a individuos a quienes se acusa de injurias, calumnias, delitos contra el honor y hasta de hechos que, aunque reprobados por la moral, no constituían algún delito.

El reo que fue capturado por meros indicios necesitaba, para obtener su libertad, una presunción fundada de su inocencia; y esa presunción se derivaba de las diligencias efectuadas. Pero si, por el contrario, las actuaciones venían a dar mayor vehemencia a los indicios, confirmando las sospechas que originaron la captura, el juez debía expedir auto mandando que la detención continúe.

Luego, a principios del siglo XX, el juez para ordenar la captura y detención del acusado, no debía esperar la comprobación del cuerpo del delito ni la culpabilidad de aquél, pues ellas no podían obtenerse sino practicadas las diligencias, cuya actuación previa facilitaría la fuga del reo.

La notoriedad del hecho, un certificado aún no reconocido juratoriamente, la fractura de puerta o mueble, la presentación del documento que se decía falsificado, no comprobaban el cuerpo del delito, por falta de solemnidad, pero bastaban para presumir que la acusación descansaba sobre un hecho positivo y era imprudencia no tomar entonces la precaución de ley.

En los delitos que merecían penas más graves que la de arresto mayor, el juez instructor (hoy juez especializado en lo penal), dictaba orden de detención provisional fuera de los casos de flagrante delito o cuasiflagrante delito, en los que era obligatorio, siempre que a su juicio existían graves presunciones de que el acusado había cometido realmente el delito, o siempre que lo solicite el agente fiscal.

En consecuencia, como se acaba de apreciar, ocasionaba y provocaba serios problemas al procesado por la congestión de expedientes con reos en cárcel.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo cuarto prescribe que todos los seres humanos son libres, y el Artículo sexto establece que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Es decir, que el juez tiene la importante responsabilidad de aplicar al caso concreto de manera excepcional esta restricción, y como todo poder tiene que ser limitado por el criterio de conciencia que cada juez tiene por mandato de la ley y con la correcta interpretación de las normas, evitando el abuso de derecho.

Si el imputado por ejemplo, se fuga o simplemente no se somete a la investigación es imposible que el proceso se realice y llegue a su fin, lo natural es que se reserve hasta que sea habido. No es posible juzgamiento ni condena en ausencia del imputado.

Es natural que una persona cualquiera, ante la imputación de la comisión de un delito medianamente grave, por instinto de conservar su libertad, realice actos o conductas tendientes a sustraerse o esconderse de la acción de la justicia. En otros casos, ante la imputación de un delito es posible que pueda perturbar la actividad probatoria a fin de evitar ser encontrado responsable y por ende, sancionado. En tanto que en otros supuestos, es posible que el imputado buscando proteger la integridad de su patrimonio, trate de desprenderse de su patrimonio con la evidente finalidad de frustrar el pago de la reparación civil que corresponda, etc.

Para evitar tales conductas, el ordenamiento jurídico ha previsto en forma taxativa la imposición de las medidas sustitutivas al procesado considerado aún inocente, caso contrario, la justicia penal muy poco podría realizar en beneficio de su finalidad cual es redefinir los conflictos penales en procura de la paz social.

En tal sentido, en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, el legislador en forma contundente ha previsto que se podrá restringir un derecho fundamental siempre y cuando resulte indispensable para lograr los fines de esclarecimiento de los hechos. Esta restricción tendrá siempre lugar en el marco de un proceso penal cuando así ley penal lo permita y se realice con todas las garantías necesarias.

Sin embargo, como las medidas sustitutivas constituyen una restricción a los derechos fundamentales del imputado como la libertad por ejemplo, estas sólo serán otorgadas por el sujeto legitimado para tal efecto: el juez. Ante tal otorgamiento, el juez que controla la investigación preparatoria sólo lo dispondrá cuando concurren los presupuestos previstos en el Artículo 264 del Código Procesal Penal:

1. – Peligro de fuga
2. – Peligro de obstaculización

En el sistema mixto, es todo un problema determinar cuándo estamos ante un peligro de fuga. Sin embargo, el legislador ha establecido en el Artículo 262 del Código Procesal Penal ciertas pautas que el fiscal primero y luego el juez, dependiendo de la forma y circunstancias en que haya ocurrido el caso concreto, podrá calificar si existe o no peligro de fuga. Así tenemos:

1. - El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia, asiento de su familia o sus negocios y la facilidad para abandonar el país o permanecer oculto.
2. - La gravedad de la pena que se espera. Es decir, si la prognosis de pena a imponer es superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
3. - La importancia del daño resarcible y la actitud que adopta el procesado frente al daño ocasionado con su accionar delictivo.
4. - El comportamiento del imputado durante el proceso o en uno anterior que indique

su voluntad a evitar someterse al proceso.

5. – La conducta anterior del imputado.

Además de tales supuestos, también se evidenciará peligro de fuga si se verifica que el imputado está prófugo, es decir, el imputado se pone fuera del alcance de la autoridad que ha iniciado la investigación. De ello se deriva que para imponer la medida coercitiva de prisión preventiva no es coherente ni necesario que aquel se encuentre presente en el proceso.

Igualmente, en el sistema mixto resulta todo un problema no resuelto el determinar en qué supuestos existe el peligro real que el imputado pueda obstaculizar la acción de la justicia desapareciendo los medios probatorios por ejemplo. Para permitir una posible solución a la incertidumbre, en el Artículo 263 del Código Procesal Penal se prevé que para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará medios de prueba. Ello podrá ocurrir por ejemplo, en los delitos en los cuales documentos públicos o privados estén de por medio.
2. Influirá para que sus coimputados, testigo o peritos se comporten de manera desleal o informen falsamente. Esto podrá ocurrir por ejemplo respecto de imputados con cierto poder económico o cierta posición social.

