

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**PRINCIPALES AFECTACIONES AL PRINCIPIO
NON BIS IN IDEM EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

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

POR

ELIZABETH SANTOS CALDERON RODRIGUEZ

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Noviembre de 1996

04
T(3157)
C.4

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

ECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
OCAL I	Lic. Luis César López Permouth
OCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
OCAL III	
OCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
OCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

RESIDENTE	Lic. Oscar Hugo Mendieta Ortega
OCAL	Licda. Greta Antilvia Monzón de Morales
SECRETARIO	Lic. Luis Alfredo González Rámila

Segunda Fase:

RESIDENTE	Lic. Roberto Samayoa
OCAL	Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós
SECRETARIO	Lic. Jorge Luis Granados Valiente

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



2720-96

Guatemala, 18 de septiembre de 1,996.

Licenciado Jose Francisco de Matta Vela
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad de San Carlos de Guatemala
SU DESPACHO.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

18 de Septiembre de 1996

RECUERTE
Horas: 18/09/96
OFICIAL

Señor Decano:

En forma respetuosa me dirijo a usted, para informarle que por Resolución emanada de esa Decanatura se me nombró como Asesor de Tesis de la Bachiller ELIZABETH SANTOS CALDERON RODRIGUEZ, en su trabajo de Tesis que se titula "PRINCIPALES AFECTACIONES AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM, EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL GUATEMALTECO".

A la estudiante en mención se le brindo la asesoría que este tipo de trabajo se requiere, situación que se vio favorecida, por las altas dotes intelectuales que la postulante posee, y que le permitieron desarrollar un tema de gran profundidad científica, y de innumerables repercusiones en el ámbito jurídico penal guatemalteco, en donde muchas de las normas ordinarias de hecho violan o contravienen Principios Procesales tales como el NON BIS IN IDEM, que da sustrato a esta investigación, sin tomar en cuenta, que a su vez violan un Derecho Humano, y por ende una garantía constitucionalmente protegida, es por ello que el trabajo de la sustentante es de sumo interesante, pues claramente expone en que consiste el principio referido, tanto en su concepción sustantiva como procesal, analizando luego todas las normas que lo desarrollan en ambas ramas, y todas aquellas que de una u otra forma pueden afectarlo, para lo cual se tomaron en cuenta los criterios más modernos sobre este tópico que se plasman en los textos consultados, escritos por distinguidos [us penalistas y procesalistas de fama

...2/



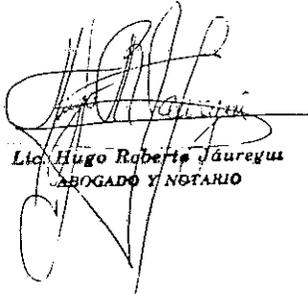
Hoja No 2.
Dictamen Br. ELIZABETH SANTOS CALDERON RODRIGUEZ
Guatemala, 19 de septiembre de 1,996.

internacional, que hoy en dia imparten docencia y realizan investigaciones en distintos paises del mundo.

En consecuencia procedió a dar el dictamen favorable a la presente Tesis, pues su contenido cubre sobradamente con los requisitos exigidos en el Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis, por lo que puede continuarse con el trámite respectivo.

En forma atenta, me suscribo del Señor Decano, deferentemente,

"DID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lto. Hugo Roberto Jáuregui
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad, calle 13
sede. Centroamericana

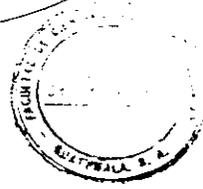


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,
Guatemala, diecinueve de septiembre de mil novecientos -
noventa y seis. -----

Atentamente, pase a la LICDA, GRETA ANTELVIA MONZON ESPINO
ZA DE MORALES, para que proceda a Revisar el Trabajo de -
Tesis de la Bachiller ELIZABETH SANTOS CALDERON RODRIGUEZ
y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.---

alhj.

[Handwritten signature]





Guatemala, 31 de octubre de 1996.

Licenciado
José Francisco de Mata Vela, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
31 OCT 96
REVISOR
Horas 17 2240
OFICIAL

Señor Decano:

En cumplimiento de la resolución decanatal de fecha diecinueve de septiembre del presente año; procedí a REVISAR el trabajo de tesis realizado por la Bachiller ELIZABETH SANTOS CALDERON RODRIGUEZ, el cual se denomina "PRINCIPALES AFECTACIONES AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL GUATEMALTECO".

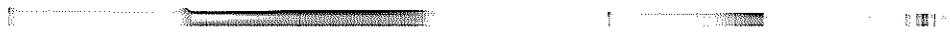
Luego del análisis correspondiente, me permito dictaminar: El trabajo de mérito reúne los requisitos mínimos para que el mismo pueda ser discutido en el examen público de la autora, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogada y Notaria; por lo que al ser aprobado puede ordenarse su impresión.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

"LEER Y ENSEÑAR A TODOS"

Lic. Greta Antilvia Monzón Espinoza de Morales
Revisora.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



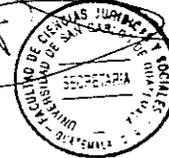
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Edif. Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, cuatro de noviembre de mil novecientos noventa
y seis.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la
Impresión del Trabajo de Tesis de la Bachiller ELIZABETH
SANTOS CALDERON RODRIGUEZ intitulado "PRINCIPALES AFECTA
CIONES AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN EL ORDENAMIENTO -
JURIDICO PENAL GUATEMALTECO". Artículo 22 del Reglamen-
to para Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.

alhj.



DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO:

Luz Divina de quien viene toda sabiduría, por permitirme alcanzar una de mis metas.

A MI TIERRA:

Malacatancito. Huehuetenango, pedacito de suelo que me vió nacer.

A MIS PADRES:

Aurelio Javier Calderón Monzón y María Luisa Rodríguez Avila.
Motivación para alcanzar uno de mis más grandes ideales, que este sea un aliciente a su enorme sacrificio.

A MIS ABUELITOS:

Federico Valdez Alvarado, Emilia Monzón Villatoro.
Juan Rodríguez López (Q.E.P.D.) y Amada López Avila.
Por sus sabios consejos.

A MIS HERMANOS

Anibal Isidro, Florindo, Deura Luz, Ferdin de Jesús,
Magda Eusebia y Gilberto Easilio.
Con amor fraternal.

A MIS SOBRINOS:

Anibal Omar, Nery Javier, Alvaro David, Carlos Alberto y
María de los Angeles.
Con mucho amor.

A MIS CUNADAS:

Con mucho cariño.

A MIS PRIMOS:

Blanca Maribel Calderón Rodríguez y Willy Antonio
Barrios Molina.
Con mucho cariño.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con inmenso cariño.

DE MANERA ESPECIAL A

Carlos Enrique Fernández Carrera.

A MIS AMIGOS:

Olga Maritza, Amarilis Noemí, Celeste, Silvia Argentina,
Julia Aurora, Maglory, Kelly Miroslava, Rosalinda, Luis
Salvador, Ottoniel, Félix González y Carlos Guillermo
Mansilla Girón.
Por su amistad y apoyo brindado.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

A USTED QUE RECIBE LA PRESENTE

De manera muy especial.

INDICE

Introducción i

CAPITULO I

PARTE SUSTANTIVA, NOCIONES FUNDAMENTALES 1

1.	Ciencia del Derecho Penal:	2
1.1.	Derecho Penal Sustantivo	5
1.1.1.	Concepto:	5
1.1.2.	La sanción penal:	6
	a) Teoría de la pena.	6
	a.1. Naturaleza y fines de la pena:	7
	a.2. Características:	11
	a.3. Clasificación:	13
	b) Medidas de Seguridad:	13
	b.1.) Definición:	15
	b.2.) Naturaleza jurídica:	16
	b.3.) Clasificación legal:	17
	b.4.) Principios:	18
	b.5. Análisis crítico:	22
1.1.3.	Principios rectores del Derecho Penal:	26
	a) Intervención mínima:	27
	a.1.) Ultima ratio:	28
	a.2.) Carácter fragmentario del Derecho Penal:	29
	b) Legalidad:	30
	c) Del hecho:	34
	d) Del bien jurídico	34
	e) Culpabilidad:	35

CAPITULO II:

LA LEGISLACION PENAL Y EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM 39

1.	Principio Non Bis in Idem:	39
1.1.	Historia:	39
1.2.	Concepto y definición	40
1.3.	Instituciones jurídicas que vulneran el principio Non Bis In Idem.	43
	1.3.1. Reincidencia:	43
	a). Antecedentes.	43

	b.) Concepto:	4
	c) Clases de Reincidencia:	4
	d) Prescripción	4
	e) Incomunicabilidad de la reincidencia:	4
1.3.2.	Habitualidad	4
	a) Concepto:	4
	b) Efectos:	4
	c) Prescripción.	5

CAPITULO III

	PARTE PROCESAL, NOCIONES GENERALES:	5
1)	Derecho Procesal Penal.	5
	1.1.) Características:	5
	1.2.) Concepto:	5
	1.3.) Sistemas procesales	5:
	a) Acusatorio.	5:
	b) Inquisitivo:	5:
	1.4.) Garantías y Principios procesales:	5:
	a) Juicio Previo y Debido proceso:	5:
	b) Oficialidad:	5:
	b.1.) Estatalidad:	6(
	b.2.) Oficiosidad:	6(
	b.3.) Legalidad:	6(
	b.4.) Oportunidad:	6(
	c) Verdad real:	6(
	c.1.) Inmediación	6:
	c.1.1). Oralidad:	6:
	c.1.2.) Concentración- Continuidad:	6:
	c.1.3. Identidad del Juzgador:	6:
	c.2.) Publicidad:	6:
	c.3.) Investigación Judicial autónoma	6:
	c.4.) Libertad de prueba.	6:
	c.5.) Comunidad de la prueba	6:
	c.6.) Sana Crítica racional	64
	d) Independencia Judicial:	64
	e) Inocencia	65
	e.1.) In dubio pro reo o	

	favor rei.	66
e.2.)	Favor libertatis:	66
e.3.)	Derecho al silencio:	66
f)	Inviolabilidad de la defensa:	67
	f.1.) Intervención:	67
	f.2.) Contradicción:	68
	f.3. Imputación:	68
	f.4.) Intimación:	68
g)	Non Bis In Idem:	69

<u>INCLUSIONES</u>	71
--------------------	----

<u>COMENDACIONES</u>	73
----------------------	----

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	75
---------------------	----

INTRODUCCION:

Esta tesis se proyectó para hacer un análisis sobre las instituciones que afectan el principio Non Bis In Idem, ya que dentro de las garantías establecidas en el Código Procesal Penal para los procesados, se comprende el Principio Non Bis In idem y no sólo esta prevista en este cuerpo legal, sino también esta establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de la que Guatemala forma parte.

