

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

**LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, UN
BREVE ANÁLISIS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

ERNESTO ARNOLDO ORDÓÑEZ SALGUERO

GUATEMALA, JULIO DE 2011

UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, UN
BREVE ANÁLISIS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ERNESTO ARNOLDO ORDÓÑEZ SALGUERO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
Vocal III	Lic. Luis Fernando López Díaz.
Vocal IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
Vocal V	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

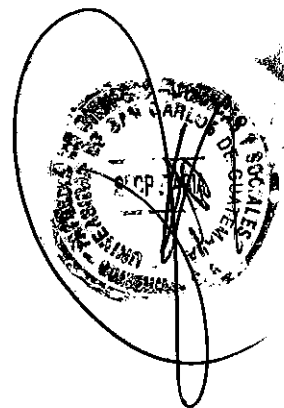
Presidente:	Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
Vocal:	Lic. Jorge Leonel Franco Morán
Secretario:	Licda. Berta Aracely Ortiz Robles

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Hector René Granados
Vocal:	Licda. Elizabeth Garcia
Secretario:	Licda. Magda Gil Barrios

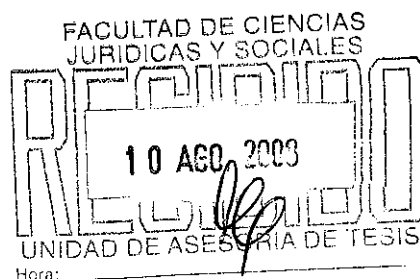
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. José Ricardo Fajardo Delgado
Abogado y Notario
Asesor de tesis
Colegiado 3790
8ª. Calle 5-71, zona 1. Escuintla.
Teléfono: 78890902-78893536



Guatemala, 10 de agosto de 2008.

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Su despacho.

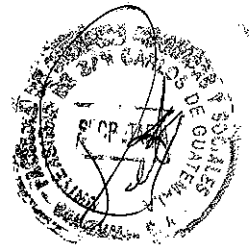


Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo a lo solicitado se procede a emitir nuevo dictamen de asesor por lo que hago de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento emitido de fecha 27 de abril del año 2001, en el que se me nombra como asesor de tesis del estudiante: ERNESTO ARNOLDO ORDÓÑEZ SALGUERO. En cumplimiento de lo ordenado, procedo a asesorar el trabajo de tesis, intitulado: **"LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, UN BREVE ANÁLISIS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA"**, propuesto por el estudiante: en consecuencia me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

Al haber asesorado al estudiante en la investigación y previa revisión del mismo he sugerido hacer correcciones de tipo gramatical y de redacción, que considere en su

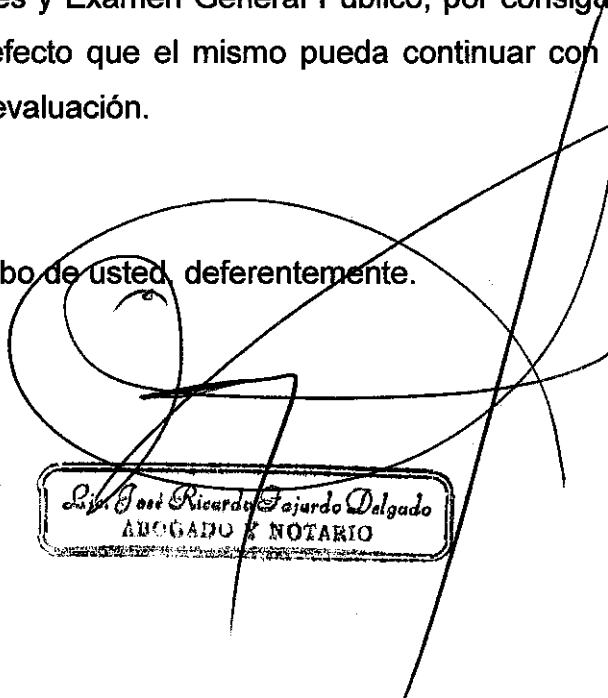


Lic. José Ricardo Fajardo Delgado
Abogado y Notario
Asesor de tesis
Colegiado 3790
8ª. Calle 5-71, zona 1. Escuintla.
Teléfono: 78890902-78893536

momento eran necesarias. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por el estudiante es de apoyo en su investigación ya que el material es actualizado.

En relación a la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía adecuada. Las conclusiones y recomendaciones en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, esto apoyado con los anexos que contienen cuadros estadísticos que fueron de utilidad en la investigación. En consecuencia la investigación del Bachiller reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; por consiguiente se emite DICTAMEN FAVORABLE, a efecto que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación.

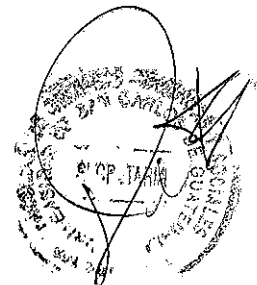
Me suscribo de usted, deferentemente.


Lic. José Ricardo Fajardo Delgado
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.

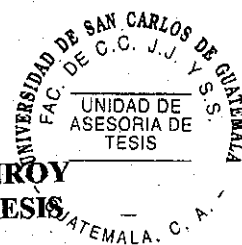


UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veintinueve de abril de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JULIO CÉSAR URIZAR LÓPEZ, para
que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ERNESTO ARNOLDO
ORDÓÑEZ SALGUERO, Intitulado: "LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL
CÓDIGO PROCESAL 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



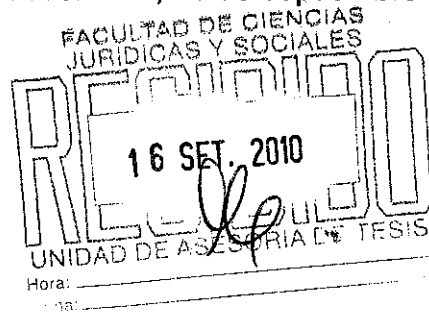
cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh

Lic. JULIO CESAR URIZAR LOPEZ
Abogado y Notario



Guatemala, 16 de septiembre de 2010.

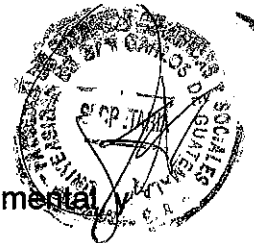
Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Marco Tulio Castillo Lutinbhh
Su despacho.



De manera respetuosa y atenta informo a usted que procedí a revisar la tesis elaborada por el estudiante ERNESTO ARNOLDO ORDÓÑEZ SALGUERO, titulada como: **“LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, UN BREVE ANÁLISIS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA”**, propuesto por el estudiante por lo cual hago de su conocimiento;

1. Que la investigación es de carácter jurídico científico, tratándose en la misma lo relacionado al tema de la prisión preventiva conforme la legislación penal en Guatemala, haciendo un breve análisis de la legislación comparada por parte del Bachiller, lo cual me parece una buena propuesta a investigar, siendo el tema de actualidad en Guatemala, ya que es un fenómeno social que merece atención y estudio esto con el fin de encontrar soluciones a la problemática que surge en estos momentos de la prisión preventiva. Así mismo de conformidad con el método analítico, descriptivo y jurídico, el primero para estudiar y analizar la doctrina aplicable y el segundo debido a que la investigación propuesta se basa en hechos actuales y directos, y el tercero utilizado en la interpretación de leyes indicadas en el tema propuesto. Y las técnicas a las que recurrió fueron la bibliográfica y documental, utilizadas al recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.

8ª. CALLE 5-71 ZONA 1 ESCUINTLA
Colegiado Número 3670
Teléfono: 59173141



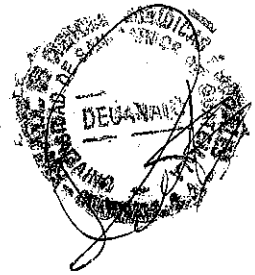
2. Así también el Bachiller Ordóñez Salguero, utilizo las técnicas documental y bibliográfica por medio de las cuales profundizo su investigación merece también mención el hecho de que manejo los métodos inductivo y deductivo. El trabajo de investigación al ser debidamente revisado cumple con todos los requisitos exigidos en cuestión de redacción, y las reglas básicas de ortografía.

3. Se informa además que fueron corregidos los capítulos de la investigación. Así mismo fueron corregidas algunas partes en las cuales se encontró errores de redacción, las conclusiones son congruentes con las recomendaciones y constituyen un hallazgo importante y de gran utilidad para los estudiosos del Derecho Penal y Procesal Penal. La bibliografía nacional e internacional se refiere a los temas y subtemas tratados en el desarrollo de la tesis. Los libros, en los cuales esta fundamentada en gran parte la investigación, son de autores de nivel académico reconocido y de gran experiencia, minuciosamente escogidos por el ponente, para enriquecer la investigación.

Por lo descrito y expuesto anteriormente, considero que el trabajo de investigación **“LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, UN BREVE ANÁLISIS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA”** del estudiante, cumple con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por consiguiente emito dictamen favorable del mismo.

Me suscribo de usted, deferentemente.

8ª. CALLE 5-71 ZONA 1 ESCUINTLA
Colegiado Número 3670
Teléfono: 59173141



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ERNESTO ARNOLDO ORDÓÑEZ SALGUERO, Titulado LA PRISIÓN PREVENTIVA CONFORME EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, UN BREVE ANÁLISIS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA



A MI PADRE: Ernesto Ordóñez. (Q. E. P. D.).

A MI MADRE: María del Rosario Salguero Ramírez. (Q. E. P. D.).

A MI ESPOSA: Haydée Salguero Franco de Ordóñez.

A MIS HIJOS: Luis, Jorge y Oscar.

A MI NIETECITO: Iker Gabriel.

A: Todas las personas que ayudaron a mi formación profesional.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE



Introducción.....
-------------------	-------

CAPÍTULO I

1. Breve análisis del proceso penal guatemalteco.....	1
1.1 Definiciones de derecho procesal penal.....	1
1.2 Definición del proceso penal.....	3
1.3 Garantías constitucionales en el proceso penal guatemalteco.....	4
1.3.1 El debido proceso.....	4
1.3.2 Derecho de defensa.....	6
1.3.3 Derecho de inocencia o no culpabilidad.....	7
1.3.4 Derecho a la igualdad de las partes.....	9
1.4 Principios que fundamentan el proceso penal guatemalteco.....	9
1.4.1 Principios procesales generales.....	10
1.4.2 Principios procesales específicos.....	14
1.5 La prisión preventiva en un estado de derecho.....	17

CAPÍTULO II

2 Justicia penal, la sociedad y lo relativo a la prisión preventiva.....	27
2.1 Medidas de coerción.....	28
2.1.1 Fines de las medidas de coerción.....	31
2.1.2 Características de las medidas de coerción.....	32
2.2 Prisión preventiva.....	32
2.3 Derechos fundamentales y prisión preventiva.....	33
2.3.1 El principio de libertad.....	33

CAPÍTULO III

3 La prisión preventiva y el Código Procesal Penal.....	37
3.1 La prisión preventiva y la legislación comparada.....	39



3.1.1 Legislación argentina.....	39
3.1.1.1 Los hechos.....	40
3.1.1.2 Actuaciones judiciales.....	41
3.1.1.3 Opinión de los tribunales argentinos.....	44
3.1.1.4 Recomendación de la corte interamericana de derechos humanos.....	46
3.1.2 Legislación española.....	48
3.1.3 Legislación salvadoreña.....	51
3.1.4 Legislación costarricense.....	54
3.1.5 Estado actual de la prisión preventiva en américa latina y comparación con los países de Europa.....	59
3.1.6 El funcionamiento del sistema penal.....	73
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	81
ANEXOS.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye una aproximación al profundo estudio de la prisión preventiva como parte de una de las medidas de coerción, la más severa, contenidas en el código procesal penal, estableciendo lo que regula la legislación guatemalteca y lo que sucede en la práctica y en base a ello las consecuencias positivas o negativas de la actividad judicial de los principios y derechos que le asisten al imputado conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala y los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.

A nivel de Latinoamérica, la prisión preventiva ha sido en muchas legislaciones la regla general sobre la cual se establece todo un ordenamiento jurídico en la materia penal, siendo que a partir de los últimos cien años de la Ciencia Penal, se ha redefinido lo relativo a los fines de la pena que necesariamente tienen con la prisión preventiva, porque debe considerarse si efectivamente la prisión, tanto preventiva como definitiva, realmente constituye o ha constituido los mecanismos adecuados de utilización del Estado para sancionar y para rehabilitar o reeducar, como lo establece la Constitución Política de la República. Evidentemente la prisión preventiva y definitiva tanto en la realidad como en teoría no ha significado nada positivo, sino más bien únicamente ha tenido persecuciones negativas, que de alguna manera han hecho que se incremente la población en prisión y esto en aumento, no habiendo definido una política criminal que conlleve la reducción de esa población delincencial. En fin, el trabajo que se presenta, constituye un breve análisis de lo que ha sido la prisión preventiva, de lo que significa en la actualidad, conforme los nuevos lineamientos de los fines de la Ciencia Penal en cuanto a la pena, y un análisis de la legislación comparada.

Para una mayor comprensión, el trabajo ha sido dividido en tres capítulos: En el primer capítulo se incluye lo relativo al estudio de un breve análisis del proceso penal guatemalteco, incluyendo de las distintas definiciones del derecho procesal penal, las garantías constitucionales en el proceso penal guatemalteco, las que estudian el



debido proceso, derecho de defensa, derecho de inocencia o no culpabilidad, derecho de igualdad de las partes. Y los principios que fundamentan el proceso penal guatemalteco y para entrar en materia de estudio la prisión preventiva en un estado de derecho; en el capítulo segundo, se hace referencia doctrinal y jurídica relativa a las medidas de coerción; los fines de las medidas de coerción, sus características, la prisión preventiva, los derechos fundamentales y prisión preventiva, llegando al principio de libertad; en el capítulo tercero, se describe lo relativo a la prisión preventiva, haciendo referencia a la legislación comparada, iniciando en este momento de la investigación un enfoque jurídico y como el tema principal es la prisión preventiva, se hace una comparación interesante con la legislación argentina, española, salvadoreña y costarricense. En este estudio es necesario además analizar el estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa, finalizando este capítulo con el tema que se refiere al funcionamiento del sistema penal en Guatemala.

Por último, se incluyen las conclusiones y las recomendaciones del presente trabajo de investigación de tesis, con lo que espero hacer un pequeño aporte al estudio del tema propuesto que se refiere a La prisión preventiva conforme el Código Procesal Penal, un breve análisis de la legislación comparada.

CAPÍTULO I



1. Breve análisis del proceso penal guatemalteco

El proceso penal forma parte del derecho procesal penal, y en general, se encuentra conformado por una serie de normas instrumentales que hacen posible operativizar la normativa sustantiva, es decir, la ley penal. Tiene como fin, poner en marcha el accionar estatal, es decir, a los jueces, a los defensores públicos y a los fiscales, con el objeto de averiguar lo sucedido en un hecho constituido como delito, la determinación de la responsabilidad penal de los inculcados, la sanción penal a través de la realización del juicio oral y la ejecución de la sentencia.

Al entrar en vigencia el sistema procesal penal, como sucedió con la aprobación y vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República, la historia penal del país, ha sufrido modificaciones sustanciales, principalmente a juicio del autor, de manera positiva para la consolidación de un Estado de Derecho y garantía de los ciudadanos de que frente a la impotencia de una acusación, tiene derechos y garantías para su defensa, el debido proceso, el juzgamiento por tribunales preestablecidos, etc.

1.1 Definiciones de derecho procesal penal

Al respecto Manuel Osorio y Florit, al definir el concepto de procedimientos dice que son "Normas dadoras para la actuación de los organismos jurisdiccionales, ya sean civiles, laborales, penales, contenciosos-administrativas, etc."¹

El mismo autor adopta diferentes definiciones, citando a los siguientes: "Capitant: da esta expresión es el procedimiento que tiene dos significados, el primero amplio, definible como la rama del derecho que sirve para determinar reglas de organización judicial, lo que constituye el contenido del derecho procesal y de los códigos

¹ Osorio y Florit, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Pág. 613.

procesales; y otro estricto o conjunto de actos cumplidos para lograr una solución judicial.