3. Inducirá a otros para que asuman un papel desleal o informen falsamente. Por ejemplo puede presentarse en casos donde el imputado tenga cierta autoridad sobre otros respecto de los cuales pueda influir y hacer que asuman un papel desleal para con el proceso de investigación.

Cualquiera de estos aspectos puede ser alegado por el fiscal para solicitar la prisión preventiva, pero eso sí, como toda petición, tiene que ser debidamente fundamentada. En el sistema acusatorio, de nada sirve el sólo alegar. Sólo sirven los motivos o fundamentos en que se sustenta el pedido.

Según lo que establece el Artículo 264 numeral uno se establece que se impondrá arresto domiciliario en cualquiera de las siguientes formas:

- 1.- En su propio domicilio.
- 2.- En su propia residencia.
- 3.- En custodia de otra persona.
- 4.- Sin vigilancia alguna
- 5.- Con la vigilancia que disponga el tribunal.

Lo anterior está condicionado a que pueda evitarse el peligro de fuga o de obstaculización. En el caso de que se haya dictado esta medida sustitutiva, el plazo máximo del procedimiento preparatorio durará 6 meses a partir del auto de procesamiento. Mientras no exista vinculación procesal mediante prisión preventiva o medidas sustitutivas, la investigación no estará sujeta a este plazo.

En el código vigente se establece que el inculpado tiene la privación de la libertad ambulatoria y se lo obliga a permanecer en su domicilio o en custodia de otra persona que puede ser o no la autoridad policial, se aplica personas mayores de 65 años que sufren de una enfermedad o incapacidad física pero puede aplicarse a otros inculpados.

4.2 Derecho comparado sobre la comparecencia restringida (Arresto Domiciliario)

Casi todas las legislaciones procesales latinoamericanas, han normativizado la institución del arresto domiciliario en sus ordenamientos jurídicos. Algunos de ellos han llegado a darle una connotación mucho mayor, al darle un matiz de autonomía, al contar con una descripción y orden, dependiendo de cada realidad jurídico social.

La intencionalidad de copiar legislaciones extranjeras con un afán de colocarnos a la vanguardia del derecho procesal, como se ha venido haciendo por parte de muchos legisladores; pero lo que si se pretende, es procurar en la toda medida, de mejorar el ordenamiento jurídico guatemalteco, partiendo de lineamientos ya definidos y vividos por la practica constante de otros entornos comunes, sumado a los importantes trabajos de política criminal, que se vienen realizando hasta la fecha por varios estudiosos del derecho.

Es así, que se cita y comenta finalmente, la normativa procesal, que se viene aplicando hasta la fecha por parte de los legisladores latinoamericanos:

1.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE BOLIVIA (Ley No. 1970)

Ley del 25 de marzo de 1999

LIBRO QUINTO

MEDIDAS CAUTELARES

TÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

CAPÍTULO I

CLASES

Medidas sustitutivas a la detención preventiva.

Artículo 240º.- "Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:

1. La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral".

2.- CÓDIGO PROCESAL PENAL ARGENTINO (Ley N° 23.984)

04 de septiembre de 1991

CAPITULO VI: Prisión preventiva

Prisión domiciliaria

Art. 314°. - "El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio."

3.-CÓDIGO ORGANICO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA

23 de enero 1998

TÍTULO VIII

DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

Capítulo IV

De las Medidas Cautelares Sustitutivas

Modalidades

Artículo 265."Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser satisfechos, 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, mediante resolución motivada, alguna de las medidas siguientes:

1º. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;(...) "

4.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIA (Ley 600)

24 de julio de 2000

TITULO II

INSTRUCCIÓN

CAPITULO V

Detención preventiva

Artículo 362. Suspensión. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.
2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz.
3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales.

En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiado suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar sin previa autorización de domicilio y a presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

Su incumplimiento dará lugar a la revocatoria de la medida y a la pérdida de la caución (...)".

5.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUADOR. (Ley No.000. RO/Sup. 360)

13 de enero del 2000.

LIBRO TERCERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES

CAPITULO IV

LA PRISION PREVENTIVA

Sustitución

Art. 171.- "Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

1. El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga (...)

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el Artículo 169 de este Código."

6.- CÓDIGO PROCESAL PENAL PARAGUAY (Ley N° 1.286)

08 de Julio 1998

LIBRO CUARTO

MEDIDAS CAUTELARES

TÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Artículo 245. "Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas (...)"

7.- NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (Ley 19.696)

12 de octubre de 2000

Título V

Medidas cautelares personales

Párrafo 6º

Otras medidas cautelares personales

Artículo 155.- "Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la

sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; (...)

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (...)"

8.- LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE ESPAÑA

14 de Septiembre de 1988

TÍTULO VI.

DE LA CITACIÓN, DE LA DETENCIÓN Y DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

CAPÍTULO III.

DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Artículo 508.

"1. El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa (...)"

9.- CODICE DE PROCEDURE PENALE DE ITALIA

LIBRO IV

MISURE CAUTELARI

TITOLO I

MISURE CAUTELARI PERSONALI

CAPO II

Arresti domiciliari.

Art. 284.- "Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza"

Habiendo observado cada uno de los lineamientos señalados por cada una de las legislaciones en América Latina y las más importantes de Europa, - España e Italia -, se puede asegurar, que la legislación procesal de Bolivia forma parte de una de las más avanzadas e innovadoras de la materia, debido a que con la imposición de la medida coercitiva, no limita otros derechos tan importantes como es el derecho al trabajo en caso que el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral.

Otra de las legislaciones que aportan un enfoque humanitario a la medida de arresto domiciliario, es el Código Colombiano, que establece claramente, cuales son los únicos

casos que procedería conceder tal medida y las condiciones establecidas para las mismas, entra las que destacan:

1. Cuando el sindicado fuere mayor de 65 años.
2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que dio a luz.
3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales; estableciéndose que en estos únicos casos el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. Estando obligados a pagar una caución.