Como una garantía que rodea a la persona dentro del proceso, consideré preciso estudiar aquellas instituciones que parecen afectar el mismo. Pero para mejor comprensión de estas instituciones que constituyen la afectación del principio, consideré apropiado hacer un análisis de lo que es la ciencia del derecho penal, la sanción penal, los principios rectores del derecho penal; el derecho procesal penal, sistemas procesales, principios procesales y por último el principio Non Bis In Idem, combinando la doctrina con la legislación, apoyada en las obras de grandes autores.

Como afectaciones al principio Non Bis In Idem en el derecho sustantivo, la Reincidencia y la Habitualidad, las que

ii

implican un aumento de la pena, en base a hechos juzgados en procesos anteriores acrecentando la gravedad de la misma.

Espero que el presente trabajo sea útil para el lector.

LA AUTORA

CAPITULO I

PARTE SUSTANTIVA, NOCIONES FUNDAMENTALES

Para comprender de mejor manera el tema objeto del presente trabajo, es necesario que previamente se estudien algunos conceptos que son fundamentales, tales como, algunos aspectos del Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal, ya que si bien es cierto que el Derecho Penal es uno solo, para su estudio se ha dividido en tres ramas que en forma conjunta regulan el poder punitivo del Estado: El Derecho Penal Sustantivo que lo encontramos en la ley penal, compuesto por la teoría del delito, los tipos penales y sus consecuencias jurídicas, complementándose con el Derecho Procesal Penal que contiene los preceptos necesarios para ejecutarlo por regla general, a través de un debido proceso, por medio de los órganos jurisdiccionales, para atribuir responsabilidad penal e imponer una pena y/o una medida de seguridad, y con el Derecho Penitenciario que es el segundo complemento para aplicarlo y que contiene normas que regulan el procedimiento de efectivización de las penas y medidas de seguridad; comprendiendo así mismo un estudio de los principios del Derecho Sustantivo y procesales, ya que también éstos funcionan en estrecha relación.

1. Ciencia del Derecho Penal:

Al estudiar una ciencia. lo más común. es que se inicie por dar una definición. pero previamente. para su comprensión. es necesario que se defina lo que es el Derecho Penal Objetivo y el Derecho Penal Subjetivo, ya que éste suele entenderse en estos dos sentidos.

Derecho Penal Objetivo:

Para Weisel. Citado por Juan Bustos Ramirez, el Derecho Penal Objetivo (Jus Poenale), es

"Aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictiva y le impone penas o medidas de seguridad (1).

Y añade Bustos Ramirez:

"El derecho penal objetivo tiene pues un objetivo de carácter sistemático. es decir, dar desarrollo y explicación coherentes y racionales a estas reglas jurídicas referidas al delito y a las penas y medidas de seguridad". (2)

José María Rodríguez Devesa señala. que el Derecho Penal Objetivo, es

"El conjunto de normas estatales

(1). Bustos Ramirez Juan. Introducción al Derecho Penal. Pág. 7. Bogotá Temis 1986.

(2) Ibidem.

referentes a los delitos y a las penas y otras medidas reparatorias o preventivas que son su consecuencia (3).

De acuerdo a lo anterior, al Derecho Penal Objetivo se le ve como un cuerpo normativo o conjunto de normas que regulan los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

Derecho Penal Subjetivo:

Guillermo Cabanellas lo define como:

"la potestad de penar" (4).

José María Rodríguez Devesa nos dice que el derecho penal Subjetivo es:

"el derecho del Estado a imponer penas y a ejecutarlas cuando se comete un delito" (5).

y agrega que:

"Abarca la facultad del Estado de dictar preceptos en que se conecta el delito como presupuesto, la pena o la medida de

(3). Rodríguez Devesa José María. Derecho Penal Español. Parte General. Pág. 10. Editorial Dykinson, Madrid, 1985.

(4). Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Pág. 655. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. 1976.

(5). Rodríguez Devesa José María. Derecho Penal Español. Parte General. Pág. 36. Editorial Dykinson. Madrid 1985.

seguridad como consecuencia jurídica".
(6).

Como podemos observar, la definición de Derecho Penal Subjetivo, pone énfasis fundamentalmente en la facultad que tiene el Estado como ente jurídico, para establecer si una conducta es o no merecedora de una sanción; es decir que el derecho de castigar determinadas conductas definidas previamente como antijurídicas, es ejercido por el Estado con exclusividad, la que se concretiza con el Derecho Penal Objetivo.

Habiendo comprendido lo que es el Derecho Penal subjetivo y el Derecho Penal objetivo, citaré algunas definiciones de lo que es si la ciencia del Derecho Penal.

Hans-Heinrich Jescheck señala:

"La Ciencia del Derecho Penal se ocupa del Derecho Penal material, del Derecho Procesal Penal y del Derecho de ejecución de la pena". (7).

Eugenio Raúl Zaffaroni lo define de la siguiente manera:

"Conjunto de normas jurídicas que prohíben la comisión de delitos asociando a estos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica".

(6) Ibidem.

(7) Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Pág. 57. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona 1978.

(8).

Para Carlos Creus, el derecho penal es:

"Conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas". (9).

1.1. Derecho Penal Sustantivo (también denominado derecho material).

1.1.1. Concepto:

Se refiere a la sustancia del derecho penal o sea las normas que regulan el delito, la pena y las medidas de seguridad.

Jescheck señala que:

"El derecho penal material regula los presupuestos de la pena y de aplicación de las medidas en general" (10).

El Derecho penal material o sustantivo lo encontramos regulado en nuestra legislación en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, y otras leyes penales especiales.

(8). Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Pág. 7. Buenos Aires. Ediar 1983.

(9). Creus Carlos. Derecho Penal. Parte General. Pág. 4. Editorial Astrea. 1990.

(10). Jescheck Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 23. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1978.

1.1.2. La sanción penal:

a) Teoría de la pena.

Se hace necesario estudiar la teoría de la pena por cuanto que una de las mayores afectaciones al principio Non Bis In Idem, lo constituyen las agravantes de la reincidencia y la habitualidad, ya que al dictarsele sentencia a un sujeto sobre un nuevo delito, se le está penando no solo por el nuevo delito, sino también por el anterior, por el que ya ha sido penado.

El aspecto fundamental que caracteriza al derecho penal lo constituye la pena, que se haya prevista en nuestra legislación como una de las consecuencias jurídicas de que se realice una conducta considerada como delito, la que supone una privación de bienes jurídicos en la persona responsable del mismo, persiguiendo con su imposición la prevención de delitos.

Santiago Mir Puig, señala que la pena es:

"La privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por sentimiento social medio de seguridad jurídica y que tiene por objeto resocializarle, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados (11).

(11). Mir Puig Santiago, Derecho Penal. Parte general. Pag. 77. Edita PPU Promociones Publicaciones Universitarias, S. A. 1985.

Enrique Cury Urzúa, señala que la pena es:

"Un mal consistente en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos que ha de imponerse a quien ha cometido culpablemente un injusto de aquellos que la ley amenaza expresamente con ella para evitar, hasta donde sea posible, su proliferación, y asegurar así las condiciones elementales de convivencia". (12)

Para el Prof. Hans-Heinrich Jescheck es:

"La compensación de una violación del derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad que expresa la reprobación pública del hecho y consigue de este modo la afirmación del derecho". (13).

De las definiciones anteriores, deduzco que la pena es una consecuencia jurídica prevista por la ley que consiste en la privación de bienes jurídicos, impuesta en nombre del Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes, al responsable de un ilícito.

a.1. Naturaleza y fines de

la pena:

La naturaleza de la pena es pública, esto en virtud del

(12). Cury Urzúa Enrique. Derecho Penal. Parte general. Pág. 41. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1988.

(13) Jescheck Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Pág. 18. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona.

los puniendi, por cuanto que la creación, imposición y ejecución de las mismas, le corresponde al Estado.

Los fines de la pena son de naturaleza retributiva y utilitaria. La forma en que se han estudiado los fines de la pena, es a través de tres teorías, siendo éstas, la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial y la teoría de la prevención general.

Teoría de la Retribución.

El fundamento de esta teoría es la justicia, de manera que el autor de un delito debe sufrir un mal que que ha causado y no le atribuye a la pena ninguna utilidad social como las teorías de la prevención que veremos más adelante.

El contenido esencial de esta teoría, está plasmado en el pensamiento de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea Kant y Hegel.

Para Kant, citado por Juan Bustos Ramirez, la pena es:

"La retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento. Es por ello que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre

este (14).

Para Hegel, citado por el mismo autor, la pena es:

"La negación de la negación del derecho
(constituida por el delito" (15).

Y añade Bustos Ramírez que:

"Cumple entonces solo un papel restaurador
o retributivo y, por tanto, según sea el
quantum o intensidad de la negación del
derecho así también será el quantum o
intensidad de la negación que es la pena"
(16).

Al decir negación de la negación del derecho, entiendo
que si la voluntad general resulta negada por la voluntad del
delincuente, se niega esa negación a través del castigo penal
para que así surja otra vez la voluntad general.