Análogamente define Guillen y Vincent el, procedimiento cuando dice que es el conjunto de formalidades que deben ser seguidas para someter una pretensión a la justicia.

Couture afirma que es entre otras cosas "el método o estilo propios para la actuación ante los tribunales de cualquier orden".²

De Pina Vara Rafael, dice que proceso es el "Conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto mediante una decisión del juez competente"³

Por otra parte Jonny Dahinten, Castillo; citando a varios autores adopta las definiciones siguientes: Calamandrei, dice que es la "Serie de actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener providencia jurisdiccional". Chiovenda, indica que "es el conjunto de actos dirigidos hacia el fin de la actividad de la ley mediante órganos jurisdiccionales."⁴

Para Borja Osorno, el proceso penal "se puede considerar como el conjunto de actividades y formas, mediante los cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto, trata, dicho en otros términos, de decidir la relación jurídica penal concreta y, eventualmente, las relaciones jurídicas secundarias o conexas".⁵

² **Ibid.**

³ De Pina Vara, Rafael. **Instituciones**. Pág. 322.

⁴ Dahinten Castillo, Jonny. **El Proceso Jurisdiccional**. Pág. 38

⁵ Borja Osorno, Guillermo. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 34

Por su parte Trejo Duque, citando a Jonny Dahinten, Castillo, quien recoge los siguientes conceptos: Calamandrei, dice que es "La serie de actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional".⁶



1.2 Definición de proceso penal

Existen diversos conceptos sobre el derecho procesal penal, entre los más importantes están: Para Eugenio Florián "Es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea un conjunto, sea en los actos particulares que lo integran".⁷

Para Borja Osorno "es el conjunto de los actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de una noticia criminis, o acerca de la existencia de las condiciones requeridas para la represión de un delito o la modificación de las relaciones jurídicas penales preexistentes".⁸

Para Alberto Herrarte, el derecho procesal penal es "como una rama del derecho procesal que estudia las normas que regulan el proceso penal".⁹

Manuel Osorio, al definir el derecho procesal penal, cita a varios autores así: según Mancini, la finalidad específica del proceso penal, "es la de obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el estado el ministerio público". Para Florian es "el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso". Considerando a este como "el conjunto de actos mediante los cuales se prevé, por órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares

⁶ Trejo Duque, Julio Anibal. **Aproximación al Derecho Penal y análisis breve del actual proceso penal**. Pág. 7 y 8.

⁷ Florian, Eugenio. **Elementos del derecho Procesal Penal**. Pág. 14

⁸ Ob. Cit. Pág. 23.

⁹ Ob. Cit. Pág. 34.

concretos, o sea se prevé a la definición de una concreta relación del derecho penal”
Jofré, lo define como “una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables”.¹⁰



Se puede establecer que es una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el Derecho Procesal y cumplido por órganos jurisdiccionales predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante el cual se procura la investigación de la verdad histórica y la determinación del responsable en la comisión de un acto ilícito, actividad que pone en movimiento tanto la ley sustantiva como la procesal.

Se cita el Artículo 5 del Código Procesal Penal establece: “Fines del proceso. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma”.

1.3. Garantías constitucionales en el proceso penal guatemalteco

1.3.1 El debido proceso

Esta garantía se conoce como juicio previo (debido proceso). “No se puede aplicar una pena contra cualquier persona por parte del Estado, si antes no se ha realizado un juicio, es decir, si el imputado o imputada no han tenido la oportunidad de defenderse, si no se le ha dotado de un defensor técnico, si no se les ha reconocido previamente el status de inocente, en tanto que su presunta culpabilidad no haya sido demostrada y se le haya declarado culpable”.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 239.

De esa manera es como la protección constitucional de los derechos de la persona cobra vida en el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, ya que los derechos se ejercitan por medio del proceso, entendido éste como una contienda civilizada y legal entre las partes. El debido proceso asegura y garantiza la dignidad y la libertad de todo ciudadano, ante la potestad punitiva del Estado, que se traduce en el ejercicio de la persecución penal por parte del Ministerio Público. La garantía constitucional del juicio previo, como también se le conoce, es una forma sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado, y una limitación subjetiva de ese poder. En otro sentido, expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales.

El Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece tres derechos fundamentales que deben observarse en todo proceso, los cuales son:

- a) El derecho de defensa.
- b) El derecho a juez natural
- c) El derecho a un debido proceso

La norma en mención establece: "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...De lo anterior se infiere (ya que no lo hace en forma expresa) que ninguna persona puede ser detenida ni condenada sin que haya tenido suficiente oportunidad de defenderse dentro de un proceso y juicio justo, donde de haya respetado y observado las garantías y procedimientos constitucionales, y ante un juez competente.

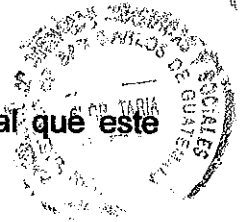
Sólo de esa manera, mediante el juicio previo, los órganos del Estado podrán obrar: con plena ponderación, con las cautelas y garantías de justicia, a fin de que, dando oportunidad a la defensa del imputado, comprueben o declaren concretamente si existe un delito y si corresponde imponer una sanción.

También de rango constitucional es el Derecho número 1-86 de la **Asamblea Nacional Constituyente**, el cual regula los derechos: al proceso de amparo, a la exhibición personal y al recurso de constitucionalidad. Como bien se sabe, éstos son derechos y garantías constitucionales que protegen al ciudadano frente al Estado. En efecto, el Artículo 4. Segundo párrafo del citado Decreto, encuadra parcialmente el Artículo 12 constitucional, pero le introduce los siguientes supuestos: "En todo procedimiento administrativo o judicial, deben resguardarse u observarse las garantías propias del debido proceso". De todo lo anterior, se infiere la gran importancia que tiene el derecho al Debido proceso, el cual es responsabilidad de sus resguardo, principalmente a los tribunales de justicia, por ser a quienes corresponde ejercer la función jurisdiccional, pero también es responsabilidad de todos los profesionales y estudiosos que de una u otra manera se percaten de la violación de esta garantía, por que solamente luchando contra las repetidas violaciones que sufre, es que algún día se respetará como realmente se merece.

1.3.2 Derecho de defensa

Constituye parte de los atributos inherente a toda persona humana y principalmente del sindicado, así también el de libertad y dignidad y como tales no pueden ser inadvertidos durante la tramitación de un proceso. Es así como el sindicado, frente a la imputación que se le hace, le asiste el sagrado derecho de defenderse, a través de un profesional letrado y técnico. Es una garantía a la dignidad y al respeto de los derechos humanos. Cualquier acto inicial del procedimiento, aunque no sea judicial, hace surgir el Derecho de defensa. No es necesario que ninguna autoridad judicial formule una declaración o una orden en contra del acusado.

En ese sentido, el Artículo 71 del Código Procesal Penal, establece: "Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto de procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de



participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece.”

Esta garantía se encuentra regulada en el Artículo 8 de la Constitución Política de la República, que indica: “Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que puede proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales...”. De lo anterior se advierte que toda persona al ser detenida o entrevistada por agentes de la autoridad, deben comunicarle que tiene el derecho de proveerse de un Abogado defensor, que se haga cargo de su defensa, dando así cabida para que se cumpla con la garantía constitucional de defensa en juicio.

Concluyendo, se puede afirmar que la obligatoriedad de la defensa técnica en el procedimiento penal, como un modo de equipar la capacidad del imputado de resistir la imputación. El defensor es parte responsable de velar porque no se violen las garantías previstas a favor del imputado y en su conjunto porque no se quebrante el debido proceso.

1.3.3 Derecho de inocencia o no culpabilidad

El Estado de inocencia es una garantía judicial que ha adquirido reconocimiento universal y en la mayor parte de los Estados necesariamente está plasmado en sus respectivas Constituciones. Su práctica resulta difícil, toda vez que presente ciertas debilidades, lo que permite que por lo regular se vea vulnerado en la sustanciación del proceso penal. Se afirma pues que el Estado de inocencia lo tiene toda persona y debe respetarse en todo proceso penal, constituye un atributo inherente a la persona del imputado, quien desde el momento de la primera sindicación, se ve afectada en su dignidad y honorabilidad. En el país, “es una garantía de las más vulneradas el procesarse a una persona, la que generalmente, desde la sindicación hasta la sentencia, muchas veces, absolutoria, ha prevalecido la presunción de culpabilidad,

pues por costumbre y aún sin indicios suficientes, se dicta a diestra y siniestra la prisión del imputado.”



La sustentación legal de la garantía de inocencia la brinda el Artículo 14 de la Constitución Política de la República, al indicar que “toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada...”. Esto significa que desde el momento en que una persona es sindicada de haber cometido delito, guste o no, por mandato constitucional, debe tenersele como inocente hasta que se pruebe su culpabilidad en una sentencia firme. Así mismo, se encuentra contenido en el Artículo 14 del Código Procesal Penal, que establece: “El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección”. Por lo anterior, se deduce que el proceso penal no tiene como finalidad averiguar la inocencia de una persona, sino a probar su culpabilidad.

Según este derecho, al imputado no le incumbe la tarea de demostrar su inocencia, sino que al Ministerio Público le corresponde demostrar con certeza y con pruebas tangibles su culpabilidad, y así destruir el estado de inocencia, es decir, la carga de la prueba la tiene el propio Estado. La acusación o imputación, no es más que una sospecha, una posibilidad, una presunción, una duda, aunque este fundada. Por todo esto, al haber estado sometido a otro u otros procesos penales o tener antecedentes penales no significa nada ni pueden afectar la presunción de inocencia.

Resumiendo, se puede concluir diciendo que la garantía de inocencia, cobra vida en el actual sistema de justicia penal, contenido en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, ya que flexibiliza el ejercicio y la aplicación del derecho a ser tratado como inocente a todo el sindicado de algún delito, no así en el anterior sistema, que prevalecía el principio de que todo sindicado era culpable mientras en sentencia no lo declarará inocente. Es de advertir también, que con la sola vigencia del actual Código Procesal Penal, no se garantiza el total cumplimiento de este derecho, pues

hay grandes resabios del inquisitismo anterior, toda vez que existen gran cantidad de jueces, abogados litigantes y aún fiscales del Ministerio Público, que tratan al procesado como culpable, actitud que se encuentra enraizada en la gran cantidad de práctica tribunalicia que realizaron bajo el anterior sistema procesal. Es una difícil tarea cambiar de la noche a la mañana las ideas de los hombres y aún más que en ese cambio de ideas, éstas se vean materializadas en la correcta aplicación de la ley.

1.3.4 Derecho a la igualdad de las partes

Esta garantía se traduce en el principio esencial según el cual las partes que intervienen en el proceso tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivas pretensiones, por lo tanto, un trato desigual conllevaría a una injusta solución. "Concibe el procedimiento principal, dentro de un juicio público, como una estructura paralela de facultades, según la cual a una facultad del acusador le corresponde otra similar a la defensa, para que ambos, en acusación y defensa, tengan idénticas oportunidades de influencia en la sentencia del tribunal".

El principio de contradicción ha de ser completado con el principio de igualdad de las partes en la actuación procesal, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que para que éste sea efectivo, es necesario que ambas partes procesales, acusación y defensa, tengan los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.

1.4 Principios que fundamentan el proceso penal guatemalteco

Estos principios, se encuentran básicamente consagrados en lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, así como el Código Procesal Penal y los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, y éstos son:



1.4.1 Principios procesales generales

a) Principio de equilibrio

Concentrar recursos y esfuerzos en la persecución y sanción efectiva de la delincuencia, y enfrentar las causas que generan el delito. Proteger las garantías individuales y sociales consagradas por el derecho moderno, paralelamente a la agilización, persecución, y sanción de la delincuencia, y con igual importancia, se mejora y asegura el respeto de los derechos humanos y la dignidad del procesado, equilibrando el interés social con la individualización.

b) Principio de desjudicialización

El Estado debe perseguir (prioritariamente) los hechos delictivos que producen impacto social. Los delitos menos graves, de poca o ninguna incidencia social se tratan de manera distinta. El Código Procesal Penal establece cuatro presupuestos en los que es posible aplicar este principio:

- ✓ Criterio de oportunidad.
- ✓ Conversión.
- ✓ Suspensión condicional de la persecución penal
- ✓ Procedimiento abreviado

c) Principio de concordia

Las dos atribuciones esenciales de los jueces son: Decidir mediante sentencia las controversias y situaciones jurídicas sometidas a su conocimiento, así como contribuir a la armonía social mediante la conciliación o avenamiento de las partes en los casos que la ley lo permita, cuando no exista peligrosidad del delincuente y el delito sea poco dañino. El principio de concordia es una figura intermedia entre un



compromiso arbitral, un contrato de transacción y una conciliación judicial tradicional que procede en tres fases.

- Avenimiento de las partes con la intervención del Ministerio Público o del Juez.
- Renuncia de la acción pública por parte del órgano representativo de los intereses sociales.
- Homologación de la renuncia de la acción penal ante el juez. Esta nueva función judicial busca fortalecer el orden, la paz y la concordia entre los individuos.

d) Principio de eficacia

Como resultado de la aplicación de criterios de desjudicialización y de la introducción de la concordia en materia penal, el Ministerio Público y los Tribunales de Justicia podrán dedicar esfuerzos y tiempo en la persecución y sanción de los delitos que afectan a nuestra sociedad. Completamente esta estimación, la asignación al Ministerio Público, las actividades de investigación criminal. El marco de la actividad judicial, puede resumirse así:

d.i) En los delitos de poca o ninguna incidencia social: El Ministerio Público o los jueces deben buscar el avenimiento entre las partes para la solución rápida del proceso penal.

d.ii) En los delitos graves el Ministerio Público y los Tribunales Penales deben aplicar el mayor esfuerzo en la investigación del ilícito penal y el procesamiento de los sindicados.



e) Principio de celeridad

Los procedimientos establecidos en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, impulsan el cumplimiento de las actuaciones procesales, agilizan el trabajo y buscan el ahorro de tiempo y esfuerzos.

f) Principio de sencillez

La significación del proceso penal es de tanta trascendencia que las formas procesales deben ser simples y sencillas para expedir dichos fines al tiempo que, paralelamente se asegura la defensa.

g) Principio de debido proceso

Juzgar y penar solo es posible si se observan las siguientes condiciones:

- Que el hecho motivo del proceso esté tipificado en la ley anterior como delito o falta.
- Que se instruya un proceso seguido con las formas previas y propias fijadas y con observancia de las garantías de defensa.
- Que ese juicio se siga ante el tribunal competente y jueces imparciales.
- Que se trate al procesado como inocente hasta que una sentencia firme declare lo contrario.
- Que el juez en un proceso justo, elija la pena correspondiente.
- Que el procesado no haya sido perseguido penalmente con anterioridad por el mismo hecho.



h) Principio de defensa

El derecho de defensa, consiste en que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin antes haber sido citado, oído y vencido en un proceso judicial, está consagrado por nuestra Constitución y desarrollado debidamente en el derecho 51-92 del Congreso de la República.

i) Principio de inocencia

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

i.i) Principio favor libertatis

Este principio busca la graduación del auto de prisión, y en consecuencia, su aplicación a los casos de mayor gravedad cuando por las características del delito pueda proveerse que de no dictarse, el imputado evadirá la justicia. Es decir, reduce la prisión provisional a una medida que asegura la presencia del imputado en el proceso.

i.ii) Principio favor rei

Como consecuencia del principio de inocencia, el juez debe favorecer al procesado en caso de duda, y por lo tanto, cuando no pueda tener una interpretación univoca o certeza deberá decidir a favor de este.

j) Principio de readaptación social

Se pena para reeducar y para prevenir delitos, ya no tanto para imponer temor en la sociedad, sino para favorecer fortalecer el sentimiento de responsabilidad y de fidelidad al ordenamiento jurídico.

k) Principio de reparación civil

El derecho procesal penal moderno establece los mecanismos que permiten en el mismo proceso la reparación de los daños y perjuicios provocados al agravamiento por el hecho criminal.