Por otro lado, un enfoque fundamental, en caso de duda por parte del magistrado en la aplicación de éste beneficio, tenemos lo establecido por el Código Chileno, que establece que: "El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento..."; con ello, el legislador está otorgando facultades discrecionales al juzgador, y así no se vulneraría el principio de legalidad, como en otras legislaciones americanas.

Es casi unánime entre los escritores el estimar que la primera aparición de las medidas sustitutivas estructuradas sistemáticamente en un cuerpo legal es en el Anteproyecto de

Código Penal Suizo de 1893, elaborado por Stoos, aunque también es cierto que antes existieron notorios precedentes históricos.

Buscar una definición de medida sustitutiva es tanto como indagar en las diversas concepciones que sobre esta consecuencia del delito existen¹⁴:

- Antónonica las define como privaciones de bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial. El concepto no es suficiente para delimitar el ámbito de las medidas, pues parecido contenido podría admitir una configuración actual de la pena.
- Antolisei Intenta dar una explicación más incidente en las propias medidas al considerar que éstas son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según que tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicarlo. Dada su generalidad, tampoco parece ajustada a las exigencias de estos medios. Clarifica su ambigua postura de la definición y estima que las medidas sustitutivas suponen una disminución de los bienes del individuo y generalmente una discriminación de la libertad personal. Olvidar esto, dice, no es sino cavar un foso entre la Ciencia del Derecho penal y el sentido común.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García A. **Derecho penal, parte general**. Pág. 59.

- Beristain Ipiña da una comprensión aglutinadora de todos los caracteres que, a su juicio, adornan a las medidas sustitutivas, y así las refiere como los medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial.
- Barbero Santos en parecida línea, las entiende como la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador inocuizador o curativo a una persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.
- Welzel tanto la pena como la medida sustitutiva implican una privación de libertad, que sólo puede acusar diferenciaciones insignificantes.

La argumentación de Beristain es generosa y positiva. Sin embargo, la realidad es muy otra: la medida sustitutiva conlleva de alguna manera una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo.

Esta afirmación no contradice que, desde la óptica de la aplicación estatal, no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que el Estado tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y nunca como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación.

De cualquier forma, el aceptar la medida sustitutiva como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

4.3 Naturaleza jurídica

Un grupo de autores opina que las medidas sustitutivas no han de incluirse en el derecho penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito. Esta corriente, defendida por eminentes administrativistas, tiene acogida asimismo entre ciertos penalistas. Así, el ya citado Grisogni las entiende como medidas de derecho administrativo comprendidas dentro de la función de policía de seguridad. Manzini titula el capítulo de su tratado dedicado a las medidas con la denominación de *las medidas administrativas de seguridad*, estimándolas, pues, como medidas de policía de naturaleza administrativa. Soler no las considera sanciones y Rocco las cita como medios de defensa social de naturaleza administrativa¹⁵.

Existe otra posición que difiere de cualquier planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas sustitutivas, coincide con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso integradas dentro de la definición de derecho penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que

¹⁵ Fontán Balastra, Carlos. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Pág. 162.

ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal.

Esta aseveración propicia una nítida separación entre medidas sustitutivas pre-delictuales (tanto criminales como sociales) que pueden pensarse en el ámbito administrativo como hacen algunos de los autores mencionados y coherentemente fuera del derecho penal y las medidas sustitutivas post-delictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

4.4 Fundamento de las medidas sustitutivas

Pocas dudas existen en afirmar que el fundamento inmediato de las medidas sustitutivas es la peligrosidad personal del individuo. No obstante esta afirmación necesita ser matizada.

Petrocelli definió la peligrosidad como un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente daños, Muñoz Conde la entiende como la posibilidad de que se produzca un resultado¹⁶.

En ambos autores se manifiesta como un pronóstico o juicio de probabilidades referido al comportamiento futuro del individuo. Por otro lado, se exige conceptualmente la necesidad para fundamentar la medida.

¹⁶ Castro, Máximo. **Curso de procedimientos penales**. Pág.78.

En esta definición genérica de peligrosidad existen dos principios prácticamente confundidos: la peligrosidad criminal y la peligrosidad social. La primera es la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delincencial; refleja, por tanto, un individuo antisocial. La segunda es la probabilidad o realidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria (actos asociales), sin llegar a cometer delitos propiamente dichos, pues no son actos antisociales; se trata, pues, de un individuo asocial.

La peligrosidad social resulta insuficiente para imponer medidas penales, debiendo quedar su prevención a la política social del Estado y, en caso de fracaso, al derecho administrativo.

La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: peligrosidad criminal pre-delictual y peligrosidad criminal post-delictual. En la primera la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por indicios personales distintos de la concreta comisión del delito. En la segunda se expresa con un hecho tipificado como delito sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable que es indicio de su inclinación antisocial¹⁷.

Semejante distinción nos introduce en la problemática de cuál de estas clases de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas sustitutivas jurídico-penales o,

¹⁷ Aser A., Hirsch H. y Roxin C. **De los delitos y de las víctimas**. Pág. 60.

dicho de otra forma, es necesario responder a la pregunta de si pertenecen al derecho penal las medidas pre-delictuales. En el derecho penal italiano se suele distinguir, en atención a que la prevención se dirija a impedir que el sujeto peligroso cometa o vuelva a cometer un delito entre medidas de prevención post delictum o medida de seguridad y medidas de prevención ante delictum (o praeter delictum) o, más simplemente, medida de prevención.