Teoría de la Prevención General:

Es una intimidación dirigida a todos los ciudadanos, de
manera que no cometan un delito. Ha sido sustentada por
Bentham, Feuerbach y por Filangieri.

Antón Oneca, citado por Juan Bustos Ramírez señala que
es:

(14). Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal.
Parte General. Editorial Ariel, S.A. 1989. Pag. 21.

(15). Ibidem.

(16) Ibidem.

"Una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir" (17).

Feuerbach, citado por Eugenio Raúl Zaffaroni, señala:

"La pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan, esto, opera como "coacción psicológica" en el momento abstracto de la incriminación legal" (18).

Para Bentham:

"La pena debe ser útil, en forma general, por eso el fin de la pena es prevención general" (19).

Teoría de la Prevención especial:

Esta teoría no se dirige a la colectividad como la anterior sino que a un sujeto que ya ha delinquido y que tiene por objeto prevenir que se cometan nuevos delitos, la que opera en el momento de la ejecución de la pena.

Quien mejor desarrolla esta teoría es Von Liszt, citado por Zaffaroni y establece que:

"La función de la pena, es, pues, la prevención especial, por medio de la intimidación del delincuente, no de la

(17). Ibidem. Pág. 23.

(18). Zaffaroni Raúl Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Pág. 41. Buenos Aires. Ediar 1983.

(19). Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal. Parte general. Pág. 23. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1989.

colectividad), la corrección y la innocuización...El objetivo a que ello debía llevar era la protección de bienes jurídicos" (20).

a.2. Características:

Las características más importantes que distinguen a la pena desde el punto de vista del Derecho Penal son las siguientes:

a) Es un castigo: Significa un sufrimiento para el condenado, ya que constituye una privación o restricción de bienes jurídicos (vida a través de la pena de muerte; libertad a través de la prisión; propiedad (multa); honor (inhabilitaciones).

b) Es de naturaleza pública: En virtud del jus puniendi es al Estado a quien le corresponde con exclusividad señalar, imponer y ejecutar la pena.

c) Es una consecuencia jurídica: La pena ha de imponerse como consecuencia de un delito cometido, la que tiene que preceder al hecho delictivo en virtud del principio *Nullum poena sine lege* que establece que "no se impondrá pena alguna

(20). Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Ediar 1985. Buenos Aires.

si la ley no la hubiere fijado con anterioridad", establecido en nuestro Código Procesal Penal (21).

d) Debe ser personal. La pena debe sufrirla el condenado, no puede castigarse a una persona diferente de la que cometió el delito, cualquiera que sea el género de relaciones que tengan con él. No es transmisible. Esta característica esta consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que:

"La pena no puede trascender de la persona del delincuente". (22).

e) Debe estar determinada: La pena debe estar determinada en la ley penal y no se le puede imponer al condenado una pena mayor que la señalada para el ilícito penal.

f) Debe ser proporcionada: La pena debe fijarse en proporción a la naturaleza y gravedad del delito.

g) Debe ser flexible: Para tal efecto, nuestro Código Penal establece que:

"El Juez o tribunal determinará en la

(21). Art. 1 Código Procesal Penal. Dto. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

(22). Art. 5 numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito...(23).

h) Es una retribución: Si se comete un delito, debe imponerse un castigo, para así realizar la justicia.

a.3. Clasificación:

En cuanto a la clasificación de las penas, nuestro código penal, las clasifica en penas principales que se imponen por sí solas y penas accesorias que van asociadas a una pena principal. Dentro de las penas principales se señalan: La de muerte, la de prisión, el arresto y la multa. Arts. 41, 43, 44, 45, 52; y dentro de las accesorias Inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen. Me parece innecesario explicar cada una de estas, ya que aparecen muy bien explicadas en dichos artículos.

b) Medidas de Seguridad:

Se hace necesario asimismo estudiar las medidas de

(23). Art. 65 Código Penal. Dto. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

seguridad ya que uno de los medios para aplicarlas son los estados peligrosos y dentro de estos la habitualidad.

En nuestra legislación penal impera un sistema doble de consecuencias jurídicas, contrario al sistema monista - imposición de una sanción única- y ambas se imponen como consecuencia de una conducta típicamente antijurídica y culpable según nuestra legislación, pero la pena se apoya en la culpabilidad y las medidas de seguridad en la peligrosidad -que obliga a seleccionar la medida de seguridad adecuada y con las modalidades de ejecución adecuadas- buscando un régimen preventivo distinto de las penas.

En nuestra legislación y en otras legislaciones, las medidas de seguridad son un complemento a las penas cuando éstas no se ajustan a la misión preventiva del Derecho Penal, ya sea porque su duración no sea suficiente para garantizarla o porque sea necesario un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente que durante el tiempo de cumplimiento de la condena no pueda realizarse o porque no se pueda imponer, caso de los inimputables; entonces ésta debe ser completada con medidas, con la finalidad de combatir con vistas al futuro la peligrosidad del delincuente. De tal manera que, podemos decir que se da la existencia de un sistema dualista que prevé penas y medidas de seguridad.

La creación de las medidas de seguridad se le atribuye a la Escuela Positiva, considerando que fué una de las grandes reformas al Derecho Penal, superando los postulados de la Escuela Clasica que consideraba a la pena como la unica consecuencia del delito. Carlos Stoops en 1894 en el Anteproyecto de Código Penal suizo propuso un sistema doble de consecuencias juridicas, o sea que junto a las penas tambien se previeron medidas de seguridad.

b.1.) Definición:

Franz Von Liszt señala que las medidas de seguridad son:

"Todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptacion del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales), o la eliminacion de los inadaptables a la sociedad (medidas de proteccion o de seguridad, en sentido estricto) (24).

Para Enrique Bacigalupo son:

"Medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideracion al grado de responsabilidad individual". (25).

José Francisco de Mata Vela y Héctor Anibal de León Velasco, las definen como:

(24). Von Liszt Franz. Tratado de Derecho Penal. Pág. 197. Tomo tercero, tercera edición. Instituto Editorial Reus, Madrid. Pag. 197.

(25). Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial Temis, S.A. Colombia 1994.

"Medios de defensa social utilizados por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes, que tienen por objeto la prevención del delito y la rehabilitación de sujetos con probabilidades de delinquir (peligrosos sociales o peligrosos criminales)". (26).

De las definiciones anteriores puedo deducir, que las medidas de seguridad son: Aquellas restricciones de bienes jurídicos aplicadas por los órganos jurisdiccionales en sentencia condenatoria o absolutoria a una persona que se considera peligrosa con el objeto de que no vuelva a delinquir y lograr así, su respectiva rehabilitación.

b.2.) Naturaleza jurídica:

Este tema ha sido motivo de discusiones dentro del Derecho Penal, ya que algunos señalan que las medidas de seguridad deben ser de naturaleza administrativa y otros de naturaleza judicial, que es la que sigue nuestro código penal.

Se señala que las medidas de seguridad pertenecen al Derecho administrativo porque la pena es un castigo propia del Derecho penal y estas no representan un castigo, no persiguen fines retributivos, porque se aplican a sujetos que

(26). De León Velasco Héctor Anibal y De Mata Vela José Francisco. Curso de Derecho Penal guatemalteco. Pág. 273. Edi-art impresos 1,987.

no han infringido la ley, o si lo han hecho no pueden ser responsables por sus actos. No por el hecho de estar señaladas por el Código Penal y aplicadas por los órganos jurisdiccionales en forma discrecional y revocable, son penales.

Quienes señalan que son de naturaleza penal, argumentan que éstas surgieron como una necesidad del Derecho Penal, para aquellos sujetos que habiendo delinquido, no se les puede aplicar la ley. Por lo tanto al separarlas del Derecho Penal se desvirtúa su doble finalidad de prevención del delito y rehabilitación del delincuente. Es la tesis que predomina.

b.3.) Clasificación legal:

Las medidas de seguridad establecidas en nuestro código penal son las siguientes: 1o. Internamiento en establecimiento psiquiátrico; 2o. Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo; 3o. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial; 4o. Libertad vigilada; 5o. Prohibición de residir en lugar determinado; 6o. Prohibición de concurrir a determinados lugares; 7o. Caución de buena conducta.

De esta clasificación, las podemos dividir en Medidas de seguridad privativas de libertad, medidas restrictivas de

respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto....".

e) Aplicación posdelictual:

Esto se deduce del artículo 86 que señala:

"Las medidas de seguridad previstas en este título, sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta".

Un punto que se discute en la doctrina es de que si el Derecho Penal al contener las medidas de seguridad ha de abarcar las posdelictuales y las predelictuales.

Posdelictuales: Son las que se aplican con posterioridad al delito y que se fundamentan en base a la peligrosidad del sujeto. Baumann y Welsel citados por Juan Bustos Ramírez, están de acuerdo en que éstas deben incluirse dentro del Derecho Penal y al respecto señalan:

"El presupuesto necesario para la pena y la medida de seguridad posdelictual es la existencia de un hecho injusto, esto es, que participe de las características de tipicidad y antijuridicidad; por ello es que en virtud de este presupuesto común y básico (y porque ambas afectan los derechos del individuo), aunque se reconozca que no se puede decir lo mismo respecto de la culpabilidad, ya que las medidas posdelictuales no se fundamentarían en ella, sino sobre la

peligrosidad". (27)

Conforme a nuestra legislación únicamente están incluidas las medidas de seguridad posdelictuales, las que son aplicables a los inimputables así como a los delincuentes peligrosos en base a comportamientos anteriores, configuración que en el Derecho Penal ha recibido la denominación de sistema dualista o de doble vía, el que tiende a suprimirse con miras a una revisión progresiva en la que se dejen medidas de seguridad únicamente para los inimputables, las que deben quedar fuera del derecho penal y con un carácter puramente administrativo.

Predelictuales: Se fundamentan en la peligrosidad del sujeto, pero sin delito. No se apoyan en el presupuesto fundamental de la previa comisión de un hecho antijurídico, lo que implica una violación al principio de legalidad.