1.4.2 Principios procesales específicos

a) Principio de legalidad

Este principio tiene estrecha relación con el principio de inocencia, actuando como un dispositivo que regula y le pone límite a la facultad de castigar del Estado. Este principio por sus propias características se encuentra contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pacto de San José y en la Constitución Política de la República de Guatemala.

b) Principio de oficialidad

Éste concretamente señala que el proceso penal debe iniciarse tan luego como se conozca la existencia de un hecho delictivo, cuya acción debe estar encomendada conforme la ley al Ministerio Público, como el ente autorizado para iniciar la investigación y la persecución penal.

c) Principio de contradicción

Este principio se refiere con exclusividad a la función de investigación, de acusación, y defensa, y con relación a este principio se derivan los siguientes derechos de las partes que intervienen en el proceso, tales como:

- Derecho de las partes a mantener una comunicación directa con el juzgador.



- Derecho de las partes de aportar sus respectivos medios de prueba y a contradecir los aportados por la parte contraria.
- El derecho de fiscalizar la prueba.
- El derecho de presentar en forma verbal ante el tribunal de sentencia los medios de prueba mediante los cuales se refute los argumentos contrarios.
- El derecho a que sólo se consideren como medios de prueba los que se presentan en forma verbal ante el tribunal de sentencia y que su obtención haya sido de manera lícita.

d) Principio oralidad

Se fundamenta en que en las diligencias debe preservar el sistema verbal, oral, sin embargo, ello resulta de manera parcial, puesto que también existe en el proceso penal guatemalteco, el principio escrito, es decir, para la constatación de los actos y diligencias que se realicen ante el juez contralor o ante el Tribunal de Sentencia.

e) Principio de concentración

Este principio pretende como objetivo fundamental, establecer en menos momentos que coadyuvan a aminorar el tiempo de duración de un proceso, la actividad de investigar y juzgar a cargo de los operadores de la justicia penal.

f) Principio de inmediación

El Decreto 51-92 del Congreso de la República, contiene argumentaciones relacionadas con el juicio oral, es decir, que la necesidad de que los jueces observen la íntima relación con el sistema de la oralidad, asegurando la presencia directa en la realización del debate y de algunas otras diligencias, tal es el caso de la función del



juez como contralor de la Investigación que realiza el Ministerio Público, así como de la intervención del juez en el procedimiento intermedio. Al respecto de este principio, Manuel de la Plaza indica que “obedece este principio a la necesidad de que el juez o tribunal que ha de decidir el proceso tenga desde su iniciación hasta su término, un cabal conocimiento de él, cuya exactitud depende de su inmediata comunicación con las partes y de su intervención personal y activa, inmediata también en la práctica de las pruebas...”

g) Principio de publicidad

Este principio tiene su fundamento en la necesidad de que la sociedad esté debidamente informada de los procedimientos establecidos en la ley penal y procesal penal, incluyendo los principios y garantías de todo ciudadano en el momento en que se encuentre sujeto a un proceso penal por la comisión de algún acto o su relación con algún hecho constitutivo de delito. Este principio, para el procesado, propiamente, también constituye una garantía, que se encuentra establecida no sólo en la legislación nacional, sino también en instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.

h) Principio de sana crítica razonada:

Este principio se refiere a la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, interpretando constantemente el sentido de la ley, dándose a la tarea de sintetizar y valorar, reflexionar y analizar para concluir con una obligada argumentación jurídica. En nuestro medio la sana crítica se ha desvirtuado por el mantenimiento de los criterios de prueba tasada o legal, por esa razón, el Código Procesal Penal agregó el adjetivo de razonada, que evita la falta de tópicos que limiten la interpretación y obliga a la argumentación jurídica.



1.5 La prisión preventiva en un Estado de derecho.

Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que, como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente."¹¹

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

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

Por otra parte, aún cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia, aprovechando el estado de inocencia de que goza durante el proceso, es lo cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, tal como quedó demostrado en la publicación "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"¹², la convierten en una verdadera pena, en este sentido afirma el profesor Raúl Zaffaroni, en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que la

¹¹ HASSEMER, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 1995, pág. 105.

¹² "El preso sin condena en América Latina y el Caribe" Elías Carranza, Luis Paulino Mora, Mario Hued y Eugenio Raúl Zaffaroni. Ilanud. San José, Costa Rica. 1988.



prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción que solo los autistas jurídicos niegan se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho."¹³

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad a la colectividad", asignándole un carácter de "sedante social" frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar."¹⁴

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

¹³ Domínguez, F. y otros "el derecho a la libertad en el proceso penal". Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984. Prólogo.

¹⁴ Ippolito Franco. "La detención preventiva". Revista de Derecho Constitucional N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997, pág. 18.



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

Desde esta perspectiva, todo acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal en primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero éstos se convierten en la práctica de una función instrumental y de garantía, la coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo nos ocuparemos de la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

La tendencia dominante en la doctrina latinoamericana confirma la tesis de que la prisión preventiva solamente puede perseguir fines de aseguramiento procesal y no aquellos de carácter penal material, también un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: "la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".¹⁵

¹⁵ Llobet, Javier "La prisión preventiva (límites constitucionales)", pág. 177.



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

Es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad, según lo demuestra en nuestro país los estudios y análisis elaborados por Elías Carranza en su obra "Criminalidad ¿Prevención o Promoción?".¹⁶

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

El recurso a la seguridad ciudadana ha sido capitalizado políticamente en nuestro medio, y a él se ha vinculado solo lo referido al tema de la seguridad personal y del patrimonio frente a la potencial agresión. En realidad podemos afirmar que se ha desarrollado una histeria colectiva, por ese sentimiento de inseguridad que han fomentado los medios de comunicación, fenómeno que es altamente peligroso, pues nos conduce por equivocados caminos no solo en materia de política criminal, si es que puede hablarse de ella en nuestro país, sino también en la actitud de la población que ha optado por recurrir a la compra indiscriminada de armas para supuestamente garantizarse la seguridad personal. Al derecho penal y al procesal en su campo, se les encarga, en este contexto, del cumplimiento de una función que no les atañe, el ser garantes de esa seguridad, justificándose el que se proceda a actuar sin ataduras legales, es decir, que al delincuente se le juzgue y ejecute sin las formalidades de la realización de un proceso.

¹⁶ Carranza, Elías "Criminalidad ¿Prevención o promoción?", Pág. 78.

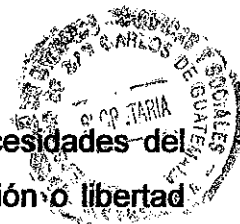
El concepto, que es bastante difuso, ha sido empleado como sinónimo de seguridad física en las calles, desconociéndose que incluye también lo referido a libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los políticos, económicos y sociales, que nunca se han visto afectados cuando ha habido un incremento de actividades delictivas. Se evidencia de esta forma que luego del abandono de la doctrina de la seguridad nacional, que en su guerra contra el marxismo justificaba la tortura, las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, se defiende hoy día una guerra contra la delincuencia utilizando métodos similares.

Señala el Dr. Javier Llobet que en Latinoamérica, a diferencia de lo ocurrido en la época del fascismo en Europa en donde fueron las filas oficialistas las que se agruparon reclamando una mayor represión contra la criminalidad, las críticas se producen en el marco de la libertad de prensa y de la realización de elecciones, "es importante anotar que el reclamo de una mayor seguridad ciudadana, abandonando las garantías penales y procesales, está íntimamente relacionado con la libertad de prensa y el desarrollo de elecciones. Sin embargo, paradójicamente las campañas de ley y orden llevadas a cabo por la prensa, desembocan en el llamado a un Estado fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia".¹⁷

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

Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel

¹⁷ Llobet Javier, op. cit.p. 118.



Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado".¹⁸

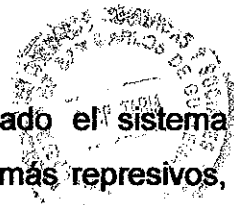
Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza."¹⁹

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

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

¹⁸ Pastor, Daniel R. "El encarcelamiento preventivo" en AA.VV., El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico. pág. 44.

¹⁹ Pastor, Daniel Ob. cit. pág. 46.



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

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

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

Se puede afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente



para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales".²⁰

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

"El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme".²¹

De acuerdo con el profesor Hassemmer: "quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria".²²

No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable, por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor, como señala el profesor Nils

²⁰ Bovino, Alberto "Temas de Derecho Procesal Guatemalteco". Fundación Myrna Mack, primera edición, Guatemala, 1996, Pág. 40.

²¹ Llobet, Javier. Ob. cit. Pág. 189

²² Levene, Ricardo (Hijo), "El debido proceso y otros temas". San José, 1981,

Christie²³, la imposición de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de derecho y el principio de racionalidad de los actos de gobierno, que es característico del sistema republicano.

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines solo pueden ser instrumentales, y en virtud de ello nos preocupan los pronunciamientos de nuestro tribunal constitucional cuando ha señalado que no tomar la medida restrictiva cuando se acredite la concurrencia de los supuestos legalmente establecidos que lo permiten, significa "relegar en forma injustificada, al plano de lo irrealizable, objetivos tan importantes como el del logro de la verdad real de los hechos, el de sujeción del acusado a los procedimientos, buscando con ello asegurar la aplicación de la ley penal, en virtud de los cuales se permite excepcionalmente restringir la libertad en la fase de investigación"²⁴ (lo destacado no es del original).

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

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

²³ Voto de la Sala Constitucional N° 1419-96.

²⁴ Christie, Nils. Los límites del dolor. Fondo de Cultura Económica, México. Pág. 27



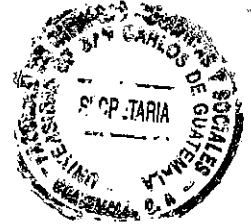
globalización y las corrientes neoliberales que se imponen en las políticas económicas de nuestros países. Definitivamente el aumento de los delitos contra la propiedad tiene una comprobada relación con los períodos de deterioro en las condiciones de vida, según lo ha demostrado en nuestro país, la interesante investigación de don Elías Carranza que ya hemos mencionado, e igualmente se ha puesto en evidencia que, como ocurre en casi todo el mundo, la población penitenciaria proviene de los sectores más carenciados y empobrecidos.

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

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

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

CAPÍTULO II



2 Justicia penal, la sociedad y lo relativo a la prisión preventiva.

La prisión preventiva ha sido denominada en muchas legislaciones como una de las medidas de coerción, es decir, la más severa, la cual pretende con su decreto, asegurarle al juez la presencia del imputado en el proceso, evitar la fuga y la obstaculización de la averiguación de la verdad. Este tema ha sido de amplia discusión entre doctrinarios y tratadistas, especialmente los contemporáneos, que pretenden en base a un sistema penal garantista, enfocar los fines de la pena y consecuentemente los fines de la prisión preventiva, que en muchas veces, ha sido catalogada como una pena anticipada, por los períodos de duración tan prolongados, tomando en cuenta los principios informadores del sistema penal así como el principio de libertad, consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala y los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.

La evolución de las sociedades conlleva también la evolución del derecho, y del derecho penal y procesal penal, prueba de ello, es la creación del Decreto 51-92 del Congreso de la República, que contiene el Código Procesal Penal, por lo que esa relación dialéctica se caracteriza por ser cambiante y evolucionante, es así como anteriormente se conceptualiza la pena y los fines de la misma, desde sus inicios, por medio de la teoría de la prevención general o esencial o la teoría retribucionista, en otro período de tiempo, en ese entonces, la pena tenía otro marco jurídico de actuación y en relación a la actualidad, en que un sistema penal debe basarse en principios de utilidad social básicamente y que en ese sentido, los fines de las penas son el logro de la rehabilitación y readaptación del delincuente a partir de su decreto y que en cuanto a éstos fines, debe considerarse como base el principio de libertad, siendo el principio rector de un sistema penal basado en un sistema acusatorio, y es así como la prisión preventiva ha sido en muchas legislaciones, de las cuales se

analizará más adelante, la excepción a la regla general, es decir, que existen presupuestos necesarios para decretarla, quedando a consideración del juez dictar medidas sustitutivas de las variadas que existen en la ley y que fundamentan su actividad judicial en el sentido de que se pretende que con ello, se garantice exclusivamente la presencia del imputado al proceso en el momento de ser requerido y que la prisión preventiva se constituya en el menor tiempo posible y en el plazo estrictamente necesario que conlleve el esclarecimiento de la situación jurídica del proceso.

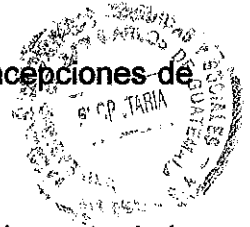
Con la entrada en vigencia del Decreto 51-92 del Congreso de la República, se establece como regla excepcional la prisión preventiva, es así como el Artículo 259 del Código Procesal Penal indica: "Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información 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".

De acuerdo al Artículo anterior, es importante establecer que cuando la ley establece que se podrá, se constituye en una facultad de decidir si la decreta o no por parte del juez contralor de la investigación, y se reafirma tal situación, cuando en el último párrafo de este Artículo indica que la libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

2.1 Medidas de coerción

Previo a profundizar en el tema de la prisión preventiva, en cuanto a su definición, es importante, indicar que tal como lo reconoce la doctrina, la prisión preventiva

constituye una de las medidas de coerción más severa y entre las concepciones de las medidas de coerción, se establece lo siguiente:



Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que, como señala el maestro Winfried Hassemer, "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente".²⁵

Pero ¿De dónde nace tal contrariedad?, De Luca pone de manifiesto que "Los hombres torturaban para saber si se debía torturar y tal expresión adquiere hoy en día todo su vigor, dado que, aunque abolida la tortura, en la actualidad se *arresta* para saber si se debe arrestar".²⁶

He aquí la tremenda contradicción de la prisión preventiva, institución que ha sido, incluso, calificada de inmoral por Carrara, citado por Asencio Mellado, por suponer una privación de libertad que recae sobre la persona aún no declarada culpable, que la cumple en definitiva, un inocente.

"La prisión preventiva, de este modo, y fundamentalmente, en virtud de constituir un atentado a la presunción de inocencia, ha sido considerada por la mayoría en la doctrina, como de difícil justificación, en la medida en la que se constituye en una restricción de la libertad anterior a la sentencia condenatoria."²⁷ A la prisión preventiva se le atribuye naturaleza cautelar, en función de las finalidades que cumple.

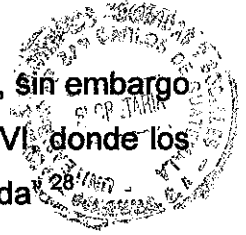
Así también haciendo un análisis de la historia que "La posibilidad de aplicar la privación de libertad al estado presente en todas las etapas de la historia, cómo lo es

²⁵ Hassemer, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Pág. 105

²⁶ Asencio Mellado, José María. *La prisión provisional*. Pág. 29

²⁷ *Ibid.* Pág. 32

la prisión por deudas para exigir su cumplimiento en el derecho romano, **sin embargo** su consolidación como pena encuentra sus antecedentes en el siglo XVI, **donde los** métodos punitivos iniciaron en proceso de transformación lenta y profunda.



El desarrollo económico de la época, debido al surgimiento de grandes y ricas poblaciones urbanas que posibilitaron la necesidad intensa por determinados bienes de consumo, la extensión constante del mercado acompañada de la demanda, crecimiento y estabilidad del sistema financiero, posibilitaron el interés y la explotación de la mano de obra de los privados de libertad con el fin de reducir los costos de producción. De esta manera se consolidaron como penas: la esclavitud en galeras, la deportación y las servidumbres. Algunas veces se aplicaron conjuntamente con las penas pecuniarias y corporales (que eran las tradicionales) y en otras substituyéndolas completamente. Las casas de corrección, que se consolidaron hasta finales del siglo XVII, constituyen un antecedente importante en el proceso de conformación de la cárcel. El propósito principal de esta institución consistió en que por medio del trabajo obligatorio dentro de las instituciones, los prisioneros adquirieran hábitos laborales y al mismo tiempo recibir formación profesional con el fin de que cuando recobren su libertad se incorporan al mercado laboral voluntariamente. Su régimen fue el resultado de una combinación de principios de casas para pobres (Poorhouse), casas de prostitutas y condenados por delitos leves constituyeron al inicio su principal clientela. Posteriormente se permitió el ingreso de flagelados, marcados y sentenciados a largos períodos. Sin embargo, el uso de la cárcel durante toda la edad media hasta finales del siglo XVIII se centró como espacio de detención en espera del juicio, el cual podía durar meses e incluso años.