Numerosas razones son esgrimidas a favor de la integración de las medidas pre-delictuales dentro del derecho penal. Beristain las ha resumido de la siguiente forma:

- a. El derecho penal moderno debe prevenir más que castigar; por ello la reeducación del individuo será más fácil si se ataja al individuo antes de cometido el delito.
- b. La mayor y mejor defensa de los derechos del individuo requiere la actuación de un órgano jurisdiccional que generalmente actúa con mayor independencia, con mayor formación jurídica y con menor arbitrariedad que los órganos del poder ejecutivo.
- c. Muchas legislaciones penales del pasado y del presente incluyen entre sus sanciones verdaderas medidas pre-delictuales; entre aquellas se muestran las españolas Ley de Vagos y Maleantes y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

En contra, esto es, opuesto a la admisión de las medidas sustitutivas pre-delictuales en el derecho penal, se manifiesta Mir, al que no le valen las razones adversas de estar reguladas en la ley citada y antes en la de Vagos y Maleantes y de ser aplicadas por los

órganos de la jurisdicción criminal, para evitar su naturaleza administrativa, en razón de que la inclusión en una misma ley es un argumento formal que no prejuzga la naturaleza jurídica de un precepto, e igualmente los órganos de la jurisdicción criminal aplican asimismo normas que no son por su naturaleza penales.

El mismo Beristain alude en línea parecida a las siguientes razones:

- a. Falta proporción entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en el campo de la intimidad, de la libertad y de los derechos del ciudadano, la aceptación de estas medidas en la esfera punitiva abre la puerta a funestos abusos de poder;
- b. Falta justificación, pues no son necesarias para la misión que el derecho penal tiene en un Estado social y democrático de derecho, como demuestran todos aquellos países, que son mayoría, cuyos Códigos penales no las contienen y no por ello se ven quebrantadas más que en los que sí las utilizan, la paz, la justicia y la prosperidad pública;
- c. Una gran parte de los teóricos del derecho niega, en igual intensidad, que sean imprescindibles tales medidas su posición de excluir de la esfera penal las medidas sustitutivas pre-delictuales y, coherentemente, limitar el presupuesto de las medidas sustitutivas de forma especial a las generadas por la peligrosidad post-delictual.

4.5 Justificación de las medidas sustitutivas

Beristain, diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas que buscan la justificación de las medidas sustitutivas a través de diversas argumentaciones:

- a. Los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, y por tal motivo aceptan sólo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora en su desarrollo personal.

- b. Los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por si sola no es suficiente para alcanzar las metas del Derecho penal actual.

De ambos planteamientos se pueden sacar provechosas enseñanzas. La justificación última de las medidas sustitutivas es su necesidad para la sociedad. Sin embargo, un importante sector de autores estima que esto no es suficiente, con ser bastante, para deducir de ahí su única justificación.

Para Welzel¹⁸, junto a la fundamentación utilitarista de la medida de seguridad se precisa una fundamentación ético-social. Toda libertad exterior o social -escribe- sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente.

¹⁸ Alvira Martín, F. **El efecto disuasor de la pena**. Pág. 101.

El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales) lo que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos y él no tiene el suficiente dominio sobre ella, ya no puede exigir la plena libertad social. En virtud de esto se justifica la institución de las medidas sustitutivas frente a los delincuentes por estado. A estos aspectos ético-sociales generales se agregan numerosos momentos éticos más específicos, así como el derecho y deber del Estado de cuidado, de rehabilitación y de asistencia respecto al enfermo mental, a las personas de imputabilidad disminuida, a los toxicómanos, el derecho de educación frente a los jóvenes y refractarios al trabajo, etc.

Semejante argumentación de Welzel ha sido contestada por numerosos autores. Stratenwerth, por ejemplo, indica que el fundamento ético welzeliano es válido exclusivamente para las medidas sustitutivas destinadas a inimputables y semi imputables. Para este último autor, la justificación ética de la medida de seguridad se encuentra exclusivamente en el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad. La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad.

Se comparte, no obstante, en la dificultad que en la práctica encuentra la aplicación de estos principios teóricos, insuficiente, a todas luces, para negar idoneidad a la necesidad y al utilitarismo en sentido científico. De todas formas es imprescindible asumir que junto a esta necesidad de las medidas se sitúan los derechos y libertades

ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el derecho penal.

4.6 Fines de las medidas sustitutivas

Si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no sucede lo mismo con respecto a la medida sustitutiva, sobre la que existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial.

De este fin preventivo-especial derivan dos problemas de gran trascendencia, por un lado, el señalamiento del necesario equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades individuales; por otro lado, la exacta comprensión del término resocializar.

La mala utilización de las medidas sustitutivas que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales, provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de Derecho. Una política criminal de medidas sustitutivas que aspire a ser compatible con los postulados de este modelo de Estado deberá, en opinión de Rodríguez Mourullo, rodear al sistema penal preventivo de una serie de garantías dirigidas a evitar los peligros que las medidas sustitutivas pueden comportar para la certeza del derecho. Estas son:

- a. Vigencia del principio de legalidad ninguna declaración de peligrosidad sin estar descrita en la ley; ninguna medida de seguridad sin regulación legal;

- b. Exigencia de una previa comisión delictiva;
- c. Medidas sustitutivas al servicio del individuo;
- d. Eliminación de todo carácter aflictivo.¹⁹

Según el Código Procesal Penal guatemalteco vigente, los fines de las medidas sustitutivas son:

- La curación. Mediante la internación o tratamiento ambulatorio del individuo, con fines terapéuticos o de rehabilitación.
- Tutela. La representación del individuo que ha sido considerado inimputable o inimputable relativo.
- Rehabilitación. En caso de ser inimputable relativo se buscará su rehabilitación para reinsertarlo en la sociedad o que cumpla una pena privativa de libertad en una cárcel o centro penitenciario habitual.