Todas las figuras abstractas de delitos contenidas en la ley están impuestas en relación a un bien jurídico tutelado y en concreto se imponen si estas se infringen.

Al respecto Juan Bustos Ramírez señala:

"Pero en verdad las medidas de seguridad predelictuales atacan, por su

(27). Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal. Parte general. Página 6. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1989.

arbitrariedad, no sólo los fundamentos del derecho penal, sino las bases mismas de un Estado de derecho, ya que se basan exclusivamente sobre una presunta peligrosidad del sujeto, conforme al cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales. Se trata pues de una intervención intolerable del Estado sobre el individuo, ya que se basa en sus características personales, provocando una discriminación entre los ciudadanos". (28).

Implantar estas medidas en un código penal, significa una violación a sus principios rectores y a la Constitución.

b.5. Análisis crítico:

En nuestra legislación, las medidas de seguridad son inoperantes, ya que se no dispone de la infraestructura necesaria para que se pueda cumplir con dicho fin y tampoco se cuenta con personal que estudie la personalidad del delincuente, presupuesto para que éstas se apliquen, porque si esta se estudiara, muchas personas de las que están cumpliendo penas en los centros carcelarios, estarían como en el caso de delincuentes habituales por el delito de violación, en un establecimiento de tratamiento especial, y no en un centro carcelario.

Debieran eliminarse estas medidas de seguridad,

(28). Ibidem. Pág. 7.

reservándolas únicamente para los inimputables mayores de edad, y tal es así que el Código Procesal Penal en el procedimiento específico de las medidas de seguridad se contemplan únicamente en este sentido: las que deben estar rodeadas de garantías y limitadas racionalmente, ya que también éstas comprometen bienes jurídicos del sujeto en mayor medida que la pena, pues el tratamiento médico psiquiátrico es susceptible de afectar la integridad psíquica del hombre. Si, en las penas se busca la racionalidad y la humanidad, con mayor razón lo habrá de requerir una consecuencia de un hecho de escasa entidad cometido por un inimputable a quien pueda privarse de libertad perpetuamente.

El Documento Final del Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos establece:

"Urge una legislación psiquiátrica ordenada y con garantías judicialmente controladas, adecuada a los Derechos Humanos. En esta legislación (y no en la ley penal), es donde debe hallar ubicación el tratamiento de una persona absuelta por inimputabilidad, cuyo estado lo requiera." (29).

Asimismo, debe establecerse un límite temporal para las

(29). Documento final del Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Página 49. Ediciones Depalma Buenos Aires 1986.

medidas de seguridad, también, límites materiales realizando tratamientos que no sean contrarios a la dignidad de la persona humana, no dejarlos librados al criterio arbitrario del Juez. A este respecto el Instituto Interamericano de Derechos Humanos propone:

"La única protección para todos consiste en una regulación jurídica que garantice un tratamiento óptimo conforme a los recursos terapéuticos, y respetuoso de la dignidad humana, para cualquier paciente psiquiátrico, sin distinguir entre los pacientes psiquiátricos absueltos por inimputables por la justicia y quienes nunca se hubiesen hallado en ese trance. La supervivencia de las "medidas" para inimputables en los códigos penales solo se justificaria coyunturalmente, como medio de evitar que el paciente psiquiátrico absuelto por inimputable reciba un tratamiento diferencial y lesivo a su salud, como resultado del prejuicio de la "peligrosidad". (30)

Y la recomendación que plantean es la siguiente:

"1. Fomentar la tendencia a eliminar las llamadas "medidas" para inimputables de la legislación penal, en relación con el establecimiento de una legislación psiquiátrica, rodeada de garantías, que no apele a distinciones formales que conlleven etiquetamiento de "peligroso" para cualquier paciente que hubiese sido absuelto por inimputable.

2. En tanto que las "medidas" para inimputables permanezcan en las leyes

(30). Ibidem. página 51.

penales, se limite su aplicación a personas que por su enfermedad requieran un tratamiento estricto y que hayan protagonizado hechos de gravedad.

3. La limitación temporal de las mismas a un período que no exceda del término medio de la pena que le hubiese correspondido a la persona en caso de ser imputable, sin perjuicio de que si permanece la enfermedad, pueda ser sometido a un régimen legal para enfermos mentales ordinarios.

4. La limitación material de las medidas para inimputables a tratamientos que no importen el deterioro del psiquismo o pérdida del tejido nervioso o peligro serio de los mismos, ni sensaciones dolorosas intensas.

5. La limitación de la internación a lo que sea necesario para el tratamiento de la persona, permitiendo que el juez concerte con la institución responsable del tratamiento las modalidades del mismo, conforme a la evolución del paciente.

6. Postular dichas limitaciones de lege ferenda como de lege lata, propugnando una interpretación doctrinaria jurisprudencial en tal sentido, integrando dogmáticamente la ley penal con los textos constitucionales e internacionales de mayor jerarquía.

7. Cuidar que el sentido de estas "medidas", en tanto permanezcan en la legislación penal, sea el procurar un adecuado tratamiento a la persona, poniéndola a cubierto de efectos de una arbitraria asignación de peligrosidad por parte de autoridades administrativas o sanitarias. (31).

El anteproyecto de Código penal elaborado por la

(31). Ibidem. Páginas 51-52.

Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia a través de Alberto Martín Binder presentado en marzo de 1991, establece con respecto a las medidas de seguridad aplicables a personas individuales lo siguiente:

"El régimen de medidas de seguridad ha sido profundamente transformado. El actual sistema de doble vía fundado en la vieja concepción peligrosista del positivismo criminológico es abosolutamente incompatible con la Constitución de 1985, que postula un derecho democrático, que respeta el principio de inocencia y se funda en la culpabilidad como principio rector.

Las medidas de seguridad para las personas físicas quedan reducidas a aquellos casos en los que el autor ha cometido un ilícito penal y es peligroso para sí o para terceros. Solo en esos casos es posible aplicar una medida de seguridad, para paliar esa situación de peligrosidad y en tanto ella dure. Se restringe, además, el concepto de peligrosidad y se acaban con las ficciones de peligrosidad (vagancia, por ejemplo) que son inaceptables en una sociedad moderna y democrática". (32)

1.1.3. Principios rectores del Derecho

Penal:

Como sabemos, en otras ramas del derecho, sino hay un precepto aplicable acudimos a la analogía y a

(32). Binder, Alberto Marín. Exposición de motivos. Anteproyecto de Código Penal para la República de Guatemala. 1991.

falta de ésta aplicamos los principios generales del derecho. En materia penal no hay analogía y la única fuente directa es la ley, esto porque en esta rama los principios rectores son al mismo tiempo Derechos Humanos y garantías constitucionales, es decir, ya son normas vigentes, tal es el caso del principio de personalidad de las penas.

José A. Sainz Cantero, señala como principios informadores del moderno Derecho Penal: El principio de intervención mínima; el principio de legalidad; el principio del hecho; el principio del bien jurídico; el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad y señala que:

"Son una serie de principios que configuran en definitiva la naturaleza y esencia del Derecho Penal de la actualidad" (33).

a) Intervención mínima:

Sáinz Cantero, señala al respecto:

"El Derecho Penal debe tener una intervención mínima en la organización y mantenimiento de las bases indispensables de la convivencia social" (34)

El principio de intervención mínima está integrado por

(33). Sáinz Cantero José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Pág. 36. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona 1985.

(34). Ibidem.

dos postulados:

a.1.) Ultima ratio: A1

respecto señala Sainz Cantero:

"Significa que el Derecho Penal sólo debe intervenir en la protección de bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico". (35).

Como sabemos, lo que justifica la intervención del Estado a través del Derecho Penal es la protección de la Sociedad, función que no está encomendada sólo al derecho penal, ya que el ordenamiento jurídico dispone de muchas otras formas de reacción distintas a la pena, correspondientes a otras ramas del derecho y por ello cuando éstas fracasan, el Derecho Penal, debe intervenir. Ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, mediante la pena, la más grave forma de reacción que el Estado posee para asegurar la convivencia humana en la sociedad. También se le denomina principio de subsidiaridad, ya que constituye un arma subsidiaria cuando ya se han agotado los medios menos lesivos. Un ejemplo de este principio, lo constituye, los artículos que se refieren al adulterio y concubinato, que fueron declarados

(35). Ibidem. Pág. 37.

inconstitucionales con fecha 7 de marzo de 1996; ya que si la rama del derecho civil resulta menos lesiva, no era necesaria la intervencion del derecho penal.

a.2.) Carácter fragmentario

del Derecho Penal:

"Significa que el Derecho Penal, solo debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad, y que a éstos solo debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables". (36)

De lo anterior se deduce, que el Derecho Penal va a intervenir en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, sacando de la ley penal figuras (despenalización) amenazadas con sanción penal, que como señala Sainz Cantero:

"No son más que ilícitos morales, civiles o administrativos que no deben tener cabida en el Derecho Penal"...Obliga también a incorporar conductas atentatorias contra bienes jurídicos fundamentales para la sociedad actual y que no aparecen en la ley penal vigente. La tutela penal del orden económico, de la Hacienda, del medio ambiente y del paisaje y la ordenación urbanística, esfera de intimidad individual, etc., están pidiendo un lugar en la legislación criminal". (37)

(36). Ibidem.

(37). Ibidem.

Por ejemplo, el incesto, que son cuestiones de moral que no merecen la tutela penal.

b) Legalidad:

La enunciación de este principio se debe a Johan Ritter Von Feuerbach, quien lo enunció en 1801 con la siguiente formulación latina: nulla poena sine lege (no hay pena sin ley), nulla poena sine crimen (no hay pena sin crimen), nullum crimen sine poena legalis (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal).