Puedo concluir que por coerción personal se entiende: Toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas

²⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y otros. **Manual de derecho penal guatemalteco parte general.** (s.e.), Guatemala: Editorial Impresos Industriales S.A, 2001. Pág. 579

durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto, la coerción personal del imputado es la restricción o limitación que se impone a su libertad para asegurar la consecución de los fines del proceso.



2.1.1 Fines de las medidas de coerción

En cuanto a su finalidad, José I. Cafferata Nores, desarrolla los fines de la coerción personal, precisando los siguientes límites.

a) Las medidas en que ésta se traduce tienden a evitar que el imputado obstaculice la investigación de la verdad aprovechando su libertad para borrar o destruir las huellas del delito, sobornar o intimidar a los testigos, o concertarse con sus cómplices. Pero como en todo caso la justificación de las medidas restrictivas se basará en el peligro de que se actúe sobre la pruebas del delito, frustrando o dificultado su obtención o su correcta valoración.

b) Debido a que en las leyes se prohíbe el juicio penal en rebeldía, se hace necesario asegurar la intervención personal del imputado en el proceso, como el único modo de garantizar su completa realización. Para evitar que mediante la fuga u ocultación de su persona impida el normal desarrollo del juicio en el cual, quizá, se probará su delito y se dispondrá su condena.

c) "Los actos de coerción también tienen la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena de prisión, reclusión (o muerte) que pueda imponerse, impidiendo que el imputado eluda, mediante su fuga, después de conocer la sentencia, la efectiva ejecución de la pena."²⁹

²⁹ Caferrata Nores, José I. **Medidas de coerción**. Pág. 33



He visto que todas las medidas de coerción son en principio, excepcionales. Dentro de esa excepcionalidad, la utilización de la prisión preventiva debe ser mucho más restringida aún.

2.1.2 Características de las medidas de coerción

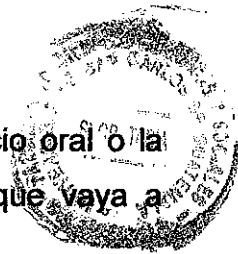
Para Cafferata Nores las medidas de coerción tienen las siguientes características:

- a) Son cautelares porque no tienen un fin en el mismo, sino que tienden a evitar los peligros que pueden obstaculizar la consecución de los fines del proceso, protegen de ese modo el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.
- b) Solo será legítima su imposición cuando sean necesarias para lograr aquellos fines. En tal caso, deberá seleccionarse la que se proporciona con el peligro que se trate de evitar.
- c) Su aplicación se condiciona a la existencia de un mínimo de pruebas de culpabilidad.
- d) Su duración corre paralela con la necesidad de su aplicación. En cuanto esta desaparezca la medida de coerción deberá cesar, es la nota de provisionalidad.
- e) "Por afectar derechos de quien goza de un estado jurídico de inocencia, ocasionándole además serios perjuicios, deben interpretarse restrictivamente."³⁰

2.2 Prisión preventiva:

La prisión preventiva consiste en la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado,

³⁰ Ibid. Pág. 47.



basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad.

En resumen, como definiciones se establece que la prisión preventiva, constituye una medida cautelar y excepcional, por medio de la cual faculta al juez contralor de la investigación, después de haber sido sindicada una persona sometida a proceso penal, para que la decrete en caso considere que el imputado pueda fugarse o bien obstruir la averiguación de la verdad y que debe fundamentarse en éstos dos presupuestos, teniendo un plazo razonable de durabilidad.

2.3 Derechos fundamentales y prisión preventiva

2.3.1 El principio de libertad

El Diccionario de la Lengua Española define libertad como: 1. La facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. 2. Estado o condición del que no es esclavo. 3. Estado del que no está preso. 4. Falta de sujeción y subordinación. 5. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres. 6. Prerrogativa, privilegio, licencia. 7. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes. 8. Desenfrenada contravención a las leyes y, buenas costumbres. 9. Licencia u osada familiaridad. 10. Exención de etiquetas. 11. Desembarazo franqueza, despejo. 12. Facilidad, sepultura, disposición natural para hacer una cosa con destreza.

Manuel Osorio tratadista argentino explica que libertad es: "el Estado existencial del hombre en el cual este es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior."³¹

³¹ Osorio, Manuel, *Diccionario de derecho usual*. Pág. 428.



“La libertad representa un concepto contrario al determinismo y ofrece extraordinaria importancia en relación al Derecho Político, ya que la libertad es el fundamento no de un determinado sistema de vida sino de la organización del Estado. La libertad constituye la idea rectora de los Estados de Derecho y de los gobernantes democráticos liberales. De ahí que la libertad resulte siempre desconocida y atropellada por los regímenes totalitarios, tiránicos, dictatoriales y autocráticos”.³²

El principio de libertad se fundamenta en concepciones constitucionales y éstas en instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos. Un Estado democrático y de derecho, se basa en este principio y en materia del sistema penal, el Estado debe observarlo como parte de un deber del mismo. El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. El Artículo 4º. Establece: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad, los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”. Por lo tanto, la libertad, forma parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales y sociales.

“Libertad Provisional: Denominase así a la que el Juez concede al procesado, por determinados delitos o por delitos cuya pena no exceda de cierto número de años, librándolo de la prisión preventiva mientras dura la tramitación de las causas.

La libertad provisional se concede bajo caución, a efecto de garantizar la comparencia del proceso cuando fuera llamado o citado por el Juez. La caución puede ser personal, real o juratoria. Aunque libertades ambas y relacionadas con lo

³² Ibid. Pág. 428



penal, no ha de confundirse la libertad provisional, previa al fallo durante el proceso, con la libertad condicional tras la sentencia y como modalidad penitenciaria”.³³

“Libertad Condicional: Beneficio que se concede judicialmente a los condenados después que han cumplido determinada parte de su condena y observando buena conducta, siempre que no se trate de reincidentes y que se atengan a ciertas reglas relativas al lugar de residencia, cumplimiento de las normas de inspección, abstención de bebidas alcohólicas, ejercicio de un oficio o profesión, no comisión de nuevos delitos y sumisión al cuidado de un patrono.

No observadas algunas de esas condiciones el condenado vuelve a ser excluido por el tiempo faltante para el cumplimiento de la pena, sin que en el cómputo se tenga en cuenta el tiempo que estuvo libre.

Constituye un dislate, al que no son ajenos algunos profesionales del Derecho, confundir esta institución con la libertad provisional o con la condena condicional”³⁴.

Dentro de los deberes del Estado en relación con los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe optar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que puedan ser no los individuales sino también sociales.

El principio de seguridad jurídica que establece la Constitución de la República de Guatemala, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico, se refiere al conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible, en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar

³³ Ibid. Pág. 431

³⁴ Ibid. Pág. 429



observando dicho principio, respetando las leyes vigentes principalmente lo que establece la ley fundamental.

“El principio de igualdad establece que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma, pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Este principio de igualdad hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución establece.

Este principio es fundamental y debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el campo plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus diferencias y desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica, desde esta perspectiva, la igualdad se basa en dos aspectos, uno porque tiene expresión constitucional y otro, porque es un principio general del derecho, el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad”.³⁵

³⁵ Ibid. Pág. 431

CAPÍTULO III



3. La prisión preventiva y el Código Procesal Penal:

Cuando se comete un hecho delictivo que se encuentra constituido como delito en el Código Penal, inicia el trabajo de los operadores de la justicia Penal, como resulta el caso del Ministerio Público, del Instituto de la Defensa Pública Penal, del Juez contralor competente, es decir, del Organismo Judicial. Las primeras diligencias en la averiguación de la verdad corresponden en muchos casos al Juez de Paz y en otros al Ministerio Público, especialmente en la individualización del imputado o inculgado. Cuando existe alguna persona sindicada de posible sospechosa de haber tenido participación en el hecho delictivo, está debe comparecer a declarar ante juez competente. Para ese efecto el Artículo 6º. De la Constitución Política de la República de Guatemala, 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. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

El Artículo 7º. De la cata Magna establece: "Notificación de la causa de detención. Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito de la causa que motivó su detención, autoridad que le ordenó y en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación correspondiente".

Así mismo, el Artículo 8 del mismo cuerpo legal indica: "Derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean



comprensibles, especialmente, que pueda proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente”.

Artículo 9°. Interrogatorio a detenidos o presos. “Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas. El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio”. Artículo 10°. Centro de detención legal. “Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferente a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas. La autoridad y sus agentes, que violen lo dispuesto en el presente artículo, serán personalmente responsables”.

En base a lo anterior, es importante analizar lo siguiente:

- a) Que en el momento de la comisión de un hecho delictivo, los agentes de la Policía Nacional Civil tienen la obligación de solicitar la orden a juez competente para la captura de algún sindicado, sino se tratará de delitos flagrantes. Esto debe ser puesto a disposición del juez competente en un plazo que no exceda de seis horas.
- b) Que al detener a una persona, es obligación de los agentes de la Policía Nacional Civil comunicarlo a la autoridad competente, además de tener la obligación de informarle al imputado del porque se le acusa, que puede solicitar la presencia de un abogado defensor y de saber sus derechos.
- c) Que debe observarse que los detenidos preventivamente y los reos, deberán ser distintos.

En el Artículo 259 del Código Procesal Penal se regula: “Prisión Preventiva. Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información



sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales de haber participado en él. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso”.

En base a lo anterior, se establece que prevalece en el decreto de una medida de coerción como la prisión preventiva, el principio de libertad, y que esta no debe restringirse únicamente en aquellos casos en que se fundamente que existe riesgo para que el imputado comparezca a juicio o bien obstaculice la averiguación de la verdad, como son los dos presupuestos, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad.

3.1 La prisión preventiva y la legislación comparada

3.1.1 Legislación argentina

Tal como lo explica el tratadista Alberto Bovino. En los países de América Latina con sistema jurídico continental europeo, más del 60% de las personas privadas de su libertad se encuentran sometidas a detención preventiva. Es decir que, de cada cien individuos en prisión, sesenta son procesados. Nueve años después de la investigación que arrojara estas cifras, el porcentaje subió a un 65%.

Como se describe, haciendo un análisis del derecho comparado en materia de prisión preventiva, los países de América Latina se regulan en esta materia en similares situaciones, lo cual obedece a que muy pocos, como el caso la legislación Argentina, española y costarricense, entre otras, se han iniciado introduciendo en los últimos años cambios sustanciales en materia de legislación procesal que incluye el análisis de los fines de la pena y consecuentemente de la prisión preventiva, dentro de una planificación que conlleva una política criminal por parte del Estado. Así mismo, conviene establecer que el avance en el derecho internacional de los derechos humanos, ha influido considerablemente en la readecuación de las normas relativas al derecho penal y procesal penal y la constatación histórico-social de que los fines de la



pena de la época pasada, no cumplieron al final de cuentas, el cometido de conminación penal y de persecución hacia el delincuente, y que sobre ello, se incrementaron y se deshumanizaron algunas con el excesivo tiempo de encarcelamiento que sufre una persona a quien se le haya declarado prisión preventiva o temporal.

Para analizar lo relativo a la legislación argentina, el autor ha considerado para este análisis la descripción de un caso que no sólo ilustra como se establece lo relativo a la prisión preventiva, sino también hace énfasis en la legislación en esta materia.

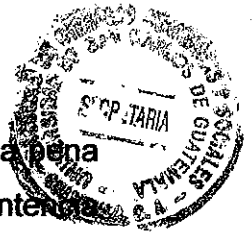
Informe No. 12/96 ARGENTINA. Caso 11,245 1º. De marzo de 1996.

El 17 de noviembre de 1993, la Comisión recibió la denuncia en contra del Estado de Argentina en relación a la situación de Jorge Alberto Giménez. La denuncia alega que, en ausencia de una sentencia, la privación de libertad del señor Giménez desde el 29 de septiembre de 1989 hacia la fecha de su sentencia condenatoria, vulnera sus derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular el artículo 7.5 (el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso) y el artículo 8.2 (el derecho a la presunción de inocencia).

3.1.1.1 Los hechos

- El señor Giménez fue detenido el 29 de septiembre de 1989 y su detención preventiva se decretó escaso tiempo después. En varias oportunidades ha solicitado la libertad provisional, la que ha sido denegada tanto por el juez de la instancia como por la Cámara de Apelaciones.

- Por sentencia de 17 de diciembre de 1993, recaída en el proceso No. 1757 del Juzgado de Sentencia Letra "W", se declaró culpable a Jorge Alberto Giménez de los delitos de robo con circunstancias agravantes y hurto de automotor cometido en forma



reiterada (2 hechos), todos enlazados en concurso material, y se le condenó a la pena de nueve años de prisión, que vence el veintiocho de septiembre de 1999. La sentencia del tribunal de primera instancia fue confirmada el 14 de marzo de 1995, por la Cámara Apelaciones de la Capital Federal, condenando al señor Giménez a una pena de nueve años de prisión.

3.1.1.2 Actuaciones judiciales

En diversas oportunidades el peticionario solicitó su excarcelamiento.

El 6 de octubre de 1989 le es negado el beneficio por resolución de primera instancia, confirmada por el tribunal de alzada el 19 de diciembre del mismo año.

La resolución denegatoria de 6 de octubre de 1989 se sustenta en la imposibilidad de imponer una pena de ejecución condicional al tenor del Artículo 370 inciso 1°. Del Código de Procedimientos en materia penal, en razón de que registraba una condena anterior con fecha 30 de septiembre de 1980, a la pena de tres años de prisión por los delitos de hurto de automotor en concurso real con hurto, en la que se le declaró reincidente y se revoca la condicionalidad de las condenas impuestas el 23 de diciembre de 1977 y el 31 de diciembre de 1978.

El 8 de enero de 1991, el juez de la Instancia resuelve negativamente el pedido de excarcelación, lo que es ratificado por la Cámara de Apelaciones el 31 de enero de 1991.

El 22 de mayo de 1991 nuevamente se le deniega el beneficio por el Juez de primera instancia.

Una nueva solicitud es denegada el 30 de septiembre de 1991, denegación que es confirmada por la Cámara el 28 de enero de 1992. Esta petición de excarcelación se produce una vez que el señor Giménez ha sido acusado por el Ministerio Público,



ocasión en la que el fiscal recomienda la aplicación de la pena de siete años y seis meses de prisión y accesorios legales en calidad de autor del delito de robo de automotor reiterado en concurso real con el privación ilegal de libertad. Su participación en el robo en poblado se considera delito único.

Juez de la instancia, para fundar su rechazo, expresa en su resolución:... el caso podría ajustarse al inciso 6 del Artículo 379 del Código de Procedimientos en Materia Penal que garantiza al imputado contra la morosidad de la marcha del proceso, asegurándole que, si en el plazo de dos años fijado por el Artículo 701 no se ha logrado arribar a actos procesales la acusación fiscal o la sentencia de primera instancia que permitan, con algún margen de probabilidad entrever cual habrá de ser la suerte que correrá el proceso, debe disponerse su soltura.

Por sentencia de 28 de noviembre de 1991, la Cámara de Apelaciones confirma la resolución del Juez de primera instancia sobre la base de que si bien en abstracto se podría encuadrar la situación del peticionario en la hipótesis del Artículo 379.6 del Código de Procedimientos en Materia Penal, las características del hecho que se le atribuía, sus condiciones personales, la condena anterior certificada y la perspectiva de pena severa a partir de la acusación fiscal, hacían aplicable el Artículo 380 del código citado, que faculta a los tribunales a denegar la excarcelación cuando de la valoración objetiva de las características del hecho y de las convicciones personales del imputado se puede presumir fundamente que intentará eludir la acción de la justicia.