Las medidas sustitutivas no son penas y, por tanto, no se basan en el principio de culpabilidad -reproche de la conducta-, sino en el principio de proporcionalidad -grado de peligro-.

¹⁹ Cafferata Nores, José I. **Libertad probatoria y exclusiones probatorias**. Pág. 124.

CAPÍTULO V

5. La inaplicación del arresto domiciliario en la residencia del procesado

5.1 Naturaleza jurídica

Al analizar la naturaleza jurídica del arresto domiciliario, se debe tener en cuenta varios factores entre ellos ¿qué concepto o criterio se maneja respecto al arresto domiciliario, desde el punto de vista técnico procesal penal? A razón de ello, es oportuno precisar algunos conceptos: El arresto domiciliario es una medida cautelar personal provisional, que se ubica dentro de la modalidad de la comparecencia restrictiva. Se trata de una alternativa a la detención realizada siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente, ya que la ley presume que esta persona requiere una atención y un trato especial que sería imposible brindarle en prisión, por lo que esta medida es excepcional que restringe la libertad de ciertas personas, con la finalidad de cautelar, esto es, proseguir y garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, y evitar la fuga del imputado. Esta restricción de la libertad personal se cumple en el propio domicilio u otro señalado por el juez, con la vigilancia necesaria o sin ella.²⁰

Ahora entrando al fondo del asunto y tomando en cuenta los conceptos antes referidos podemos decir que la idea de equiparar el arresto domiciliario con la pena privativa de

²⁰ Fundación, Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa.**

la libertad y descontar un día de arresto domiciliario por un día de pena privativa de la libertad, es ilógico, ya que con este orden de ideas se llegaría incluso a hacer lo mismo cuando se trate de cualquier otra medida cautelar, por ejemplo, vigilancia de individuo o institución, orden de comparecer personalmente y de no ausentarse, prohibición de comunicarse con determinada persona, imposición de una caución económica. Pues, en definitiva, también estas medidas cautelares restringen la libertad. El motivo que impide esta ilógica equiparación es que si bien se puede conceder, por ejemplo, la medida cautelar de no ausentarse de la localidad limita la libertad ambulatoria, no lo hace del mismo modo ni en la misma magnitud que la detención. Ronald Gamarra, ex procurador anticorrupción, manifiesta en un artículo publicado en el diario oficial El Peruano “Delinca y cumpla la pena en su casa”, esto entendido en lo inaceptable que sería decir que “el procesado que permanece en su casa, cómodo y abrigado al lado de su familia y quizás disfrutando el dinero robado al Estado comparta la misma situación que aquel que ha dado con sus huesos en la prisión”.

Esto es por lo demás, un argumento que imposibilita descontar un día pena privativa de la libertad por la de un día de arresto domiciliario. Se trata de una afectación radicalmente distinta de la libertad. El derecho penal equipara un día de detención a un día de privación de la libertad, porque ambos son materialmente idénticos, en cambio la comparecencia en la modalidad de arresto domiciliario, no sólo tiene requisitos distintos a los de la detención, sino que en ningún caso se trata de los mismos y responden a requisitos distintos, porque se trata de medidas diferentes, y no es lógico también equipararlos en cuanto a sus efectos. Sobre este tema, el Pleno Jurisdiccional Superior

Nacional Penal de Trujillo del 11 de diciembre de 2004, plantea en uno de sus considerandos lo siguiente: "...otra interrogante surge de si el arresto domiciliario sufrido se deduce del cómputo de la pena privativa de la libertad; considerando un sector que su naturaleza es de aseguramiento al proceso y no el de la pena, por lo tanto es independiente a la ejecución de la sanción, pues no se aplica como una pena anticipada sino por la intensidad del peligro procesal que existe, a fin de poder concluir con el proceso, pues en el caso que se sustrajere no se podría expedir sentencia condenatoria en ausencia o contumacia." Por lo que acordaron por mayoría, que el arresto domiciliario es sólo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva". Con ello, creemos que toda duda ha de poderse ya esclarecer.

También resulta necesario precisar que, sea cual sea la resolución judicial expedida por el órgano jurisdiccional respecto a estas medidas, deberá ser motivada como un principio básico de la función jurisdiccional de rango constitucional. Por lo que dicha medida además se extinguirá cuando el proceso penal se termine, si la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse ni dificultades en su desenvolvimiento que deban evitarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al imputado, la medida también se extingue porque a partir de ella la sentencia despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva.

Por lo que con un criterio propio, y aplicando el principio de proporcionalidad, podría descontarse por un día de prisión efectiva cuatro días de arresto domiciliario, pero nunca a razón de un día de prisión efectiva por la de uno de arresto domiciliario.

5.2 Definición de arresto domiciliario

Con relación al arresto domiciliario, manifiesta César Ricardo Barrientos Pellecer: “Es la medida por medio de la cual el juez ordena al imputado de un hecho delictivo que permanezca en su residencia bajo custodia de una persona designada por el juez o bajo la vigilancia del propio Juzgado durante el tiempo que dure el proceso. En este caso el imputado no puede salir de su residencia sin la autorización del juez y si viola el beneficio sin una justificación razonable, el juez debe revocar inmediatamente la medida y dictar orden de captura²¹”.