Sáinz Cantero, señala al respecto:

El principio de legalidad constituye uno de los resortes limitadores del derecho de castigar del Estado y una exigencia de seguridad jurídica (el destinatario de la ley conoce mediante el respeto al principio lo que no debe hacer -o debe hacer- y la pena que se le podrá aplicar si lo hace -o si no lo hace-) y de garantía individual (el ciudadano no puede verse sometido al castigo si no está previsto en una ley aprobada en un órgano legislativo por los representantes del pueblo). (38)

Son garantías del principio de legalidad: Una garantía criminal que exige que el delito se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege); una garantía penal que requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (nulla

(38). Ibidem. Pág. 28.

poena sine lege); una garantía jurisdiccional que exige la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y mediante un procedimiento legalmente establecido y por último la garantía de ejecución que requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

Tres son los aspectos que integran el enunciado del principio de legalidad:

a) Nulla Poena sine lege scripta: Significa que no hay pena sin ley escrita. Este es un rechazo a la costumbre como fuente del derecho penal e igualmente a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho, ya que por su generación no constituyen una suficiente garantía al ciudadano.

b) Nulla poena sine lege stricta (exigencia de taxatividad).

Como consecuencia de este enunciado se rechaza la analogía (someter bajo la norma penal un hecho que queda fuera de ella, apelando a su sentido o a la semejanza) como fuente creadora de delitos, asentándose el imperio de la ley e impidiendo que el juez se convierta en legislador, es un límite a la actividad judicial.

En nuestro país, si bien es cierto, que la analogía

está prohibida, la interpretación analógica que consiste en una interpretación extensiva de la ley penal, cuando el legislador se quedó corto en la exposición del precepto penal, si está permitida ya que lo que se pretende es interpretar la ley cuando el caso esta previsto.

Asimismo, se permite la analogia in bonam partem, es una interpretación analógica de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

c) Nulla poena sine lege previa. Implica la irretroactividad de la ley penal.

Significa que no se puede dar la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición; pero no se prohíbe la retroactividad de las leyes penales más favorables.

Esta prohibición contenida en el principio de legalidad, prohíbe una aplicación retroactiva de la ley penal, ya que las leyes penales, solo alcanzan los hechos cometidos después de su puesta en vigor.

Nuestro Código Penal, señala como excepciones a la irretroactividad de la ley penal, la retroactividad y la ultractividad. La retroactividad que consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se

haya dictado sentencia. La ultractividad, que consiste en aplicar una ley ya abrogada a un caso nacido bajo su vigencia.

También es importante mencionar el art. 3 del Código Penal que se refiere a las leyes excepcionales o temporales, ya que este artículo permite la aplicación ultractiva y retroactiva de la ley penal.

En nuestra legislación, el principio de legalidad aparece recogido en la Constitución, en el art. 17 que señala:

"No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley".

En el Código Procesal Penal, Dto. 51-92, aparece regulado en el art. 1 que señala:

"No hay pena sin ley (Nullum poena sine lege). No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 9 establece:

"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable..."

Y por último el artículo 34 del Código penal establece:

"Principio de Legalidad. No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal

que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley".

Estos artículos fijan la procedencia y preeminencia de la ley dentro del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no se puede aplicar la costumbre, ya que si el hecho no está comprendido como delito o falta por la ley, no constituye delito.

c) Del hecho:

De acuerdo a este principio, el Derecho Penal debe intervenir cuando se ha realizado un hecho tipificado penalmente. Por ejemplo, si una persona pretende darle muerte a otra, pero no realiza la acción, este pensamiento no constituye delito.

d) Del bien jurídico

Tal como lo he explicado anteriormente, lo que justifica la existencia del Derecho Penal, es la protección de la sociedad, protegiendo sus valores fundamentales. Estos valores fundamentales que se protegen, se denominan bienes jurídicos, por ejemplo la vida humana y la integridad de la persona, el honor, la libertad y la seguridad sexual, el orden jurídico familiar y el estado civil, el patrimonio, la seguridad colectiva, etc. Estos se convierten en bienes jurídicos, al ser incorporados dentro del orden jurídico. De

tal manera que unicamente deben sancionarse aquellos hechos que perjudiquen un bien juridico.

e) Culpabilidad:

Sáinz Cantero, concibe la culpabilidad como:

"Un juicio de reproche que se hace al autor por haberse comportado de modo contrario al Derecho, habiendo podido comportarse de acuerdo con él". (39).

El Profesor Dr. Hans-Heinrich Jeschek señala:

"El principio de culpabilidad significa, que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que pueda reprocharse el hecho a su autor." (40).

Para Enrique Curuy Urzua, la culpabilidad es:

"Reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante en que la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho" (41).

Para Ricardo C. Nuñez la culpabilidad es:

"La actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la

(39). Sáinz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Pág. 41. Tomo I. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1982.

(40). Hans-Heinrich Jeschek. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Pág. 30. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1981.

(41). Curuy Urzúa Enrique. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1988.

consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico. El reproche se funda: a) en la culpabilidad del autor para comportarse con arreglo a las exigencias del derecho penal (imputabilidad); b) en la conciencia del autor del significado de lo que hace y su voluntad de hacerlo (dolo) o en su falta de precaución (culpa), y c) en su libertad de decisión (inexistencia de coacción)" (42).

Los principios que se derivan de este principio son:

- a) Personalidad: Prohíbe castigar a alguien por un hecho ajeno.
- b) Responsabilidad por el hecho: Se debe castigar por el hecho delictivo, no el comportamiento del autor como en el caso de las medidas de seguridad en que se toma en cuenta la conducta anterior del infractor, por ejemplo ebriedad, vagancia, habitualidad, etc.
- c) Dolo o culpa: Que son las dos formas básicas del principio de culpabilidad. El dolo que es el propósito, la intención deliberada de ejecutar la acción típica y la culpa cuando se actúa con negligencia, imprudencia o impericia por parte del sujeto activo.
- d) Atribuibilidad normal, o de culpabilidad en sentido estricto: Señala que no se puede castigar con una pena al

(42). Nuñez Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte general. Pág. 219. Editora Cordova. 1981.

responsable de un delito, si este no alcanza determinadas condiciones psíquicas que permitan el acceso normal a la prohibición infringida. En nuestra legislación, es el caso los menores de edad y los enfermos mentales.

e) Proporcionalidad: La pena y la medida de seguridad deben corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto. Por ejemplo, en nuestra legislación se excluye la responsabilidad por minoridad apoyados en la presunción de que aun no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo al derecho; también se excluye por enfermedad mental y están asimismo las causas de inculpabilidad comprendiendo el miedo invencible, fuerza exterior, error, obediencia debida, omisión justificada.

CAPITULO II:

LA LEGISLACION PENAL Y EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

1. Principio Non Bis in Idem:

Dentro de las garantías básicas que rodean a las personas en un proceso penal tenemos el principio Non Bis In Idem, el que tiende a dar seguridad y a preservar la estabilidad del orden jurídico.

1.1. Historia:

Respecto a sus antecedentes Binder señala:

"En efecto la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica dispone: "Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de algún miembro". La Enmienda había sido precedida por cláusulas semejantes de las constituciones de los Estados confederados que, con la misma limitación, relativa a consecuencias penales graves o de manera general, "Nadie puede ser puesto dos veces en peligro por una misma infracción". (43)

A nivel latinoamericano, este principio ha sido admitido en todos los países unos lo han admitido con el nombre del principio y otros mediante la regulación de la cosa juzgada.

Nuestra legislación guatemalteca incluyó esta garantía en el Código Procesal Penal anterior, artículo 50, estableciendo:

(43). Binder Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Página 369. Ad-Hoc S.R.L. 1993.

"Un solo proceso (Non bis in idem). Promovido un proceso, no podrá iniciarse o seguirse otro sobre el mismo hecho. Nadie podrá ser procesado ni sancionado sino una sola vez por la misma infracción.

1.2. Concepto y definición:

Alberto Binder, señala al respecto:

"El Estado puede reaccionar mediante una sanción solamente una vez por el mismo hecho". (44)

Manuel Ossorio define este principio como:

"Principio de derecho con arreglo al cual nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por un mismo hecho delictivo o infracción; lo que no impide la revisión de la causa si después de la condena aparecieren hechos reveladores de la inexistencia del delito o de la inocencia del condenado". (45).

Es un principio que aparece regulado en muchas legislaciones:

Jescheck señala, que:

"El principio "non bis in idem" (art. 103) prohíbe expresamente que un mismo asunto sea tratado varias veces por los Tribunales de la República Federal Alemana". (46)

(44). Ibidem. Pág. 170.

(45). Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Pág. 488. Editorial Heliasta S.R.L.

(46). Jescheck Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Volumen II. Pág. 236. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1978.

Otro ejemplo, lo constituye el Código Procesal cubano, que en su artículo 1 establece:

"Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias..." (47).

La Constitución Política de la República, no incluye esta garantía, pero sí esta contenida en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que forman parte de la legislación de nuestro país. En particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), disponiendo como una garantía judicial en el artículo 8 # 4:

"El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

En nuestra legislación procesal, lo encontramos regulado en el artículo 17 que establece:

"Única persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:

1. Cuando la primera fué intentada ante un tribunal incompetente.
2. Cuando la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la misma.
3. Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados,

(47). Alfredo Velez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Pág. 124. Editorial Córdova. 1986.

según las reglas respectivas.

Significa, que salvo los casos expresamente señalados en el artículo citado no se puede someter a un segundo proceso a una persona por el mismo delito, ya que esto representa una doble condena o bien el riesgo de afrontarla.

La doctrina exige tres identidades en cuanto a los requisitos de este principio: En primer lugar se trata de la misma persona. En segundo lugar se debe tratar del mismo hecho. En tercer lugar, debe tratarse del mismo motivo de persecución.

En cuanto al primer requisito, un nuevo proceso resulta inadmisibile si va dirigido en contra de la misma persona.

Para el segundo requisito, significa que no se puede juzgar a una persona doblemente si los hechos son los mismos; por ello es necesario que se mantenga la estructura básica de la figura delictiva.

Y por último, el tercer requisito se refiere a que se debe perseguir a la persona por el mismo motivo.