El recurso extraordinario utilizado por el procesado en contra de esta resolución fue rechazado por la Corte Suprema de la Nación el 28 de enero de 1992. Esta corte hace suyos los razonamientos del fiscal de la Cámara Nacional de Apelaciones, en el sentido de que en el caso del señor Giménez, no se observan graves lesiones a los principios constitucionales. El fiscal considera que el hecho de que el proceso se encuentre en la etapa final del plenario, con una solicitud de siete años y seis meses de prisión, y que el reo tiene antecedentes condenatorios, demuestran que la resolución no era arbitraria.



Contra esta resolución, el peticionario recurre en queja ante la Corte Suprema de la Nación argumentando que no existen condiciones objetivas para estimar que, de acuerdo al Artículo 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal, se puede presumir que eludirá la acción de la justicia, al concedérsele la excarcelación.

El 30 de marzo 1993, catorce meses después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desecha este recurso de queja.

El 7 de abril y el 15 de junio de 1992 el Juez de Instrucción y la Cámara respectivamente, deniegan otra solicitud de excarcelación. Lo mismo ocurre el 30 de septiembre y el 11 de diciembre de 1992. Análogamente el 6 de enero y el 25 de febrero de 1993

El 27 de diciembre de 1993 el peticionario interpone un recurso de Habeas Corpus.

El 28 de diciembre de 1993, un juez de instrucción deniega dicho recurso, fundamentando su decisión en la historia criminal del peticionario y en la circunstancia que "se encuentra legalmente detenido a disposición de un juzgado de sentencia por lo que no concurren en este caso los presupuestos contemplados por el Artículo de la ley 23,098".

Elevada en consulta, esta resolución es confirmada por la Corte Suprema de la Nación, el 29 de diciembre de 1993.

El 6 de septiembre de 1994, se interpone un nuevo recurso de haberse corpus a favor del señor Giménez. Dicho recurso es rechazado el mismo día, fundándose la resolución denegatoria en que aquel no era el remedio adecuado para recusar un proceso judicial o cuestionar un sistema penitenciario, cuyas deficiencias "son públicas y notorias". El 7 de septiembre de 1994, la Cámara respectiva confirma la resolución del juez de primera instancia, fundándose en que el hecho denunciado no encuadra en ninguna de las hipótesis del Artículo 3 de la Ley de Habeas Corpus.



El 1º. De diciembre de 1994, el señor Giménez fue excarcelado bajo caución **tratoria**, mediante la aplicación del Artículo 379.5 del Código de Procedimientos en Materia Penal. La respectiva sentencia manifiesta que Giménez ha cumplido en detención las dos terceras partes de la condena firme, según cómputo practicado "con arreglo a lo dispuesto por la Ley 24,390 (En noviembre de 1994, se aprobó en Argentina, la Ley 24,389 que limita la duración de la prisión preventiva. Los Artículos 1, 3 y 7 de la misma se transcriben a continuación 1º. La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, esta podrá prorrogarse en un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor. 2º. Los plazos previstos en el artículo precedente serán prorrogados por seis meses cuando los mismos se cumpliesen mediando sentencia condenatoria y ésta no se encuentre firme. 7º. Transcurrido el plazo de dos años previsto en el Artículo 1º. Se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión).

De acuerdo a lo establecido en el caso anterior, es evidente que como éste caso típico resultan varios que se encuentran en similares condiciones y que existe una total falta de unificación de criterios y en materia del Derecho Internacional su adecuación al derecho interno.

Este caso fue elevado a la Comisión Interamericana de derechos humanos, por lo que para una mayor ilustración, se expresarán a continuación los argumentos de los tribunales argentinos, para concluir con las recomendaciones de la comisión respecto a este caso.

3.1.1.3 Opinión de los tribunales argentinos

a) Los tribunales argentinos han fundado sus decisiones denegatorias de libertad provisional en diversas disposiciones de derecho positivo interno.



b) Bajo el Artículo 366 del Código de Procedimientos en materia penal, la prisión preventiva puede ser ordenada cuando se reúnen los siguientes requisitos: existe prueba prima facie de un delito, el acusado de los cargos en su contra, y exista una sospecha razonable sobre su culpabilidad.

El Artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal establece: “La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente estos requisitos: 1) Que esté justificado, cuando menos por una prueba semiplena, la existencia de un delito. 2) Que el detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndosele además impuesto la causa de su prisión. 3) Que haya indicios suficientes a juicio del juez para creerlo responsable del hecho. Cuando los requisitos a que se refieren los incisos primero y tercero resultaren desvirtuados el juez revocará oficiosamente el auto de prisión preventiva”.

c) El Artículo 379 del Código de Procedimientos en Materia Penal establece que las condiciones bajo las cuales un acusado puede ser dejado en libertad provisional. En particular, el párrafo sexto establece que la excarcelación debe concederse cuando el período de detención preventiva haya superado el término establecido en el Artículo 701 el que en ningún caso puede exceder de dos años. El Artículo 379 (6) del Código de Procedimientos en Materia Penal establece: “Podrá concederse la excarcelación del procesado bajo alguna de las cauciones determinadas en este título en los siguientes casos:... Cuando el tiempo de detención o prisión preventiva hubiese superado el término establecido en el Artículo 701, el que en ningún caso deberá ser superior a los 2 años”.

d) El Gobierno de Argentina, al responder todos los alegatos del peticionario, reconoció al igual que la Comisión en su informe No. 17/89 que no es posible definir con precisión el concepto de “plazo razonable” establecido en la Convención. El Artículo 7.5 de la Convención estipula: “Toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso”



3.1.1.4 Recomendación de la corte interamericana de derechos humanos

La comisión concuerda con el Gobierno de la República de Argentina, en que el Artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia penal no implica necesariamente una excarcelación automática cuando se trata de detención preventiva que se prolongue más allá del plazo estipulado debe ser considerada ilegítima prima facie. Esto guarda relación con el razonamiento que la interpretación de una norma que autoriza la excarcelación de un prisionero no puede conducir a una detención sin detención sin sentencia más prolongada que el plazo considerado razonable en el Código de Procedimientos para todo el proceso judicial.

El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la Ley.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fundada en las consideraciones analizadas en el presente informe, y teniendo en cuenta las observaciones presentadas por el gobierno de Argentina, concluye en lo siguiente:

- a) La situación del peticionario ha mejorado notablemente como consecuencia de su excarcelación, posterior al inicio del trámite ante la Comisión. El señor Giménez aguarda la finalización del juicio en libertad.
- b) La comisión estima que la nueva jurisprudencia mencionada por el Gobierno en sus observaciones constituye un avance positivo hacia el cumplimiento de las garantías establecidas en la Convención y analizadas en el presente informe respecto al señor Jorge A. Giménez.



c) La aplicación retroactiva de la ley 24.390 abre la posibilidad de beneficiar a una considerable cantidad de personas que han sido condenadas luego de una prolongada prisión preventiva, violatoria de sus derechos establecidos en los Artículos 7.5, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) Sin perjuicio de lo manifestado por los párrafos anteriores, en el caso particular del señor Giménez, el beneficio de la reducción de la condena por parte de las autoridades jurisdiccionales argentinas no se ha producido dentro del plazo establecido por la Comisión para el cumplimiento de las recomendaciones.

e) El Estado argentino ha violado en perjuicio del señor Giménez el derecho a la libertad personal, en particular, el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que el proceso continúe, establecido en el Artículo 7.5 de la Convención Americana: el Derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, establecido en el Artículo 8.1 así como el derecho a que se presuma su inocencia conforme el Artículo 8.2

f) Basada en esta conclusión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelve: 1. Que la prolongada privación de libertad sin condena del señor Giménez constituye una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Expresar su reconocimiento al Estado argentino por el significativo avance logrado con la aprobación de la ley que establece límites a la duración de la prisión preventiva, consiste con las normas de la Convención Americana que garantiza el derecho a la libertad personal. 3. Recomendar al Gobierno argentino que el presente informe tenga en cuenta todos los casos de detención preventiva prolongada, a fin de asegurar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención y en caso contrario, tomar las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esta pendiente la sentencia. 4. Publicar este informe en el Informe anual a la Asamblea General.



En base al anterior caso y después de haber hecho un análisis no solo el gobierno de la República de Argentina, sino presentado sus conclusiones también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo a donde llegó el país y en países de América Latina, es importante establecer, que la defensa del señor Giménez, agotó las instancias en su país, para que posteriormente recurrir a este organismo internacional y que al tener conocimiento este organismo, es evidente que el Gobierno de ese país, y en especial la Corte de Justicia de la Nación, mostró interés específico en ese caso y resolvió decretar una medida sustitutiva de la prisión, circunstancia que de acuerdo a las recomendaciones emitidas por la Comisión, la Administración de Justicia de ese país, debe tomar en cuenta para casos como el del señor Giménez.

3.1.2 Legislación española

En España, en materia penal, se rige por la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en los últimos años ha sufrido una serie de modificaciones, toda vez, que con anterioridad, la ley a juicio de varios tratadistas era obsoleta y que contenía contravenciones frente a los instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos.

“...En definitiva, puede afirmarse que la estructura o el modelo seguido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la regulación de la prisión provisional, hace muy compleja su interpretación, lo que es más grave, deviene incompatible con los principios eludidos al comportar, a poco que nos esforcemos, un determinado automatismo en el acuerdo de la medida. De este modo, no se ha seguido el modelo común de los países de nuestro entorno consistentes en hacer abstracción de circunstancias valorativas o de hechos y establecer en su lugar los fines justificativos de la prisión provisional autorizando al órgano judicial a apreciar cualquier situación que incida en los peligros que se tienden a evitar con la prisión provisional. Se esfuerza así no sólo la excepcionalidad de la privación de libertad, sino el régimen de principios y derechos proclamados en las constituciones europeas y en el Convenio de Roma. Así, el Artículo 274 del C.P.P.i sanciona las causas justificativas de la prisión provisional, las cuales reconducen a las siguientes:



a) Aseguramiento de la prueba en el sentido no sólo de su pérdida, sino también de su autenticidad.

b) Peligro de fuga.

c) Peligro de reiteración delictiva.

Por su parte, los párrafos 112 y 112 a) de la Ordenanza Procesal Penal alemana contemplan una regulación parecida a la anterior, en tanto el modelo seguido es básicamente el mismo, esto es, hacer referencia a los fines que esta llamada a cumplir la prisión provisional y escasamente llamamientos a las circunstancias concretas valorables por el órgano judicial a tal efecto. En este sentido el párrafo 112 autoriza el acuerdo de la prisión preventiva en los siguientes supuestos:

- Ante la desaparición del imputado.
- Cuando existe peligro de fuga.
- Si subsiste el llamado peligro de oscurecimiento o, lo que es lo mismo, la desaparición o influencia sobre las futuras pruebas...”

La Finalidad de la prisión provisional en España, con la reforma del Artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a efecto por medio de la Ley Orgánica 14/1983 del 12 de diciembre, vino a suponer la supresión de toda referencia normativa a los fines que se estimaban que legítimamente estaba llamada a cumplir la prisión provisional. Aquel precepto consagraba como propios los de evitar la sustracción del imputado al proceso, así como asegurar la instrucción impidiendo la desaparición u ocultación de futuras fuentes de prueba.

La prisión preventiva o cautelar en España tiene carácter de excepcional, es decir, las reformas introducidas al Código de Enjuiciamiento Criminal, han provocado que los jueces tengan las facultades suficientes par decretar medidas sustitutivas a la de



prisión, y por lo tanto, a la medida de prisión preventiva, se le atribuye en la legislación española un carácter o lugar secundario en el proceso penal.

En España, la Constitución vigente (Artículos 17.1 y 4) "consagran la legitimidad de la prisión provisional y remite al legislador ordinario el tratamiento de su forma y duración, que se encuentra en los Artículos 503, 504 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este texto, en su actual redacción, subordina el uso de la medida a la concurrencia de determinadas condiciones:"

- Que se haya producido un hecho calificable de delito (no falta).
- Que concurren motivos bastantes para su atribución a una persona.
- Que el delito se encuentre sancionado con una pena superior según el nuevo Código Penal (Disposición transitoria 11a) a tres años. Aunque en este caso podrá substituirse por libertad provisional bajo fianza, el concurren acumulativamente los siguientes requisitos

-Carencia o cancelación de los antecedentes penales.

-Creencia fundada de que no se va a eludir a la justicia

-El delito no haya producido alarma

-El delito no sea de los frecuentes en el territorio.

Que estando conminado el delito con pena menor de tres años, la prisión se considere necesaria en virtud de la concurrencia de alguno de los datos siguientes datos de

- Los antecedentes del imputado



- Las circunstancias del hecho
- La alarma social producida
- La frecuencia con que se cometan hechos análogos.

Por lo demás en cuanto al tiempo de duración de la medida, el legislador español, aunque establece determinados límites (Artículo 504.4) dada la elasticidad de éstos y la posibilidad de prórroga, deja un amplia margen de decisión al juez, si bien advirtiéndole que no deberá prolongar la prisión "más allá de lo necesario" artículo 504.3). Como puede observarse con la lectura de los dos preceptos que se han desglosado, solo el requisito de la creencia fundada de que el inculpado no tratará de sustraerá a la acción de la justicia (obstaculización el desarrollo del proceso, se entiende), como razón que justificaría la sustitución de la prisión por la libertad provisional, es susceptible de conectarse a una función propiamente procesal. Pero sucede, como se ha visto, que no puede operar por sí sólo, sino en el conjunto de los demás elementos reseñados, entre ellos el de que el delito no haya producido alarma, de matriz netamente defensiva. De este modo, es obligado concluir que el tratamiento que la prisión provisional recibe en nuestra Ley de E. Criminal responde esencialmente a ese tipo de exigencias...

3.1.3 Legislación salvadoreña

De acuerdo a la legislación Salvadoreña, la situación normativa de la detención provisional, ha sido analizada por el Investigador del Centro de Estudios Penales de El Salvador, Edgardo A. Amaya Cobar.

Con anterioridad, es decir, conforme el Código Procesal Penal de este país de 1974, la prisión preventiva o detención provisional se encontraba abierta a infinidad de procesos consistiendo en que esta era la regla general, y fue a partir de la reforma del Código Procesal Penal, que se "creó muchas expectativas y esperanzas de lograr un ordenamiento normativo acorde con la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos y que el mismo tiempo diera solución a los problemas más graves de la administración de justicia penal entre ellos, el problema del

uso abusivo de la detención provisional. Sin embargo, los propósitos originales de protección de los derechos y garantías de los ciudadanos sufrieron serios reveses en la Asamblea Legislativa, el documento fue víctima de una constante marginación de la actividad legislativa de 1996, la insubstancialidad e inconstitucionalidad de muchos productos legislativos, particularmente en materia penal donde la "oferta de seguridad", el endurecimiento penal, actuaba como marketing preelectoral de estas tendencias surgió la denominada "Ley de Emergencia y el acuerdo de reforma constitucional que introduce la aplicación de la pena de muerte de delitos convencionales. Lamentablemente, el proyecto del CPP fue manoseado y se le "injetaron" nefastas contrarreformas que desnaturalizaron el espíritu original de algunas de sus instituciones.

Originalmente, el proyecto de CPP presentado a la Asamblea en 1993, expresamente establecía dentro de sus principios rectores la excepcionalidad de la detención provisional, así mismo, contempla los requisitos mencionados anteriormente como los reconocidos por la doctrina como presupuestos obligatorios para poder decretar la detención provisional, éstos son: 1) la apariencia de un buen derecho o *fumus boni iuris*, es decir, la necesidad de establecer con cierta certeza o probabilidad positiva en la imputación la participación del imputado en la comisión de un hecho reputado delictivo. 2) el peligro de que el imputado se sustrajera de la acción de la justicia o *periculum in mora*: 3) el peligro que este entorpeciendo la investigación. Además establecía a la manera del CPP modelo para Iberoamerica, criterios para establecer cada requisito, lo que limitaba la discrecionalidad judicial a la hora de valorar la procedencia de la detención provisional... Deliberadamente se eliminó dentro de las disposiciones generales, el artículo que establecía la excepcionalidad no sólo de la detención provisional, sino de las medidas cautelares en su conjunto y el plazo temporal fue ampliado hasta veinticuatro meses para los delitos graves, aun cuando se ha señalado que el problema del "preso sin condena" se debe, en gran parte, por los amplios términos legales, sin embargo, también agregó lloviendo sobre mojado, la responsabilidad penal por el irrespeto de dicho término, pues esta ya se contempla en el proyecto de código penal. Para los delitos de acción privada, sólo se impondrá la detención provisional cuando se espere pena privativa de libertad y no sea posible la





suspensión condicional de la ejecución de la pena. Si bien se amplía la limitación de la detención provisional a todos los delitos, que operan en acción privada y a casos muy concretos, elimina esta limitante para los delitos que proceda la suspensión condicional de la pena. Los requisitos se redujeron y a los criterios para determinar la existencia de los riesgos procesales regulados se eliminaron, quedando la redacción actual de la siguiente manera: Artículo 292. Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

- Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito y que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es, con responsabilidad, autor o partícipe.

- Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior de tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se comentan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar. Artículo 293. Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

- Cuando el imputado no comparezca sin ningún motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario.

- Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que desviará, modificará, ocultará, suprimirá, o falsificará elementos de prueba, o influirá para que los coimputados, ofendido, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos y otros hechos análogos: y

- Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos

punibles. En los últimos dos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior.



La realidad no sólo cuantitativa, sino también la normativa procesal penal salvadoreña de la detención provisional, constituyen un serio cuestionamiento a la construcción del Estado de Derecho. Ya que hasta el momento, ha mostrado la omisión de los principios y disposiciones constitucionales y super-racionales mínimas que limitan el uso de la detención durante el proceso penal. Las necesidades procesales deben adecuarse no sólo a los avances materiales de la sociedad, sino también a las exigencias normativas referentes a los derechos humanos para que estos alcancen positividad verdadera en la protección de la persona humana y no queden como meras enunciaciones teóricas de buenas intenciones... Entonces, la aplicación de medidas como la detención provisional tal como lo regula el NCPP que resulta lesiva al conjunto de derechos y garantías fundamentales, debe privar el interés por la persona y la aplicación de la normativa orientada a este fin. Debe seguirse además todos los mecanismos de control constitucional y superracional sobre la normativa del NCPP, a fin de adecuarla a las necesidades de un Estado de derecho moderno.

3.1.4 Legislación costarricense

Como en otras legislaciones de América Latina, en la costarricense el juez facultado para decretar una medida de coerción o medida sustitutiva, debe cumplir con ciertos presupuestos legales para ordenarla y al respecto, es importante citar lo que Cecilia Sánchez Romero, Directora del Centro de Información Jurisprudencial y Profesora de la Universidad de Costarricense, señala al respecto: "Lamentablemente en Costa Rica se ha respondido al aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso. Es así como el Poder Legislativo aprobó en 1994 un excesivo aumento de la pena de prisión, disponiendo, en contra de la prohibición constitucional de las penas perpetuas, elevar la pena máxima de prisión de veinticinco a cincuenta años, aumentando al mismo tiempo



en forma drástica las penas para ilícitos tales como homicidio y violación. Pese a ello, la tasa de homicidios registrada en 1994 fue la más alta de las contabilizadas desde 1980 y como era de esperarse tampoco se provocó una disminución en otras delincuencias, pero la opinión pública se tranquilizó. El aumento desmedido de las penas no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario..." Se puede afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no sólo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esta regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena.

Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta sólo puede tener fines procesales. De esta forma la excepcionalidad se convierte en el principio básico que regula la institución y que tiene jerarquía tanto constitucional como internacional al estar consagrada en los instrumentos de derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 9 inciso 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general". La Constitucionalidad de la prisión preventiva ha sido resaltada por la Sala Constitucional en el Voto No. 1439-92 al señalar que: La prisión preventiva se encuentra constitucionalmente aceptada en el Artículo 37 de la Carta Fundamental, relacionada directamente con el principio de inocencia contenido en el numeral 39 idem que garantiza el trato como inocente, para toda persona sometida a juicio. Si la autoriza el citado Artículo 37, ello hace que no resulte inconstitucional por estimarla contraria a lo reglado en el 39, siempre y cuando



se la utilice cuando sea indispensable a los fines propios del proceso, ya sea impidiendo la fuga del encausado o el éxito de la investigación, imposibilidad la alteración u ocultación de la prueba.

El constituyente permitió la afectación de la libertad de los encausados, por medio de la prisión preventiva, pero al aceptar el principio de inocencia en el Artículo 39, ello tiene como consecuencia cuando se interpretan ambas normas, relacionándolas, que la prisión preventiva sólo puede acordarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la existencia de una colisión de intereses en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia, puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo con base en un pronunciamiento judicial dictado con autoridad de cosa juzgada, puede afectarse la libertad. Para adecuar la institución a las exigencias constitucionales, a la prisión preventiva se le constituyó en medida cautelar o precautoria, que como todas las del mismo género es provisional ameritando ello que deba concluir cuando no resulte necesaria a los fines del proceso, para ello existan otras instituciones procesales.

La prórroga extraordinaria es una de ellas, según los Artículos 325 y 326 del Código de Procedimientos Penales, procede cuando vencido el término ordinario de la instrucción, no existieren elementos de convicción a juicio. Otra lo es la excarcelación, que debe ser acordada aun de oficio, según lo disponen los Artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, cuando la detención provisional ya no tenga ninguna razón de ser.

En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo, su libertad, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el sindicado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizando en nuestro medio por la propia constitución en su Artículo 39. Esta tesis fue aceptada a nivel legal en el



Artículo 265 del Código de Procedimientos Penales, en el que se dispone: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados".

Otras normas deben ser tomadas en consideración, al resolver sobre la necesidad de acordar una prisión provisional, su mantenimiento o cesación, son las contenidas en los Artículos 3 y 294 del ordenamiento procesal analizado, en las que se señala que siempre debe interpretarse restrictivamente toda norma que autorice afectar la libertad de los procesados y que la prisión preventiva debe hacerse cesar cuando, el mantenerla haya perdido su necesidad procesal.

Las medidas cautelares deben ser utilizadas sólo cuando circunstancias propias del proceso así lo exijan, son provisionales y deben necesariamente darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso hayan cumplido ya con su cometido.

Dentro de los requisitos exigidos por la mayor parte de legislaciones de América Latina entre la que se encuentra el Código de Procedimientos Penales, establece para la procedencia de prisión preventiva, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o participe del hecho punible. Similar disposición se recoge en el Artículo 239 inciso a) del Código Procesal Penal que entró en vigencia a partir del 1º. De enero de 1998. El peligro de fuga en el Artículo 240 establece:

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

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



país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado construirán presunción de fuga.

- b.- La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- c.- La magnitud del daño causado.
- d.- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Artículo 241 Peligro de Obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad, se tendrá en cuenta especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- a.- Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.
- b.- Infundirá para que coimputados testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Dentro de otras medidas cautelares, la legislación costarricense señala las siguientes:

Artículo 244. "Otras medidas cautelares. Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva pueden ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes."

- a.- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- b.- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.



- c.- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que el designe.
- d.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- e.- La prohibición de salir del país de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que establezca el tribunal.
- f.- La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g.- Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio.
- h.- La prestación de una caución adecuada.
- i.- La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

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

3.1.5 Estado actual de la prisión preventiva en América latina y comparación con los países de Europa

De conformidad con el estudio y análisis que hace el Doctor Elias Carranza Lucero, quien es Director del Proyecto de Sistema Penal y Derechos de ILANUD, comisión europea expone lo siguiente en relación al sistema penitenciario. En un análisis diagnóstico de los sistemas de justicia penal en cualquier país del mundo el sistema penitenciario es, sin lugar a dudas, el que presenta un cuadro de mayor gravedad, con



problemas que tienen que ver con la vida, la seguridad, la salud de miles de personas, y con la violación sistemática de estos y otros derechos fundamentales, que son violados paradójicamente, por el sistema de justicia creado, justamente, para tutelarlos.

Esto que se dice ya moneda corriente en un continente en el que en forma continúa nos enteramos, por los medios de comunicaciones de masa, de dramáticas explosiones de violencia penitenciaria con muertes de muchísimas personas. Al respecto, en una investigación patrocinada por ILANUD determinamos que las muertes por homicidio al interior de las prisiones ocurren en una relación 25 veces más alta que en la vida en libertad, y que el número de las muertes por suicidio es al menos ocho veces más alta. (Cabe constar que el estudio se hizo en el sistema penitenciario considerado en ese momento como el de menor violencia en la región, de lo que se desprende que las probabilidades promedio reales de muerte por homicidio o suicidio son bastante más altas que esto). Por esta y otras razones similares, el fenómeno penitenciario, y el tema en general de los efectos criminógenos de los sistemas de justicia penal, han dado lugar a toda una sección de la criminología y de la sociología criminal destinada a la materia.

Pero a su vez, dentro del tema penitenciario, el sub-tema de los presos sin condena es el más alarmante, por cuanto se trata de presos que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo, materialmente, una condena aunque un gran número de ellos será posteriormente declarado inocente (sobreseídos o absueltos). El de los presos sin condena es el grupo de presos más numeroso en muchos países del mundo, y esto es así en la mayoría de los países de América Latina, como podremos ver en cuadros.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el Principio de Culpabilidad (nulla poena sine culpa), que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del principio de inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Éstas y otras garantías básicas del derecho penal están



consagradas en instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar en nuestra región la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su Artículo 8, y están consagradas en todas las constituciones nacionales sin excepción, cuando establecen, todas con una redacción muy similar, que "nadie podrá ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de la causa, ni sacado de sus jueces naturales...".

Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacionales e internacional, para los presos con condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción en la que debe prevalecer el principio de inocencia son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve.

Doctrinariamente, se ha fundamentado que la prisión preventiva, cautelar o provisoria, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material, es una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena. Veamos muy rápidamente, en un primer cuadro, el panorama de los presos con condena en los países de América Latina: como puede observarse en el Cuadro I, salvo los casos excepcionales de Brasil y Costa Rica cuyo análisis particular dejamos para más adelante el resto de los países de los que obtuve información registran porcentajes de presos con condena todos superiores al 40%, y en algunos casos cercanos al 90. Es evidente que, por sobre el Principio de Inocencia, prima el que podríamos llamar "principio de presunción de culpabilidad" (ante la duda, marche preso).



Cuadro I

Total de presos, presos sin condena. Porcentajes y tasas.
Países de A. Latina con sistema penal continental europeo.

Fuentes: Elaborado con información penitenciaria gentilmente provista por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y datos de población de CELADE, Boletín Demográfico Año XX, #40. No se incluye los presos en dependencias policiales, cuya cifra suele ser muy alta: A sólo título de ejemplo, las autoridades penitenciarias de la Prov. de Bs. As., al 31 dic. 1993 estimaron que había 7.000 presos más en dependencias policiales; Nicaragua al 30 de junio de 1995 estimó 2.500.

Al nivel de las Naciones Unidas, en los órganos que especialmente se ocupan de la criminalidad y la justicia penal, los presos sin condena han sido siempre una preocupación permanente. Ya en 1957, cuando la Asamblea General adoptó las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos" este importante instrumento internacional -que mantiene notable vigencia- dedicó un capítulo especial a establecer las especiales consideraciones que corresponden a este tipo de presos (Sección D, Arts. 84-93). Y posteriormente, en numerosos otros instrumentos, se regresa reiteradamente sobre el tema, para alertar a los gobiernos y a los poderes judiciales de todo el mundo que el uso de la prisión preventiva debe ser, realmente, excepcional.

El tema ha venido tratándose sin interrupciones en todos los congresos quinquenales de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, el último de ellos realizado en abril de 1995, en El Cairo.

La columna del extremo derecho del cuadro exhibe algo bien interesante y grave. Se ven en ella las cifras de presos sin condena por cada cien mil habitantes en cada país. Si comparáramos estas cifras con las tasas penitenciarias de los países que reportan sus datos al Consejo de Europa, veríamos que muchas de estas cifras son iguales o más altas que aquellas; es decir, nuestras tasas de presos sin condena suelen ser iguales de altas, o más altas, que las tasas globales de condenados y sin condena de dichos países. Esto tuvimos oportunidad de comprobarlo en una investigación en 1981 hace casi quince años, y se verifica también en 1995.

Es evidente que estamos encerrando preventivamente en demasía, y que **nuestros** sistemas se orientan por el principio de presunción de culpabilidad y no por el de inocencia.



Podría ser útil observar el panorama en perspectiva, a lo largo de un mayor número de años.

En 1983, Mario Houed, Luis Paulino Mora, Raúl Zaffaroni y quien esto escribe publicamos un libro producto de la investigación antes citada, algunos de cuyos resultados vale recordar para efectos comparativos.

Un hallazgo de aquella investigación fue verificar la importante incidencia del tipo de sistema penal en el fenómeno que estamos analizando. En aquél entonces, recogimos los datos de treinta países de América Latina y el Caribe, y resultó un gráfico muy interesante, como podrá verse (Gráfico 1).

El gráfico es una escalera casi perfecta, donde hay dos grupos de países claramente definidos, once de sistema anglosajón, y dieciocho de sistema continental-europeo o romano-germánico. En la parte superior de la escalera están las Islas Caimán que registran 2,18% de presos sin condena; se va descendiendo la escalera, y al mismo tiempo aumentando el número de presos sin condena, hasta llegar a Guyana, que registra 37,44%.

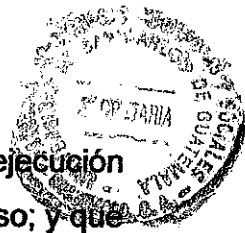
En este lugar del gráfico se produce una cesura, una brecha de 9,96% -casi 10%. de distancia entre ambos grupos, y continúa la escalera comenzando con Costa Rica, que es el país con mejor número de presos sin condena, pero que aún así en ese año registra 47,40%, es decir, 10% más que el país del grupo anglosajón con mayor número de estos presos. Continúa el gráfico descendiendo, y aumentando en número de presos sin condena, hasta llegar a Paraguay, con un porcentaje de 94,25%.

Como antes dijimos, la importancia de lo que se ve en forma condensada en este cuadro consiste en poner de manifiesto la incidencia del tipo de sistema de justicia penal en el fenómeno que estamos analizando. Un sistema de justicia penal en el fenómeno que estamos analizando. Un sistema de justicia penal escriturista y lento, sin intermediación y en el que en muchísimos casos ni el juez de instrucción ni el juez de sentencia conocen personalmente al imputado a lo largo de todo el proceso, con una etapa de instrucción inquisitiva y secreta delegada por la ley o en los hechos casi por completo en la policía, producen un altísimo número de presos sin condena, además de múltiples otros fenómenos negativos vinculados.

Por su parte, un sistema de justicia penal de mayor transparencia; no escriturista sino de juicio oral y público; contradictorio, con un mayor equilibrio entre las partes del proceso, produce un menor número de presos sin condena. Este elogio lo decimos sin que implique ocultar otras falencias del sistema, que habría que corregir; algunas de ellas no exclusivas de este o aquél sistema, sino propias de la naturaleza misma de la justicia penal.

Como en alguna medida vimos ya en el Cuadro I, y podremos ver también más adelante, creemos que algunos avances que se han hecho en la región en dirección a reducir el número de presos sin condena, tienen que ver con procesos de reformas en curso que corrigen en nuestros sistemas de justicia penal algunas de las notas negativas que lo caracterizan, que antes hemos enumerado.

Ahora bien, decíamos al comienzo que el fenómeno del preso sin condena es un capítulo dentro del tema más amplio del uso de la prisión en América Latina, pena que, como es sabido, es la única y que se utiliza prácticamente sin alternativas para todo tipo de delitos: Cualquiera que sea la naturaleza del delito, las leyes penales responden siempre de la misma manera, con mayor o menor cantidad de prisión, pero siempre con esta única pena (a veces añadiéndole una accesoria).



Es cierto, podría decirse, que existe también la posibilidad de la condena de ejecución condicional; pero ésta también es, en definitiva, una pena de prisión en suspenso; y que existe también la pena de multa en la región en la que, por contraste con dicha pena, se verifica lo que estamos diciendo sobre la de prisión en cada uno de los países de la región.