Alberto Binder, al referirse al arresto domiciliario con vigilancia, manifiesta: “Esta medida se ordena cuando existe una institución o persona de reconocida honorabilidad que garantiza la conducta del imputado dentro del proceso. También puede aplicarse en casos excepcionales, cuando consta que el imputado sufre de problemas de salud, los cuales pueden ocasionarle problemas mayores si no son tratados inmediatamente. En este caso el juez debe ser cuidadoso al momento de escoger la persona o institución encargada del cuidado o vigilancia del imputado, para lograr su efectiva recuperación. En los casos cuando la persona se encuentra privada de libertad y enferma, el juez tiene que ordenar este tipo de medida si no existen en el centro de prisión preventiva los servicios médicos adecuados para el tratamiento del imputado, dentro de los cuales se encuentra también la vida y la integridad física y mental. Si el juez no autoriza la

²¹ Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Manual del juez**. Pág. 77-78.

medida y como consecuencia de ello, el imputado fallece en prisión preventiva, el juez puede tener responsabilidad penal por no haber concedido la medida oportunamente²²”.

5.3 Análisis del arresto domiciliario en Guatemala

Según nuestro Código Procesal Penal establece en el Artículo 264 numeral uno las formas en que puede otorgarse el arresto domiciliario y del estudio de dicho Artículo se desprende que el juez que controla la investigación está facultado para otorgar el arresto domiciliario, de la siguiente manera:

1. En su propio domicilio; o,
2. En su propia residencia.

Según la forma:

1. En custodia de otra persona sin vigilancia. La exposición de motivos del Código Procesal Penal, estipula que esta figura corresponde al beneficio del imputado, otorgándole este beneficio para dejarlo en libertad bajo esta medida de coerción.
2. Con la vigilancia que disponga el tribunal.

Asimismo, dicha medida también puede otorgarse cuando se trate específicamente de hechos de tránsito, ya que en estos casos los causantes de ellos deberán quedarse en

²² **Ibid.**

libertad inmediata, bajo arresto domiciliario, según lo estipula el Artículo 264 Bis de dicho cuerpo legal.

Esta medida podrá constituirse mediante acta levantada por un notario, juez de paz o por el propio jefe de la policía que tenga conocimiento del asunto, estos funcionarios serán responsables se demoran innecesariamente el otorgamiento de la medida. El interesado podrá requerir la presencia de un fiscal del Ministerio Público a efecto de agilizar el otorgamiento de dicha medida. En el acta deberán hacerse constar los datos de identificación personal, tanto del beneficiado como de su fiador quienes deberán identificarse con su cédula de vecindad o su licencia de conducir vehículos automotores, debiéndose registrar la dirección de la residencia de ambos.

Asimismo, el Código Procesal Penal en el Artículo 265 establece, que previo a la ejecución de las medidas sustitutivas, se levantará acta en la cual constará:

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

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

El juez de primera instancia competente, al recibir los antecedentes, examinará y determinará la duración de la medida, pudiendo ordenar la sustitución de la misma por cualesquiera de las contempladas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal.

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

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

En los casos en los cuales el responsable haya sido el piloto de un transporte colectivo de pasajeros, escolares o de carga en general cualquier transporte comercial, podrá otorgársele este beneficio, siempre que se garantice suficientemente ante el Juzgado de Primera Instancia respectivo, el pago de las responsabilidades civiles.

5.4 La inaplicación del arresto domiciliario en la residencia del procesado

Tal y como lo dispone el Código Procesal Penal, el arresto domiciliario se puede otorgar de varias formas, pero no se puede extender dicho arresto a que la persona pueda circular por toda la República, porque de lo contrario ya no existiría arresto domiciliario como tal.

Lo que se pretende con la imposición de la medida de arresto domiciliario, es imponer al procesado, las prohibiciones de circulación o limitaciones de libre locomoción para cumplir ciertos fines procesales y principalmente el arresto en la residencia de la persona.

En la actualidad ha habido discusiones por las formas en que los jueces han otorgado el arresto domiciliario, y en un caso de mucha publicidad, se indicó, por la Sala de la Corte de Apelaciones que el sindicado debía estar bajo vigilancia policial durante el tiempo que durara el arresto, pero en la parte resolutive se deja en la misma situación al sindicado, por lo tanto se confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

El arresto domiciliario es un beneficio que se le otorga al sindicado, cuando se considera que no va a interferir con la investigación o se dará a la fuga, por lo tanto este tipo de arresto lleva implícita varias condiciones impuestas por el juez que controla la investigación, las cuales deberían de indicarse expresamente en el auto mediante el

cual se otorga esta medida sustitutiva, pero en la realidad no se lleva a cabo de esta manera ya que no se indican dichos extremos ni tampoco la modalidad o forma en que el mismo debe de cumplirse.

Así pues, cabe resaltar que es de mucha importancia conocer y sobre todo entender las diferencias que hay entre domicilio y residencia, según los principios y doctrinas que fundamentan al derecho civil:

- Domicilio: se define a éste como la circunscripción territorial departamental en la cual una persona constituye su residencia con ánimo de permanecer en ella. Existen según el Código Civil guatemalteco varias clases de domicilio, siendo estos:
 - a. Voluntario o Real: se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en el.
 - b. Múltiple o Alternativo: este se da si una persona vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares, se considera domiciliada en cualquiera de ellos.
 - c. Circunstancial o Accidental: cuando una persona que no tiene residencia habitual se considera domiciliada en el lugar donde se encuentra.
 - d. Domicilio Legal: es el lugar donde la ley fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

e. Contractual, Especial o Electivo: este se da cuando las personas en sus contratos designan un domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones que estos originen.

- Residencia: según el derecho civil, es el lugar donde una persona fija su habitación, que se identifica con un número catastral. Esta se encuentra mayormente delimitada en cuanto al domicilio, ya que la misma se limita a la casa de habitación en la que reside una persona.

Ahora bien, habiendo ya establecido las diferencias esenciales entre domicilio y residencia, se pueden apreciar claramente las formas en que se puede llevar a cabo el arresto domiciliario, ya que como su nombre lo indica y también el mismo Código Procesal Penal, éste se puede otorgar en el propio domicilio o residencia del procesado.