Los efectos que se le asignan a este principio son:

- a) Imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. La única revisión posible es una revisión a favor del imputado.

- b) Excepción de litispendencia. El imputado debe

interponerla en cualquier etapa del proceso cuando sea sometido a dos procesos por el mismo hecho y por el mismo motivo.

1.3. Instituciones jurídicas que vulneran el principio Non Bis In Idem.

1.3.1. Reincidencia:

La reincidencia esta considerada en nuestra legislación como una agravante de la pena que tiene en cuenta la personalidad del responsable de un delito o una falta y que considero como una afectación al principio Non Bis In Idem. Pero previo a analizar en que consiste esa afectación, a grandes rasgos explicaré en que consiste ésta.

a). Antecedentes.

Se le conoce desde hace mucho tiempo. A la llamada especifica se le reconocen agravantes desde la antigüedad. Platón, citado por Enrique Cury Urzúa hace alusion a ella:

"Si se comprueba que el acusado ha ejercido una ocupación indigna en su propio hogar, manchando la casa paterna, será condenado a un año de prisión, obligandosele a apartarse de dicho tráfico; si reincide, la condena será de dos años y, en general, toda reincidencia llevará aparejada una condena siemore doble de la anterior".

(48)

La que se denomina genérica fué introducida en el Código Penal francés de 1810.

b.) Concepto:

Cabanellas señala que es:

"Repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad. (49)

Nuestro Código Penal en el artículo 28 inciso 24 establece:

"Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena".

De esta definición podemos deducir que basta la existencia de la condena anterior en sentencia ejecutoriada o sea que se haya dictado sentencia; y no se requiere el cumplimiento de la pena. Asimismo que la condena puede haber sido pronunciada por un tribunal guatemalteco o extranjero.

(48). Cury Urzúa Enrique. Derecho Penal parte general. Tomo II. Pág. 138. Santiago de Chile.

(49). Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. 20a Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1981.

En cuanto a los delitos se da la reincidencia específica y para el efecto transcribo el artículo 32 que señala:

"No existe reincidencia ni habitualidad entre delitos dolosos y culposos, entre delitos comunes y puramente militares, entre delitos comunes y políticos, entre delitos y faltas. En cuanto a delitos políticos, es facultativo de los jueces apreciar o no la reincidencia, atendidas las condiciones personales del responsable y las circunstancias especiales en que se cometió el hecho".

Significa entonces, que sólo habrá reincidencia cuando se trata de la misma clase de delitos.

c) Clases de Reincidencia:

a) Verdadera o propia: La condena anterior se ha cumplido y, consiguientemente, la pena impuesta en ella ha surtido sus efectos sobre el sujeto.

b) Ficta o impropia: La condena anterior no se ha cumplido.

c) Específica: Se requiere que los delitos cometidos sean de la misma especie que el que fué objeto de la condena anterior.

d) Genéricas: Las infracciones son de distinta naturaleza. Se da cuando el delincuente comete un delito de distinta clase que el anterior por el que fué ya juzgado y condenado.

La reincidencia se fundamenta en la repetición de conductas delictuales y es una circunstancia que perjudica la situación del reo y tiene varios efectos en nuestra legislación, entre otros, no se puede otorgar la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional el perdón judicial: es motivo de agravantes en varios delitos. En materia procesal, el artículo 18 establece:

"No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos intruidos contra reincidentes o delincuentes habituales..."

d) Prescripción

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 34, que se refiere a la reincidencia específica:

"Transcurridos diez años entre la perpetración de uno y otro delito no se tomará en cuenta la condena anterior. No se computará en este término, el tiempo en que el delincuente permanezca privado de libertad por detención preventiva o por la pena".

e) Incomunicabilidad de la

reincidencia:

El artículo 30 del Código Penal, señala al respecto:

"Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en factores o caracteres meramente personales del delincuente, o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido,

no se comunican a los codefincuentes. Las circunstancias atenuantes o agravantes que resulten de la ejecución material del hecho delictuoso o de los medios empleados para realizarlo, sólo se apreciarán respecto de aquellos partícipes que de ella tuvieron conocimiento antes o en el momento de la acción".

La agravación por reincidencia de un delito posterior, se considera una afectación al principio Non Bis In Idem, porque se le toma en cuenta a un sujeto, a la hora de dictar sentencia un delito sobre el cual ya fué juzgado, prácticamente se le hace responsable dos veces por un mismo delito.

Por ejemplo, la legislación colombiana, ante la violación de este y otros principios a los Derechos Humanos, resuelve en forma radical este problema eliminando toda referencia a delitos anteriores.

El Documento Final del Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, establece con respecto a la consecuencia de la declaración de reincidencia que son de tres tipos:

"En la mayoría de los países agrava o autoriza a aumentar la escala penal del segundo delito...; en otros opera como agravante genérica dentro de la escala del segundo delito (...Guatemala, 27...; en los menos autoriza la imposición de "medidas", además de la pena del segundo

delito...)" (50)

1.3.2. Habitualidad

Está contemplada dentro de nuestro código como una circunstancia agravante de la pena y también dentro de los índices de peligrosidad y que constituye una violación al principio Non Bis In Idem.

a) Concepto:

Para Antolisei, es:

"La condición personal del individuo que con su persistente actividad delictiva demuestra haber adquirido una considerable aptitud para cometer delitos." (51).

Cabanellas señala al respecto:

"Es circunstancia reveladora de peligrosidad extrema, por comprobar la permanencia en los impulsos antijurídicos que cuando, encuentra precedentes judiciales constituye las calificadas agravantes de reiteración, en lo delictivo genérico, y de reincidencia en tanto que especialidad transgresora" (52)

Nuestro Código Penal, señala en el artículo 27 numeral

(50). Página 180. Ediciones DePalma Buenos Aires. 1986.

(51). Antolisei Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte general. Pág. 473. 8a. edición. Bogotá Temis. 1988.

(52). Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Pág. 233. 20a Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1981.

24) al respecto lo siguiente:

"Se declarara delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por mas de dos delitos anteriores cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual sera sancionado con el doble de la pena".

De acuerdo a estos conceptos, puedo decir que las condiciones que fija la ley son las siguientes:

- a) Condena por mas de dos delitos anteriores.
- b) Que incurra en otro delito.

b) Efectos:

- a) Prohibición de la suspensión condicional de la pena. Art. 72.
- b) Prohibición de la libertad condicional. Artículo 78.
- c) Prohibición de otorgar el perdón judicial. Artículo 83.

En materia procesal, tal como lo señalé en la reincidencia, no se pueden otorgar medidas sustitutivas a los delincuentes habituales.

En cuanto a los delitos, al igual que en la reincidencia hay una habitualidad especifica.

En cuanto a las consecuencias, ademas de aplicarse la pena respectiva por el nuevo delito, se le duplica por los cometidos anteriormente y quedara sujeto a medidas de

seguridad, la que se pronunciará únicamente cuando se estime que la pena no ha logrado su función de readaptación.

c) Prescripción.

El artículo 34 ya transcrito cuando me referí a la reincidencia, señala que prescribe en diez años, ya que transcurrido este término, ya no podrá darse la habitualidad. Prescribe en favor del reo.

Constituye una violación al principio Non Bis In Idem, ya que al determinar la pena se tiene en cuenta la circunstancia agravante de la habitualidad, por lo que se le está penando al sujeto no solo por los delitos anteriores, sino también por el nuevo delito.

CAPITULO III

PARTE PROCESAL, NOCIONES GENERALES:

1) Derecho Procesal Penal.

Como lo he explicado anteriormente, el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal Penal, están íntimamente vinculados. Se complementan, ya que a través del Derecho Procesal Penal, se realiza el Derecho Penal Sustantivo, determinando los límites dentro de los cuales pueden intervenir los órganos encargados de la persecución penal.

1.1.) Características:

a) Es una rama del derecho público. Regula la función jurisdiccional del Estado, por intermedio de los órganos competentes. Además sus normas son de imperativo cumplimiento, ya que las partes no tienen disponibilidad sobre éstas.

b) Es un derecho formal o adjetivo. Regula la vía por medio de la cual se va a concretar el derecho penal sustantivo o de fondo, ya que sin éste la norma vive abstracta, no toma contacto con el caso concreto.

1.2.) Concepto:

Jorge R. Moras Mom señala al respecto:

"Es la rama del Derecho Público que

establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso como medio para la concreción del derecho sustancial en el caso particular" (53).

Para Hans-Heinrich Jescheck, el Derecho Procesal Penal es:

"El Conjunto de aquellos preceptos que son necesarios para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho Penal material. En él se incluyen las normas sobre estructura y organización de los Tribunales Penales, así como los preceptos sobre el proceso en que las acciones punibles son condenadas"(54).

En ambas definiciones, se habla, en primer lugar, de la organización de los órganos jurisdiccionales, que son los que van a conocer y aplicar la justicia y en segundo lugar de la organización del proceso, por cuanto que este es el medio usado para ello, con intervención de las partes, a través del cual se obtiene la certeza de la verdad en relación al hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas.

1.3. Sistemas procesales

Existen dos tipos fundamentales de proceso penal. El

(53). Moras Mon. Manual de Derecho Procesal Penal. Pág 12. Abeledo Perrot Buenos Aires. 1993.

(54). Jescheck Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Pág. 23. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1978.

inquisitivo y el Acusatorio. El primero, es un sistema, carente de garantías, propio de los gobiernos autoritarios y totalitarios, en el que la acusación y la función de juzgar se encuentran reunidas en el Juez, sistema que ha sido reemplazado por el sistema acusatorio, propio de un gobierno democrático en el cual se respetan las garantías individuales y las funciones de investigar y juzgar se encuentran separadas.

a) Acusatorio.

Fué el que dominó en el derecho antiguo. Este sistema se aplicó en la antigua Grecia y en Roma, durante la República y parte de la Edad Media hasta el siglo XIII (Derecho germano) que es reemplazado por la inquisición.