Sólo muy recientemente se están introduciendo penas y otras formas de respuesta distintas a la prisión en algunos países, pero aún no pueden medirse sus resultados, y habrá que procurar evitar, por todos los medios, que ocurra también en nuestra región el llamado efecto de ampliación de la red, que los criminólogos han verificado que ocurre en los países de América del Norte y de Europa que han introducido alternativas. El efecto consiste en que los jueces, al disponer de nuevas posibilidades de sanción a su alcance, en lugar de utilizarlas en sustitución de las penas de prisión que van a dictar, continúan dictando prisión en tales casos, y, además, en otros casos en los que posiblemente hubieran absuelto por no encontrar suficiente evidencia, condenan también, por las dudas, a sanciones más benignas o no privativas de libertad. El resultado final es que no se reduce el número de presos, y, en cambio, hay un mayor número de condenados a diversos tipos de penas; por ello es que los criminólogos han denominado a esto efecto de ampliación de la red.

En línea con lo que venimos diciendo veamos, entonces, cuál es el panorama global sobre el uso de la prisión en los países de América Latina a través del tiempo.

En el Cuadro II hemos colocado los diez países de los que logramos hasta diciembre de 1995 recoger información actualizada y de 15 años atrás. En la columna de la derecha hemos colocado la variación en el tiempo. Salvo los casos de Colombia y Perú que tienen una explicación derivada de una situación muy especial llama la atención el generalizado saldo en ascenso que se da en las tasas de presos por cien mil habitantes.



FUENTES: Elaborado con información proporcionada por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y con datos de población de CELADE, Boletín Demográfico #40. No se incluye los presos en dependencias policiales, cuya cifra suele ser muy alta: Ver sobre esto la información al pie del cuadro y como antes dijimos, faltan otros países en el cuadro, de los que aún no hemos conseguido los datos. Pero la tendencia observada hasta el momento indica que lo más probable es que también en ellos se observe este salto en ascenso.

En este punto hay que hacer una aclaración de la mayor importancia sobre las tasas de presos que tenemos a la vista. Estas cifras representan los presos que en cada país han ingresado bajo la responsabilidad del sistema penitenciario. Pero, en los hechos, el número total de presos es muchísimo más elevado con oscilaciones entre países- y tendría que ser determinado con investigaciones de campo en cada caso. Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad a veces por períodos de tiempo larguísimos, de años alojados en dependencias policiales. Esto tiene diversas explicaciones, que van desde el hecho de que la policía es quien por su naturaleza interviene de primera mano generando la detención y pasa un período de tiempo hasta que el preso es puesto a disposición judicial y eventualmente transferido al sistema penitenciario, hasta el hecho de que, por hacinamiento y falta de espacio en las penitenciarías, se utilizan las instalaciones físicas policiales para esa función.

El número de estos presos suele ser altísimo, y si se lo computara para obtener las tasas, las que nosotros hemos exhibido se elevarían, en algunos casos, al doble. A sólo título de ejemplo digamos que en Argentina, sólo en la Provincia de Buenos Aires, al 31 de diciembre de 1993, para una cifra de 9.427 presos alojados en el sistema penitenciario, había 7.000 presos en dependencias policiales no computados en dicho sistema; y que en Nicaragua, al 30 de junio de 1995, para una cifra de 3.470 en el sistema penitenciario, había en sedes policiales 2.500.

Agreguemos un dato que específicamente interesa para el tema que estamos tratando: la casi totalidad de estos presos policiales no computados por el sistema penitenciario



son presos sin condena, que permanecen allí hasta que se les dicta auto formal de prisión preventiva (lo que suele demorar muchos meses, y hasta años en algunos países), o condena de prisión (lo que, lógicamente, lleva aún más tiempo).

Hechas estas aclaraciones, regresemos a los datos de que dispongo y, aún sin incluir en la cuenta esta cifra negra de presos, preguntémosnos: ¿Será posible que en el lapso de estos últimos años las poblaciones de América Latina se hayan vuelto tanto más malas o delincuentes? (Vemos que en el término de catorce años Costa Rica ha aumentado en un 22% sus tasas de encarcelamiento, Chile en un 35%, Ecuador en un 19%, El Salvador en un 53%, México en un 12%, Panamá en un 300%, República Dominicana en un 68% y Uruguay en un 56%). ¿O será más bien que estos datos lo que indican es que la delincuencia, su aumento y disminución, son fenómenos sociales, que no responden sino en pequeña medida a la acción del sistema de justicia penal, el que por su naturaleza actúa siempre ex post facto con respecto al delito?

La pregunta tiene importancia en un momento en el que hay un aumento cierto de la criminalidad, y en el que se ataca severamente a la justicia penal por ineficaz e ineficiente, partiendo de la suposición de que ésta podría controlar ese fenómeno social, y de que es la única responsable de hacerlo.

Este ataque a la justicia penal, en su versión más clásica, viene unido a la afirmación de que los jueces -o su mayoría- son benévolo, burócratas o corruptos según el caso, y al reclamo para aumentar el número de presos sin condena creando categorías de delitos inexcusables o de muy difícil excarcelación, y viene unido, por otro lado, al reclamo para aumentar el número de efectivos policiales.

Es necesario responder a estos interrogantes y tratar el tema del preso sin condena dentro de la integralidad del sistema de justicia penal, para poder apuntar a soluciones verdaderamente efectivas y evitar respuestas equivocadas que contribuyan a desequilibrar aún más el sistema y hacerlo menos eficaz. Por lo pronto, coincidimos con este tipo de críticas en que la justicia penal, como todos los ámbitos del Estado -y por



qué no incluir también a la empresa privada en el análisis- debe ser motivo de permanente superación y desburocratización en procura de una mayor eficiencia, y en que deben perseguirse también, implacablemente, los casos de corrupción existentes.

Pero discrepamos cuando la crítica se formula en forma irresponsable, sin información básica sobre la realidad de la criminalidad y la justicia penal, y en procura sólo del logro de una mayor eficacia consistente en lograr más de lo mismo.

Desde este punto de vista esbozaremos una respuesta a esta crítica que consideramos errada:

- Si hubiera que evaluar (equivocadamente) a la justicia penal por el número de presos que produce -que es lo que en gran medida interesa a la llamada opinión pública, a un sector de los medios de comunicaciones de masa, y a un sector de la clase política- tendríamos que decir que el sistema se ha mostrado eficaz, ya que ha respondido al aumento en la criminalidad elevando notoriamente sus tasas de encarcelamiento (Sobre esto, el Cuadro II).

Más aún, en muchos casos, si no se ha encerrado a más gente, ha sido porque el hacinamiento lo impide. Y no me refiero sólo al impedimento legal de hacinar a las personas establecido en los instrumentos internacionales ya citados, sino simplemente a la imposibilidad física de colocar más personas en un mismo lugar. Nos ha tocado medir personalmente, con una cinta métrica, el espacio existente por preso en algunas prisiones de la región, y hemos verificado situaciones de hacinamiento de hasta un metro diez centímetros por persona, con diez personas en el espacio previsto para una. (Esta es una de la razones concurrentes que explican en el caso de Brasil, por ejemplo, su bajísimo número de presos sin condena, pues la falta de espacio impide ejecutar las órdenes de detención, y, consecuentemente, van quedando alojados casi exclusivamente aquellos que han sido condenados).



En Europa y América del Norte, situaciones de hacinamiento muy inferiores a las que afrontamos en nuestra región han dado lugar a recursos judiciales en virtud de los cuales las autoridades se han visto obligadas a adoptar medidas para reducir el número de presos o a aumentar la capacidad de alojamiento. En los Países Bajos se ha encontrado la solución interesante de diferir temporalmente el cumplimiento de las penas de prisión hasta tanto se genere el espacio necesario: a medida que se van generando espacios, los condenados que están en lista de espera, ingresan al sistema. Es una solución interesante porque, aunque sin haber tenido ese propósito expreso- se logra el efecto de responder al delito no sólo con prisión, sino también con una medida educativa.

Seguramente no pasará mucho tiempo en los países de nuestra región sin que quienes sufren este tipo de prisión inhumana de hacinamiento comiencen a recurrir también a la justicia nacional e internacional. Pienso que esto será más probable ahora, que está estableciéndose la justicia constitucional en muchos países.

- Respecto del reclamo para aumentar el subsector policial, habría que notar que el sistema de justicia penal debe mantener un adecuado equilibrio entre sus tres componentes de policía, jueces y penitenciaristas. Hay que lograr la relación adecuada funcionario/número de habitantes para cada uno de los tres subsistemas.

Conviene recordar que los tres últimos censos de Naciones Unidas sobre justicia penal determinaron que la proporción de jueces por número de habitantes es mucho más alta en los países llamados desarrollados que en los países en vía de desarrollo, y que, por contraste, la proporción de policías por habitantes es más alta en los países en vía de desarrollo. Es decir, que el sistema de justicia penal en los países desarrollados es más judicial. En los nuestros es más policial.

Hay que esmerarse, entonces, en distribuir los recursos existentes inteligentemente, para lograr la relación de penitenciaristas, policías y jueces por número de habitantes adecuada, evitando desequilibrar los sistemas más de lo que ya lo están en la mayoría



de los países; pues si sólo aumentáramos policías, en el mejor de los casos se podrían producir más detenciones, pero si no hay un poder judicial en condiciones de juzgar a los detenidos, habremos logrado sólo aumentar el número de presos sin condena.

Fuentes: Elaborado con información penitenciaria gentilmente provista por los ministerios a cargo de los sistemas penitenciarios de cada país, y datos de población de CELADE, Boletín Demográfico Año XX, #40.

Veamos ahora, en el Cuadro I.1 cómo han evolucionado los presos sin condena a través del tiempo. En el cuadro figuran todos los países de los que pudimos obtener los datos de circa 1981 y de quince años después (1995).

En la columna en la que se leen los porcentajes de presos sin condena sobre la población penitenciaria de cada país, por contraste, hay otros países que lograron avances. Es el caso de Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. Sería interesante analizar las causas de tales progresos, y analizar también, con el aporte de expertos de diversos países, en qué medida estas experiencias positivas podrían ser transferidas. En este punto sólo nos atreveremos a enunciar seguidamente, en desorden, una serie de causas de diversa naturaleza que tienen o podrían tener incidencia en reducir el número de presos sin condena en los países de la región. En algunos casos, nos consta que han incidido positivamente en reducir el número de estos presos; en otros, se cree que son instituciones o acciones potencialmente útiles para lograr este objetivo:

- a) el advenimiento y consolidación de gobiernos democráticos;
- b) la gran campaña que Naciones Unidas y diversas entidades gubernamentales y no gubernamentales llevaron a cabo durante los años 80 y 90, tendiente específicamente a reducir el número de estos presos y a promover alternativas a la prisión preventiva y a la prisión en general, con actividades de investigación, cambios en la legislación, capacitación, publicaciones, difusión y asistencia técnica;



- c) el avance en algunos países en la sustitución del procedimiento escriturista e inquisitivo por la instauración y consolidación del juicio oral y público;
- d) la instauración de la justicia constitucional en algunos países, y el consiguiente control que estos cuerpos hacen de las garantías penales y procesales;
- e) la adopción de procedimientos o instituciones que no eran propias del sistema jurídico penal existente, como por ejemplo el abandono o el uso menos rígido en algunos casos del principio de oficialidad de la acción penal, con introducción del principio de oportunidad. Esto, logrado por medio de cambios en la legislación, o realizado en la práctica por medio de instrucciones al Ministerio Público (caso de la Prov. de Córdoba, Argentina), o por medio de la organización de labores al interior de dicho ministerio asignando los recursos para investigar y perseguir los delitos según prioridades (caso de Costa Rica);
- f) procesamiento sin privación de libertad;
- g) cambios en materia de excarcelación o libertad provisional, haciéndola más accesible a todos los sectores sociales; así la promoción, por ejemplo, de la excarcelación juratoria o sin garantía económica;
- h) algunos mecanismos no de índole jurisdiccional sino de supervisión o control del funcionamiento concreto de los tribunales de justicia. Así, por ejemplo, en el caso de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia creó una Comisión de Asuntos Penales que, por medio de la Oficina de Estadísticas del Departamento de Planificación, se dedicó a controlar el número de presos preventivos a disposición de los diversos tribunales, las fechas de vencimiento de tales prisiones preventivas y otras cosas por el estilo, y a dar recomendaciones en la materia. El resultado fue sorprendente, y creemos que ésta es una de las razones importantes que explican el gran avance que el país ha hecho en materia de reducir su número de presos sin condena, y que es una de las soluciones concretas posibles de ser transferidas a otros países;
- i) la creación de cuerpos de policía civil en países que sólo contaban con policías dependientes de las fuerzas armadas, así como la capacitación y formación de las policías en material de derechos fundamentales. Creemos que este es otro punto de la mayor importancia, por cuanto la policía se encuentra en la primera línea de fuego y es, justamente, la encargada de producir las detenciones. Un procedimiento policial



adecuado puede evitar privaciones de libertad innecesarias y costosos y burocráticos trámites de excarcelación. En este punto, seguramente experiencias como la de El Salvador serán importantes para otros países;

j) finalmente, la creación, en muchos países, de la institución de los Defensores del Pueblo, Comisionados de los Derechos Humanos de los Habitantes.

Sería útil, en una tarea con expertos de los distintos países, tanto de los que exhiben progresos como de los que exhiben aumento en el número de sus presos sin condena identificar las causas que generan cada situación, para poder tener un mejor diagnóstico de conjunto, y para transmitir y aprovechar las diversas experiencias.

A esta altura de este trabajo sería interesante, para efectos comparativos, ver los porcentajes de presos sin condena de los países miembros del Consejo de Europa. El siguiente cuadro reproduce la información que aparece en el último Boletín de Información Penal del Consejo (figuran sólo los países que proporcionaron el dato).

La lectura del cuadro corrobora la incidencia del tipo de sistema jurídico penal en el número de presos sin condena. Los países con menor número de estos presos son aquellos de sistema anglosajón ortodoxo (Irlanda, Inglaterra, Gales y Escocia). Sin embargo, la brecha entre ambos sistemas es mucho menos acentuada que la que se observa en el caso de América Latina y el Caribe. El país de sistema continental-europeo con mayor número de estos presos (entre los que figuran en el cuadro), Francia, ocuparía un lugar de discreto privilegio si lo ubicáramos en el contexto de los de nuestra región.

La lectura del cuadro precedente, y los casos de los países que en América Latina ya han producido avances, nos indican que la tarea de reducir los presos sin condena no es tan difícil, y que con una buena dosis de voluntad política podría avanzarse mucho más en esta materia de tanta importancia. Existen obstáculos, derivados de limitaciones materiales, de un auge cierto en una serie de delitos, y de la consiguiente alarma social, que podrían conspirar para que hacináramos aún más las cárceles de presos



condenados y sin condena haciendo un uso irracional del sistema de justicia penal, contrario por cierto a los mismos principios filosóficos y jurídicos que lo sustentan.

“Es por ello que el fenómeno de los presos sin condena no puede verse fuera de contexto, y que la respuesta que demos en esta materia tendrá que ser coherente con una política criminológica integral, eficaz para reducir la frecuencia del delito y sus niveles de violencia, pero sin multiplicar ésta con un uso excesivo o ilegítimo de la coerción y violencia estatales.”³⁷

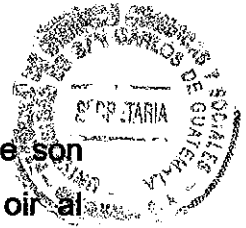
3.6 El funcionamiento del sistema penal

De conformidad con la obra la Justicia Penal en Guatemala históricamente se estudia el funcionamiento del sistema penal en Guatemala lo que a continuación se expone: Los objetivos del procedimiento penal son dobles y contradictorios. Por un lado, ha de garantizar la protección de la sociedad frente a ciertas conductas consideradas como indeseables; por otro, debe asegurar que tal protección social se efectúa con un total respeto de los derechos y de las libertades fundamentales de los ciudadanos. La consecución de un equilibrio aceptable entre estos dos objetivos es una tarea difícil y constituye el ideal de cualquier sistema de justicia digno de este nombre. Es asimismo en el procedimiento penal donde mejor se pueden calibrar las características de accesibilidad, independencia, justicia y eficiencia que, como ya se ha indicado, definen el sistema de justicia.