El principal problema al momento de otorgar esta medida se da ya que se le concede a la persona el arresto domiciliario como medida sustitutiva para evitar ir a prisión, pero no se indica en la resolución en qué condiciones debe cumplirse; lo cual conlleva a una inaplicación en la administración de justicia, por lo tanto es necesario que el juez estipule concretamente las condiciones en que debe cumplirse el arresto domiciliario, de acuerdo con lo que establece el Artículo 264 numeral uno del Código Procesal Penal.

El problema se da ya que en la actualidad dichas resoluciones se emiten de la siguiente forma:

“... **POR TANTO:** Este Juzgado con base en lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA:** I) Sustituir la prisión preventiva de **JUAN PEDRO PEREZ GOMEZ**, mediante la imposición de la medida sustitutiva de arresto domiciliario; II) Estando presentes los sujetos procesales quedan debidamente notificados con su lectura...”

Tal y como se puede observar con la simple lectura de este ejemplo de resolución emitida por un Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en ningún momento se establecen las condiciones en las cuales se debe de cumplir la medida sustitutiva de arresto domiciliario, es decir, que no se cumple con señalar la forma en que el mismo debe cumplirse, al omitir establecer si se deberá de cumplir en custodia de otra persona, con o sin vigilancia, ni tampoco se indica si el tribunal en su caso designará algún tipo de vigilancia.

Para ejemplificar de forma más clara este extremo las resoluciones mediante las cuales se otorga esta medida sustitutiva deberían ser emitidas de la siguiente forma:

“... **POR TANTO:** Este Juzgado con base en lo considerado y leyes citadas al resolver **DECLARA:** I) Sustituir la prisión preventiva de **JUAN PEDRO PEREZ GOMEZ**, mediante la imposición de la medida sustitutiva de arresto domiciliario, en su propia residencia ubicada en la **quinta calle, uno guión treinta de la zona uno, de esta ciudad capital**, bajo la vigilancia y custodia del señor **MARIO JOSE PEREZ GOMEZ**, quien será responsable del estricto cumplimiento de dicha medida ante este Juzgado; II)

La obligación de firmar el Libro de Medidas Sustitutivas en este Juzgado, todos los días viernes; **III)** No salir del país sin autorización del juzgado; **IV)** Previo a la ejecución de la medida sustitutiva facciónese el acta de compromiso; **V)** por su lectura en audiencia quedaron debidamente notificadas las partes...”

Como se ha venido analizando en el transcurso de la presente investigación, el arresto domiciliario es un beneficio que se le otorga al sindicado, cuando se considera que no va a interferir con la investigación o se dará a la fuga, pero el mismo lleva implícitas varias condiciones impuestas por el juez que controla la investigación, las cuales se encuentran expresamente reguladas en el numeral uno del Artículo 264 del Código Procesal Penal de Guatemala.

Al observar ambos ejemplos, claramente se puede verificar que en el segundo de ellos, se muestra la forma en que se deben de haber emitir la resoluciones por medio de las cuales se otorga la medida sustitutiva de arresto domiciliario, en la residencia del procesado, pero como en la actualidad, el arresto domiciliario bajo esta forma de cumplimiento ya no se utiliza, sino que por el contrario se otorga este beneficio de manera tan amplia que únicamente se consigna en dichas resoluciones que se le otorga arresto domiciliario, sin hacer ninguna especificación al respecto, lo que deja la puerta abierta y en plena libertad al procesado, desvirtuándose con ello la naturaleza jurídica sus fines, las prohibiciones de circulación o limitaciones de libre locomoción para cumplir ciertos fines procesales y principalmente el arresto en la residencia de la persona, ya que el procesado tiene libertad de locomoción por toda la circunscripción

departamental en la que ha fijado su domicilio, ya que como no se especificó la modalidad del arresto domiciliario, deja de esta forma en completa libertad al sindicado.

Es por ello, que se dice que el arresto domiciliario en la residencia del procesado es hoy en día una figura inoperante, es decir, que pertenece al derecho vigente pero no positivo, porque no se aplica, existe la norma y su fundamento, pero es como si la misma no estuviera vigente debido a su no aplicación en el ámbito de su competencia, o sea en el ámbito penal.

Por las razones anteriormente expuestas se puede establecer la inoperancia del arresto domiciliario en la residencia de la persona al no especificarse concretamente si el mismo es arresto domiciliario bajo vigilancia o sin vigilancia, y si el arresto es domiciliario o en la residencia del sindicado y establecer que el arresto domiciliario se otorga como beneficio al imputado, como una medida sustitutiva a la prisión corporal del sindicado, siendo en la mayoría de los casos otorgado en forma equivocada al no indicar las consecuencias en que debe ser cumplida, lo cual se encuentra claramente establecido en el Artículo 264, numeral uno del Código Procesal Penal, y en el caso de estar enfermo el sindicado, el juez debe otorgar el arresto domiciliario en una institución donde sea atendido médicamente, esto si el centro carcelario no se encuentra provisto de los elementos médicos que necesita el procesado.

CONCLUSIONES

1. Existe en el derecho procesal penal, una confusión con relación a los conceptos de domicilio y residencia, y dicha confusión se debe en un principio al nombre que le dio el legislador, interpretándose que únicamente se puede otorgar esta medida, en el domicilio, es decir, en la circunscripción departamental en el que el procesado tiene su residencia, lo cual nuestro Código Procesal Penal establece que se puede otorgar ya sea en el domicilio o en la residencia del imputado, lo cual contradice la naturaleza jurídica del arresto domiciliario.
2. Los jueces en Guatemala al momento de otorgar la medida sustitutiva de arresto domiciliario, no consignan de manera clara y concreta la forma en que dicha medida debe de cumplirse, ya que tal y como lo establece el Artículo 264 numeral uno del Código Procesal Penal, esta se puede otorgar de diferentes formas, es decir, en el domicilio, en la residencia, en custodia de otra persona, con o sin vigilancia, y estos apartados no se consignan en el auto por medio del cual se favorece al imputado con el arresto domiciliario.
3. Actualmente en el país no existe un control lo suficientemente eficiente para poder verificar que las personas que han sido beneficiadas con el arresto domiciliario, lo estén cumpliendo a cabalidad y bajo las condiciones mediante las cuales les fue otorgado, razón por la cual esta medida resulta muchas veces inoperante, y se desvirtúa por completo la naturaleza jurídica de la misma.