Se caracteriza por:

- a) Es de única instancia.
- b) La jurisdicción es ejercida por tribunales populares: Asambleas del pueblo que detentan directamente la soberanía o Jurados que representan al pueblo.
- c) La persecución penal le corresponde al ofendido, -acusador- y sin él y la imputación que se dirige hacia otra persona no existe el proceso. En Grecia y Roma esta era ejercida por cualquier ciudadano y en el Derecho Germano antiguo, le correspondía al ofendido.

- d) No se concibe el proceso, sino a instancia de parte. No hay actuación de oficio por el tribunal.
- e) El proceso se centra en la acusación, que en los delitos de acción pública puede ser ejercida por cualquier ciudadano y en los de acción privada por el ofendido.
- f) El acusado es un sujeto colocado en un marco de paridad de derechos con su acusador, situación que no varía hasta la condena.
- g) Las pruebas son aportadas únicamente por las partes, manteniendo los jueces una actitud pasiva, ya que no van en busca de la prueba.
- h) El proceso se limita al análisis de esas pruebas. Su valoración, al ser un tribunal no técnico, se hace mediante el sistema de íntima convicción, conforme al cual como señala Maier:
- "Los jueces deciden, votando sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar los fundamentos de su voto" (55).
- i) Todo el proceso es público, oral y continuo, y el juego en paridad de los derechos de las partes lo hace

(55). Maier Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Pág. 209. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1989.

contradictorio.

j) La sentencia que se dicta no admite recursos. Produce efectos de cosa juzgada, desconociéndose para esta el recurso de apelación.

k) Por la naturaleza y características de este tipo de sistema, por regla general, el acusado se mantiene en libertad hasta la condena definitiva, la privación de la libertad es una excepción.

b) Inquisitivo:

Este sistema fué adoptado por regímenes despóticos de la Roma Imperial y por los que existieron en la denominada baja edad media: sistema en el que las funciones procesales se concentran en una sola persona. Presenta las siguientes características:

a) El Monarca o el Príncipe es el depositario de la jurisdicción la que es delegada a jueces o magistrados permanentes que son sus representantes.

b) Existe en consecuencia la doble instancia, a la que se arriba por recursos interpuestos ante el Monarca o el Príncipe, cuando se hace necesario revisar los fallos de los funcionarios inferiores.

c) La acción puede ser promovida de oficio por el juez.

d) El juez investiga, dirige, acusa y juzga.

- e) El derecho de defensa del acusado es limitado en general y nulo en algunos casos; resulta ineficaz la defensa técnica ya que todo está preparado para la sentencia. El acusado ya no es un sujeto con derechos como en el acusatorio y para obtener la confesión del reo estaba autorizada la tortura.
- f) El procedimiento es totalmente escrito, ya que los resultados constan en actas y es el material sobre la base del cual se dicta el fallo; secreto y, por tanto, no contradictorio, no hay debate.
- g) La valoración de la prueba se hace mediante el sistema de la prueba legal, ya que la ley estipulaba las condiciones para tener por acreditado un hecho; lo que se trata es de averiguar la verdad formal, no histórica.
- h) El fallo es impugnabile, apareciendo la apelación como ulterior instancia ante el monarca, quien resuelve sin límites formales ni sustanciales. Aparecen en general los recursos contra la sentencia.
- i) La prisión preventiva y la incomunicación del acusado es una regla de aplicación permanente.

Con la entrada en vigor del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, aprobado el veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos, se introdujo un nuevo sistema procesal, que sigue los

lineamientos del sistema acusatorio, pero formal, con algunas variantes, adaptado al sistema moderno.

a) La jurisdicción penal es ejercida por jueces técnicos especialistas en derecho, hay jueces unipersonales y colegiados en donde hay tres jueces; se permiten las excusas y recusaciones.

b) La persecución penal por regla general, le corresponde a una institución auxiliar de la administración pública, Ministerio Público.

c) Se permite la doble instancia para revisar las resoluciones dictadas en primera instancia.

d) Hay libertad de prueba, se busca la verdad histórica y el sistema de valoración probatoria es la sana crítica racional.

1.4. Garantías y Principios procesales:

Alberto Binder Barzizza, define las garantías procesales como:

"El conjunto de derechos y facultades -previstos en la Constitución o en el Código Procesal Penal- que sirven para que los Derechos Humanos sean respetados durante el proceso penal (necesidad de un Juicio previo, inviolabilidad de la defensa, principio de inocencia, "nos bis in idem", etc.). (56).

(56). Binder Barzizza Alberto. El Proceso Penal. Ilanud Forcap San José, Costa Rica, 1991. Pág. 105.

César Ricardo Barrientos Pellecer, señala que los Principios procesales son:

"Los valores y postulados esenciales que guían al proceso penal y determinan su manera de ser como instrumento para realizar el derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas derivadas de los actos humanos tipificados en la ley como delitos o faltas. Son también criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal". (57).

Estos principios, son límites que tienen como objeto proteger a las personas que son sometidas a un proceso penal. Entre los mismos encontramos:

a) Juicio Previo y Debido proceso:

Significa que para dictar una sentencia, debe tramitarse un debido proceso con todas las formalidades requeridas por la ley. Este principio tiene rango constitucional y lo encontramos en el artículo 12; en el Código Procesal Penal lo encontramos en el artículo 4 y en la Ley del Organismo Judicial que contiene preceptos fundamentales que son las normas generales de aplicación, interpretación e

(57). Barrientos Pellecer César Ricardo. Curso básico sobre Derecho Procesal Penal guatemalteco. Página 122. Editorial Imprenta u Fotograbado Llerena, S.A. 1993.

integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

b) **Oficialidad:**

Significa que la persecución penal le corresponde al Ministerio Público, persiguiendo la realización de la justicia, auxiliándose de los funcionarios y agentes policiales, la que debe tener lugar de oficio. Mayer le denomina Monopolio persecutorio del Estado.

Este principio lo encontramos en el artículo 24 del Código Procesal Penal que establece:

"Acción pública (oficialidad). La acción penal corresponde al Ministerio Público. Sin perjuicio de la participación que este Código concede al agraviado, deberán ser perseguidos de oficio todos los delitos, con excepción de los siguientes:

1. Los perseguibles solo por instancia de parte.
2. Aquellos cuya persecución está condicionada a instancia particular o autorización estatal".

Constituyen entonces la excepción, tal como lo señala dicho artículo, los delitos de acción privada, la que es dejada a personas privadas facultadas por la ley para ejercer la persecución penal.

En el segundo caso, el comienzo de la persecución penal le corresponde a un particular, continuando la persecución penal oficial, o sea, a cargo del Ministerio Público.

De este principio se derivan el principio de estatalidad.

oficiosidad, legalidad y oportunidad.

b.1.) Estatalidad:

La Justicia Penal es competencia de los diferentes órganos estatales: Ministerio Público, Organos Jurisdiccionales y Policia.

b.2.) Oficiosidad:

El Estado, ante la comisión de un hecho ilícito, tiene que reaccionar en una forma espontánea para la defensa de la sociedad, haciendo que a través del órgano encargado de la persecución penal se vaya a ejercer la acción.

b.3.) Legalidad:

Obliga a la persecución penal ante la comisión de un hecho punible, con el objeto de aclarar la situación.

b.4.) Oportunidad:

Es una excepción al principio de legalidad, ya que no se admite la persecución de aquellos delitos cuya pena no exceda de dos años, asuntos de vagatela como le llama la doctrina.

c) Verdad real:

El proceso penal tiende a la averiguación de la verdad sustancial de los hechos. El Ministerio Público y el Juez tienen el deber de investigar la verdad real, objetiva y sustancial de los hechos sometidos a enjuiciamiento para dar base cierta a la justicia, no obstante la confesión del

imputado. Este principio se subdivide en los siguientes:

c.1.) Inmediación

Para conseguir el imperio de la verdad es necesario que los sujetos procesales reciban inmediata, directa y simultáneamente los medios de prueba que han de dar fundamento a la discusión y a la sentencia, y esto implica: El contacto directo del Juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión: el contacto directo de todos los sujetos procesales entre si en el momento de recibir esas pruebas y que todas las pruebas lleguen al ánimo del juzgador sin sufrir alteración alguna.

Como parte de la inmediación encontramos los siguientes principios:

c.1.1. Oralidad:

Es un medio de comunicación. Para que el principio de inmediación se pueda hacer efectivo con respecto al Juez que deba dictar la sentencia, es preciso que el juicio se realice oralmente, es la forma natural de esclarecer la verdad, de reproducir lógicamente el hecho delictuoso, de apreciar la condición de las personas que suministran tales elementos.

c.1.2.) Concentración-Continuidad:

Implica la reunión de las declaraciones de las partes, la

recepción de los medios de prueba y la decisión final en una sola audiencia, salvo taxativas excepciones en que se permite su suspensión por el término de diez días. Esto lo señala el artículo 360 del Código Procesal Penal.

c.1.3. Identidad del Juzgador:

Para que el principio de inmediación, pueda realizarse, es necesario, que la sentencia sea dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate, desde el comienzo hasta el fin, quienes recibieron la prueba que dará base a la sentencia.

c.2.) Publicidad:

Es otra característica que asegura el régimen más apto para descubrir la verdad. En la fase del juicio tiene mucha importancia, ya que éste debe ser realizado a puertas abiertas, cualquier ciudadano puede asistir a todo el desarrollo del juicio, la que solo se puede restringir en algunos casos excepcionales (para proteger el pudor de una persona, por ejemplo) expresamente previstos en la ley. El artículo 356 del Código Procesal Penal, señala los casos en que el tribunal puede resolver que el debate se realice a puertas cerradas.

c.3.) Investigación Judicial

autónoma

El juez penal es titular de una potestad de impulsión penal promovida la acción penal, independiente o autónoma de los poderes que correspondan al Fiscal o a las partes; puede ordenar aún de oficio, los actos necesarios para la marcha normal del proceso, sin necesidad de que éstos se lo requieran. Los artículos de nuestra legislación que tienen relación con este artículo son el 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 10 del Código Procesal Penal.

c.4.) Libertad de prueba.