El proceso penal guatemalteco anteriormente adoptaba una forma predominantemente escrita, ya que la oralidad se limitaba a algunas gestiones que los interesados podían hacer durante la instrucción y el sumario.

No existe en la legislación guatemalteca, como ocurre en otras, ningún tipo especial de proceso en atención a la naturaleza de determinados delitos. Sin embargo, existe un

³⁷ www.cienciaspenales.org/revista.



procedimiento especial para el juzgamiento de las faltas o infracciones, del que son competentes los Juzgados de Paz. En este procedimiento se principia por oír al ofendido o a la autoridad denunciante y después al inculpado. Si éste confiesa y no son necesarias otras diligencias, se dicta sentencia condenatoria. Si no reconoce su culpabilidad, el juez investiga inmediatamente, oyendo a quien fuere necesario y practicando las diligencias pertinentes y sentenciando conforme a los autos. El proceso de faltas se debe practicar en un término nunca mayor de cinco días. La sentencia es apelable únicamente cuando la condena excede de un mes de arresto; si es absolutoria no hay apelación. De la apelación conoce el juez de instancia jurisdiccional correspondiente.

El proceso penal debe respetar ciertos principios y garantías consagrados en la constitución o en las leyes principales del país por representar derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Código Procesal Penal desarrolla las garantías constitucionales y regula además otras típicamente procesales. Así, se reconocen los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, inviolabilidad de derechos, intermediación, doble instancia, gratuidad de la justicia, presunción de inocencia e inviolabilidad del derecho a la defensa. Además, nadie puede ser detenido sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada por juez competente de conformidad con la ley, y para imponer una pena a determinada persona, se requiere el pronunciamiento de sentencia dentro de un proceso seguido con arreglo a las prescripciones legales.

El proceso penal en primera instancia puede iniciarse de tres maneras: por denuncia, querrela o de oficio, prevención policial y una vez comenzado no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar en cualquiera de sus trámites, sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Toda persona que tuviese conocimiento de la comisión de un hecho delictivo está obligada a prestar auxilio y a informar al juez, autoridad o agente de policía más



próximo al lugar de su comisión. La denuncia puede hacerse oralmente o por escrito y sin formalidad alguna, pero debe ser ratificada. El denunciante no está obligado a probar los hechos de la denuncia ni a formalizar acusación, pero será responsable penalmente si resulta falsa.

La denuncia verbal hecha ante la Policía Nacional Civil obliga a esta institución a informar al tribunal correspondiente, consignando los hechos y la identidad de quien la haga. Si se hace ante un juez, éste debe pronunciar auto de instrucción y levantar acta de ratificación, relación de hechos y circunstancias y determinación de la identidad de quién denuncia y de contra quién se hace. Si se trata de delito perseguible por acción pública, la querrela puede formularse ante juez competente por cualquier ciudadano, aunque no sea ofendido o perjudicado por el delito. Los extranjeros únicamente pueden querrellarse por delitos cometidos contra su persona o sus bienes, contra la persona o bienes de sus parientes dentro de los grados de ley o de sus connacionales. Para tramitarla es necesaria su ratificación por quien la presentó el conocimiento de oficio se da cuando el juez inicia la actividad jurisdiccional por haber presenciado o tener conocimiento directo de la comisión de un hecho delictuoso, para lo cual practicará las diligencias correspondientes, que ordenará en el auto de instrucción.

El proceso penal puede iniciarse en un Juzgado de Paz o en un Juzgado de Primera Instancia de instrucción. Los Juzgados de Paz conocen de la causa durante tres días, vencidos los cuales pasará el proceso al Juzgado de Primera Instancia de Instrucción que corresponda.

Cada uno de los 13 Juzgados de Paz de la capital recibió en agosto y septiembre de 1987 un promedio mensual de 719 denuncias (directas o hechas a la Policía Nacional) y querellas. Y cada uno de los Juzgados de Primera Instancia de Instrucción que también funcionan en la capital recibió un promedio mensual de 23 denuncias y querellas, a las que hay que agregar un promedio mensual de 628 procesos instruidos en los Juzgados de Paz, para su prosecución y sentencia.



Los Juzgados de Primera Instancia de Instrucción del interior del país que suministraron información a la Secretaría de la Corte Suprema (11 en agosto y 18 en septiembre, sobre un total de 22) recibieron en cada juzgado un promedio de 136 denuncias y querellas en agosto de 1987, y de 94 en septiembre. Dictado el auto de instrucción, el juez practica las diligencias necesarias para aclarar los hechos que motivan el proceso. Forman parte del sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y culpabilidad de los delincuentes, consecuencias del hecho y todos los extremos que señala la ley. Cada delito que se investigue será objeto de un sumario, sin perjuicio de las acumulaciones que se decreten en los casos de delitos conexos. Las actuaciones son escritas, fraccionándose las actas para documentar declaraciones de ofendidos, testigos procesados y demás diligencias que practique el tribunal, como reconocimientos judiciales, avalúos, etc. La fase sumarial es secreta, pudiendo tener acceso a la misma únicamente el detenido, el ofendido, el Ministerio Público y sus abogados.

Notificadas las primeras diligencias, las cuales contienen generalmente el informe policial, el auto de instrucción, la indagatoria, la declaración del ofendido o del acusador y la práctica de otras diligencias urgentes, el Ministerio Público se apersona al proceso desde su primer escrito y algunas veces formaliza la acusación. En su escrito, el Ministerio Público relata la captura del procesado y los hechos que se le atribuyen, propone diligencias o medios de investigación y la base legal para su gestión, pide que se le continúe notificando cualquier resolución por la que se le tenga por apersonado en el proceso, formaliza la acusación oficial, propone que se practiquen pruebas y que, concluido el sumario, se abra a juicio el proceso cuando considera que hay motivos suficientes para ello.

Durante esta etapa sumarial, el Ministerio Público debe contribuir a la investigación, proponiendo los medios que estime idóneos para la pesquisa y estando presente en ellos, y tiene acceso, sin reserva alguna, a todas las actuaciones procesales. Detenido el sindicado por captura o comparecencia voluntaria, se le indaga dentro de las 48



horas siguientes a su detención y, dentro de cinco días contados a partir de su detención, debe resolverse su situación jurídica, dejándolo en libertad o dictando su prisión provisional. Si se dicta prisión provisional contra el indiciado por estimarse que podría ser culpable del delito imputado, la investigación prosigue durante un término no mayor de quince días a partir de la fecha del auto de prisión provisional, a cuyo vencimiento el sumario se declara concluido. Partiendo del principio constitucional, ya expuesto, del carácter inviolable del derecho a la defensa, el procesado puede, desde su indagatoria, asistirse de defensor privado o de confianza proponiéndolo al juez, quien debe aceptarlo si es abogado, está inscrito en el registro de abogados de la Corte Suprema de Justicia y es colegiado activo. Si el procesado no lo hace en dicha diligencia o dentro de los quince días siguientes, el juez le nombrará uno de oficio, el cual puede ser abogado o pasante de cualquiera de los bufetes populares que funcionan en el país. Si el defendido no habla español, el defensor debe solicitar que sea escuchado por intérprete. Según las encuestas, esto ocurre en un caso de cada cuatro cuando se trata de utilizar los servicios de un abogado y en un 46% cuando se recurre a alguna oficina judicial, aunque un 98% ha declarado en español. En el caso de ciegos o sordomudos, no se les oye si no está presente el defensor; si no fuere posible, es obligatoria la presencia del Ministerio Público. El Código Procesal Penal contempla la institución de declaratoria de pobreza del procesado o del acusador. Al referirse al trámite para la declaratoria de pobreza, tácitamente indica que se gestionará, pero no prohíbe que se promueva el mismo. En todo caso, para acceder a la solicitud, con audiencia al Ministerio Público, el juez debe considerar si lo amerita el núcleo familiar que dependa económicamente del procesado, sus ingresos o los del cónyuge o conviviente de hecho o el de sus hijos. "De ser declarada la pobreza para litigar, el beneficiado queda exonerado de pagar honorarios, gastos de hospitalización y los que se ocasionen dentro del proceso. En consecuencia, para los efectos de la defensa, aquella declaratoria implica el derecho del procesado a que se le designe defensor de oficio."³⁸

³⁸ Salas, Luís, José Ma. Rico. *La justicia penal en Guatemala*. Págs. 84 a 90.





CONCLUSIONES

1. El proceso penal guatemalteco ha sufrido una serie de modificaciones, las cuales han sido sustanciales para efectos de lo que establece no sólo la Constitución Política de la República de la Guatemala, sino también los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.
2. Que la legislación procesal penal guatemalteca se fundamenta en principios de un sistema mixto, que parte de un sistema acusatorio y un sistema inquisitivo, pero que en materia de decretar medidas de coerción, como la de prisión preventiva, aún en la decisión de los jueces continua teniendo resabios inquisitivos.
3. La prisión preventiva constituye una excepción a la regla general, tal como se regula en la ley adjetiva, la cual debería aplicarse en casos que establece la legislación penal por consiguiente el problema surge cuando no se observa esta regla y aplica en casos que no merecen dicha medida de coerción.
4. El problema de la legislación procesal penal es su flexibilidad en cuanto a que permite al juez decretar o no medidas sustitutivas y en caso de dictar prisión preventiva, esta debe fundamentarse en los presupuestos condicionales, como lo son que no exista peligro de fuga ni peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad.
5. La aplicación de la prisión preventiva en los delitos menores, causado por personas no reincidentes es garantía para poder decretar una medida sustitutiva y así no violar el Principio de Inocencia, que garantiza nuestra Constitución Política de la Republica de Guatemala, en el Artículo catorce.



RECOMENDACIONES



1. Que el Congreso Nacional de la República, reforme algunos Artículos del Código Penal y Código Procesal Penal, señalando los delitos en los que es posible aplicar medidas sustitutivas en lugar de la prisión preventiva, en base a un estudio previo estadístico que muestre la efectividad de esta medida sin que haya peligro de fuga del sindicado, dándole una mejor oportunidad de defenderse en un proceso en el que esta ligado, estando en libertad condicionada.
2. Que la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a sus funciones, otorgue el apoyo necesario a los juzgadores para que éstos puedan con libertad, decretar las medidas de coerción o medidas sustitutivas que consideren oportunas, en base a las circunstancias del hecho y en base a los presupuestos indispensables para una adecuada y eficiente administración de justicia.
3. Al ser reformado el Código Penal y Código Procesal Penal que la Corte Suprema de Justicia promueva la realización de talleres, seminarios, para que tanto jueces como abogados en general, conozcan de los alcances y límites de decretar la prisión preventiva, haciendo un análisis congruente con la realidad jurídico social guatemalteca, tomando en consideración y aplicación de las determinaciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
4. Estamos encerrando preventivamente en demasía y nuestro sistema se orienta por el principio de presunción de culpabilidad y no por el de inocencia; como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, por consiguiente es recomendable el estudio del fenómeno en forma integral, por todos los sectores sociales involucrados con la justicia y educación.
5. Conjuntamente se debe promover un acercamiento entre la Corte Suprema de Justicia y Jueces, para que hagan una realidad las medidas sustitutivas, acompañado de un estudio analítico, para establecer en cuantos casos en los que

se aplique se viola o desaprovecha este derecho que tienen las personas, este porcentaje de casos será una justificación para tener reserva en aplicarla.





ANEXOS



PAIS	AÑO	TOTAL PRESOS	PRESOS SIN CONDENA	PRESOS SIN CONDENA %	PRESOS SIN CONDENA x cien mil
Argentina sólo prov. de Bs. As.	1993	9427	6186	66	48
Brasil	1994	129169	17086	13	11
Colombia	1995	30131	14748	49	41
Costa Rica	1995	4200	1164	28	35
Chile	1993	21311	12675	59	92
Ecuador	1995	9646	6421	67	54
El Salvador	1993	5576	4270	77	76
Honduras	1995	8554	7741	90	130
Nicaragua	1995	3470	1502	43	33
Panamá	1995	6108	4842	79	182
Perú	1993	18500	12469	67	54
Uruguay	1995	3192	2728	85	86



Cuadro II

Países de América Latina de sistema continental europeo.

Total de presos y tasas por cien mil habitantes. Comparación en el tiempo circa 1981-1995.

PAIS	AÑO	PRESOS	TASA POR 100.000	% DE AUMENTO SOBRE TASAS
Colombia	1985	26.680	104	
	1995	30.131	83	
Costa Rica	1981	2.407	102	22%
	1995	4.200	124	
Chile	1981	12.876	114	35%
	1993	21.311	154	
Ecuador	1981	5.709	68	19%
	1995	9.646	81	
El Salvador	1981	3.402	74	53%
	1995	6.740	113	
México	1980	58.352	83	12%
	1995	92.623	95	
Panamá	1981	2.339	117	300%
	1995	6.108	467	
Perú	1978	14.322	81	0%
	1993	18.500	81	
Rep. Domin.	1981	5.355	92	68%
	1995	12.663	160	
Uruguay	1981	1.890	64	56%
	1995	1.392	100	



Cuadro I.1.

Total de presos, presos sin condena.

Porcentajes y tasas por cien mil.

Países de A. Latina con sistema continental europeo.

Comparación en el tiempo circa 1981-1995.

País	Año	Total de presos	Presos sin condena	Presos sin condena %	Presos sin condena x 100.000
Colombia	1981	28.680	21.107	74	77
	1995	30.131	14.748	49	41
Cta. Rica	1981	2.407	1.141	47	48
	1995	4.200	1.164	28	35
Chile	1981	12.786	6.723	52	59
	1993	21.311	12.675	59	92
Ecuador	1981	5.709	3.658	64	44
	1995	9.646	6.421	67	54
El Salvador	1981	3.402	2.809	83	61
	1993	5.576	4.270	77	76
México	1980	58.352	43.316	74	61
	1995	92623	43.592	49	46
Panamá	1981	2.339	1.156	67	78
	1995	6.108	4.842	79	182
Perú	1978	14.322	10.161	71	57
	1993	18.500	12.469	67	54
Rep. Domin.	1981	5.355	4.278	80	70
	1995	12.663	11.423	90	144
Uruguay	1981	1.890	1.446	76	49
	1995	3.192	2.728	85	86



BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIÓ MELLADO, José Maria. La prisión provisional. (s.e).**
- BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho Procesal Penal. (s.e).**
- BOVINO, Alberto "Temas de Derecho Procesal Guatemalteco". Fundación Myrna Mack, primera edición, Guatemala, 1996.**
- Caferrata Nores, José I. Medidas de coerción. (s.e).**
- CARRANZA, Elías "Criminalidad ¿Prevención o promoción?", Editorial Uned, San José, C.R., 1994.**
- CARRANZA, Elías, MORA, Luis Paulino, Hued, Mario y Zafaronni, Eugenio Raúl Ilanud. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe". San José, Costa Rica. 1988. (s.e).**
- DAHINTEN CASTILLO, Jonny. El Proceso jurisdiccional. (s.e).**
- DE PINA VARA, Rafael. Instituciones. (s.e).**
- DOMÍNGUEZ, F. y otros "el derecho a la libertad en el proceso penal". Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984. Prólogo.**
- FLORIAN, Eugenio. Elementos del derecho Procesal Penal. (s.e).**
- FRANCO, Ippolito La detención preventiva. Revista de Derecho Constitucional N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997.**
- HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Ad-hoc, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Primera Edición, 1995.**
- LEVENE, Ricardo (Hijo), El debido proceso y otros temas. San José, 1981, Voto de la Sala Constitucional N° 1419-96.**
- LLOBET, Javier La prisión preventiva (límites constitucionales Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. San José, Costa Rica, 1997.**
- NILS, Christie, Los límites del dolor. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1994.**
- OSSORIO, Manuel, Diccionario de derecho usual. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1,981.**



OSSORIO Y FLORIT, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Editorial Helliasta.

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

TREJO DUQUE, Julio Anibal. **Aproximación al Derecho Penal y análisis breve del actual proceso penal**. (s.e).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1,985.

Código penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1973.

Código Procesal Penal y sus reformas. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

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