4. Que el arresto domiciliario en la residencia del procesado, es en la actualidad una institución completamente inoperante, ya que dicha medida no se otorga bajo esta modalidad, sino que únicamente se circunscribe al domicilio del procesado, es decir, que este goza de plena libertad de locomoción dentro del departamento en el cual tiene fijada su residencia, más no al hecho mismo tal y como es su naturaleza jurídica, que se otorgue dentro de la residencia, prohibiéndole salir de la misma y coartando de cierta forma la libertad plena del imputado, como sustitución de la prisión preventiva.

5. Tanto la Policía Nacional Civil y como el Ministerio Público no colaboran como órganos auxiliares en el cumplimiento de la medida de arresto domiciliario en la residencia del procesado, así como tampoco el juez que controla la investigación lo solicita teniendo la facultad de autorizar la vigilancia o custodia por parte de la Policía Nacional Civil o el Ministerio Público, para poder verificar que no se violenten las condiciones en que el mismo fue otorgado.

RECOMENDACIONES

1. El juzgador debe saber diferenciar los conceptos de domicilio y residencia al momento de otorgar la medida sustitutiva de arresto domiciliario, aplicándolo tal y como lo establece el Código Procesal Penal según la forma y condiciones establecidas, de manera que se eviten las confusiones que puedan surgir al respecto y se lleve a cabo su correcto cumplimiento.
2. Debe de otorgarse la medida de arresto domiciliario, estableciendo de manera expresa y concreta la forma en que la misma debe de cumplirse, es decir, consignar si la medida se deberá de cumplir en el domicilio o en la residencia del imputado, y la forma o condiciones en que se debe de llevar a cabo la misma, expresando claramente todas las disposiciones relativas a su cumplimiento y ejecución.
3. El organismo judicial, debe de implementar nuevos métodos o controles para poder corroborar de manera eficiente que la persona que ha sido beneficiada con la medida sustitutiva del arresto domiciliario, lo esté cumpliendo correctamente y bajo las condiciones que le fue concedido, ya que si llegare a violentar dicho beneficio, el mismo le sea revocado, pero esto solo se puede llevar a cabo si existen controles más estrictos, eficientes y eficaces.
4. Que se otorgue la medida de arresto domiciliario en la residencia del procesado, bajo las condiciones que establezca el tribunal, limitándose la libertad de locomoción

del imputado a su casa de habitación, estipulándose de manera clara y expresa la forma en que debe cumplirse la misma, y que en caso de incumplimiento o violación de dicho beneficio, se procederá a la revocación de éste, cumpliendo de esta manera con la finalidad de dicha medida, otorgada en sustitución de la prisión preventiva.

5. El juez contralor de la investigación, deberá de hacer uso de la facultad que el mismo Código Procesal Penal le otorga, solicitando ya sea a la Policía Nacional Civil o Ministerio Público, para que sean estos órganos quienes verifiquen el estricto cumplimiento de la medida de arresto domiciliario cuando sea otorgado en la residencia del procesado, e informando en todo momento al juez de cualquier violación que el imputado hiciera de dicho beneficio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA y Castillo y Ricardo Levene. **Derecho procesal penal**. Ed. Guillermo Kraft. Ltda. Buenos Aires, Argentina, 1991.
- ARREOLA HIGUEROS, Ruddy Orlando. **Análisis jurídico y doctrinario de la prueba intangible en el proceso penal guatemalteco**. Centro de Impresiones Gráficas. Guatemala, 1999.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **La desjudicialización**. Edición, Impresos y Fotograbado Llerena. Guatemala, 1994.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco**. Edición, Impresos y Fotograbado Llerena. Guatemala, 1993.
- BOVINO, Alberto. **Temas de derecho procesal penal guatemalteco**. Fotograbado Llerena y Compañía Limitada. Guatemala, 1997.
- CLARA CASTELLANOS, Nestor Stuardo. **Inconstitucionalidad del Artículo 359 del código procesal penal, Decreto 51-92**. R&R Multimpresos. Guatemala, 1998.
- CAFFERATA NORES, José I. **Libertad probatoria y exclusiones probatorias**. Ed. Efeso. Córdoba, Argentina, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal penal**. Impresos y Ediciones Rodríguez.
México, 1998.

CASTRO, Máximo. **Curso de procedimientos penales**. Ed. Jurídica. Buenos Aires,
Argentina, 1989.

ESTRADA CORDÓN, Onelia. **Análisis de los procedimientos especiales en el
código procesal penal guatemalteco**. Impresiones Génesis. Guatemala, 1996.

Fundación, Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Ed. Espasa Calpe, S.A.
España, 1999.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. “El Proceso Penal Guatemalteco”.
Centro Editorial Vile. Guatemala, 1991.

HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho procesal penal práctico guatemalteco**. Ed.
Landívar. Guatemala, 1980.

LÓPEZ M., Mario R. **La práctica procesal penal en el procedimiento preparatorio**.
Ediciones M.R. de León. Guatemala, 1998.

MORA MORA, Luis Paulino. **Importancia del juicio oral en el proceso penal**.
Congreso Regional sobre Reforma de la Justicia Penal.

Legislación:

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

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

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

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República, Decreto 40-94, 1994.