Es un principio nuevo y significa que todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba, siempre que éste sea lícito, salvo las taxativas prohibiciones o limitaciones que la ley establezca, que siempre son excepcionales. Se relacionan con este principio los artículos 181 al 183 del Código Procesal Penal.

c.5.) Comunidad de la prueba:

El imperio general de la verdad real exige que los elementos de prueba introducidos en el proceso, incluso los propuestos u ofrecidos por el Ministerio Público y las partes

sean comunes a todos los sujetos de la relación procesal.

Quien ha intentado introducir o ha introducido un elemento probatorio, por lo tanto, no tiene poder alguno para evitar su valoración, mediante su renuncia. Esto sería contrario al principio que estamos examinando. Si la prueba ya fué ofrecida entonces tiene que recibirse porque ya se convirtió en carácter público.

c.6.) Sana Critica Racional:

Es el sistema que se introdujo con el cambio de sistema procesal, abandonando el sistema inquisitorio de la prueba legal o tasada. Razonada = decir que se le está o no dando valor a determinado medio de prueba. Deja al juez en libertad, siempre que funde su sentencia y razone lógicamente. Apreciar la prueba según la sana critica requiere conocimiento y experiencia, permitiendo llegar a la verdad material. Se relacionan con este principio los artículos 186 y 385 del Código Procesal Penal.

d) Independencia Judicial:

Binder señala al respecto:

"De acuerdo con este principio, los jueces, son, en cuanto al ejercicio de su función y para la aplicación del Derecho al caso concreto, independientes de todos

los demás poderes del Estado". (58)

Al decir independientes de todos los demás poderes del Estado, se refiere al poder Legislativo, Ejecutivo (independencia externa) y también a ninguna instancia interna dentro del poder Judicial (independencia interna). De tal manera que los jueces superiores no pueden influir en sus decisiones y un factor que puede poner en peligro esta independencia es que en nuestro país, los Jueces son nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Por último está la independencia burocrática o administrativa ya que el juez debe ser independiente respecto del personal administrativo que le rodea, evitando así la delegación de funciones, ya que esto le provoca dependencia.

Este es un principio que tiene rango constitucional, artículo 203:

"...Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución y a las leyes..."

e) Inocencia o de no culpabilidad:

Este principio, se explica con relación al imputado, que éste sea tratado como sujeto de una relación jurídico procesal

(56). Binder Alberto Martín. Introducción al derecho procesal penal. Página 145. Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires Argentina. 1993.

y no como mero objeto de persecucion procesal, vale decir como una persona inocente que es sometida a procesamiento por sospechase su culpabilidad y a quien se le deben dar las oportunidades necesarias para que se pueda oponer adecuadamente a la imputacion. Este Principio tiene relacion con los articulos 14 de la Constitución Política de la República y 14 del Código Procesal Penal.

De éste principio se desprenden 3 más:

e.1.) In dubio pro reo o favor rei:

El juez debiera favorecer al procesado en caso de duda. Una característica de este principio la constituye la "Reformatio in Peius: Cuando es el procesado el unico que impugna una resolución o el recurso se interpone en su favor, la decisión del Tribunal de mayor jerarquia no puede ser modificada ni revocada en perjuicio del reo.

e.2.) Favor libertatis:

Este principio señala que la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas cuando no se favorezca la libertad del imputado.

e.3.) Derecho al silencio:

El imputado no puede ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el

Juez o el Tribunal le advertira que puede o no responder con toda libertad a las preguntas, sin que sea tomada en su contra esta situacion. Tienen relacion con este principio, los articulos 16 de la Constitucion Politica de la Republica de Guatemala; 15 y 370 delCodigo Procesal Penal.

f) Inviolabilidad de la defensa:

Es el derecho intangible que tiene todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le realicen en el curso de un proceso penal. Las partes tienen el derecho de procurar adecuadamente que el tribunal admita o desestime las pretensiones sobre las que versa la relacion procesal; por lo tanto el imputado tiene derecho a poner de manifiesto la falta de fundamento o la exageracion de la pretension represiva, o sea, su inocencia o cualquier circunstancia que excluya o atenue la responsabilidad que pueda surgir de la conducta que se le atribuye.

f.1.) Intervención:

Las partes deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso para hacer valer sus derechos u oponerse a las pretensiones ejercidas en su contra. La intervencion del imputado es necesaria porque la justicia no se puede discernir sin su presencia, el tiene la obligacion de comparecer a toda citacion judicial, so pena de ser compelido por la fuerza

pública y hasta privado de su libertad. Los artículos 71 y 101 del Código Procesal Penal, tienen relación con este principio.

f.2.) Contradicción:

Tiene su origen en el sistema acusatorio. Las partes deben tener las siguientes oportunidades: Ser oídas por el Tribunal, durante el proceso, especialmente antes de la decisión jurisdiccional; provocar el ingreso al proceso de las pruebas pertinentes y útiles; controlar la actividad judicial o de la parte contraria; refutar los argumentos que puedan afectarlas, o sea, los que tiendan a demostrar su culpabilidad, o la falta de derecho de reclamar la indemnización que se persigue o su responsabilidad civil.

f.3. Imputación:

Es el señalamiento concreto del hecho en forma clara y precisa. La hace el Ministerio Público o el acusador. El imputado no podría defenderse si el Juicio penal no reposara en una acusación formal que describa el hecho delictuoso que se le atribuye. Nadie puede defenderse debidamente de algo que ignore. Se relaciona con este principio el artículo 332 del Código Procesal Penal.

f.4.) Intimación:

Es el acto procesal por medio del cual el órgano

jurisdiccional pone en conocimiento del imputado los términos de la imputación. Para que la defensa sea un elemento efectivo del proceso y el imputado pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad, u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación es necesario que ésta sea intimada, es decir, puesta en conocimiento de la persona contra la cual se dirige.

Al imputado y su defensor se les debe poner en conocimiento el objeto de la imputación, para que ellos puedan ejercer adecuada y razonablemente la actividad defensiva. Se da en forma provisional en la etapa de la investigación preparatoria, porque el hecho puede cambiar o puede no darse al final. En el momento en que va a declarar la intimación la hace el juez; y se da en forma definitiva, cuando vaya a comenzar el debate.

g) **Non Bis In Idem:**

Nadie puede ser perseguido más de una sola vez por el mismo hecho. Es la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. Según este principio el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces, por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva. Se relaciona con este principio el artículo 17 del Código Procesal Penal.

CONCLUSIONES

- 1) En Guatemala el Principio Non Bis In Idem se encuentra legalmente establecido en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, específicamente en el artículo 17 del Código Procesal Penal.

- 2) En materia penal se viola el principio Non Bis In Idem con las instituciones de la Reincidencia y la habitualidad, porque al fijar la pena se le juzga al sujeto no sólo por el nuevo delito sino también por el anterior y además se limitan un serie de beneficios penales por ser el reo reincidente o habitual.

- 3) En materia procesal la reincidencia y la habitualidad impiden el otorgamiento de medidas sustitutivas.

RECOMENDACIONES

1) Es necesario que se derogue o en su caso se modifique los institutos de la Reincidencia y la Habitualidad actualmente vigentes en nuestro país de acuerdo al Derecho Penal Moderno y se readecuen todos los efectos que de las circunstancias actuales tienen en materia procesal.

2) Que se derogue la prohibición de otorgar medidas sustitutivas como consecuencia de la reincidencia y la habitualidad.

BIBLIOGRAFIA

1. Antolisei Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte general. 8a. edición. Bogotá Temis. 1988.
2. Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial Temis, S.A. Colombia 1994.
3. Barrientos Pellecer César Ricardo. Curso básico sobre Derecho Procesal Penal guatemalteco. Editorial Imprenta u Fotograbado Llerena, S.A. 1993.
4. Binder Barzizza Alberto. El Proceso Penal. Ilanud Forcap San José, Costa Rica, 1991.
5. Binder Barzizza, Alberto Marín. Exposición de motivos. Anteproyecto de Código Penal para la República de Guatemala. 1991.
6. Binder Barzizza Alberto Martín. Introducción al derecho procesal penal. Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires Argentina. 1993.
7. Bustos Ramírez Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá Temis 1986.
8. Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1989.
9. Creus Carlos. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea. 1990.
10. Creus Carlos. Esquema de derecho penal. Parte general. Editorial Astrea. 1993.
11. Cuellar Linares Mario Enrique. Las medidas de seguridad en el Derecho Penal Moderno y su regulación en el proyecto de Código Penal guatemalteco de 1,991. Tesis de graduación 1,993. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

12. Cury Urzúa Enrique. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1988.
13. De León Velasco Héctor Anibal y De Mata Vela José Francisco. Curso de Derecho Penal guatemalteco. Edi-art impresos 1,987.
14. Documento final del Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ediciones Depalma Buenos Aires 1986.
15. Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona 1978.
16. Maier Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1989.
17. Mir Puig Santiago. Derecho Penal. Parte general.
18. Moras Mon. Manual de Derecho Procesal Penal. Abeledo Perrot Buenos Aires. 1993.
19. Nuñez Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editora Cordova. 1981.
20. Rodríguez Devesa José María. Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Dykinson, Madrid, 1985.
21. Sainz Cantero José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona 1985.
22. Sáinz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1982.
23. Von Liszt Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. 3ra. Edición. Instituto Editorial Reus, Madrid. Pag. 197.
24. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires. Ediar 1983.

Diccionarios:

- . Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomos I, IV, VI, VII, VIII. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. 1976.
- . Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI. Driskill, S.A. Buenos Aires. 1981.
- . Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1981 Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina.

Leyes consultadas:

- . Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.
- . Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
- . Código Procesal Penal. Decreto 52-73 del Congreso de la República.
- . Código Procesal Penal. Dto. 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- . Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- . Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República.