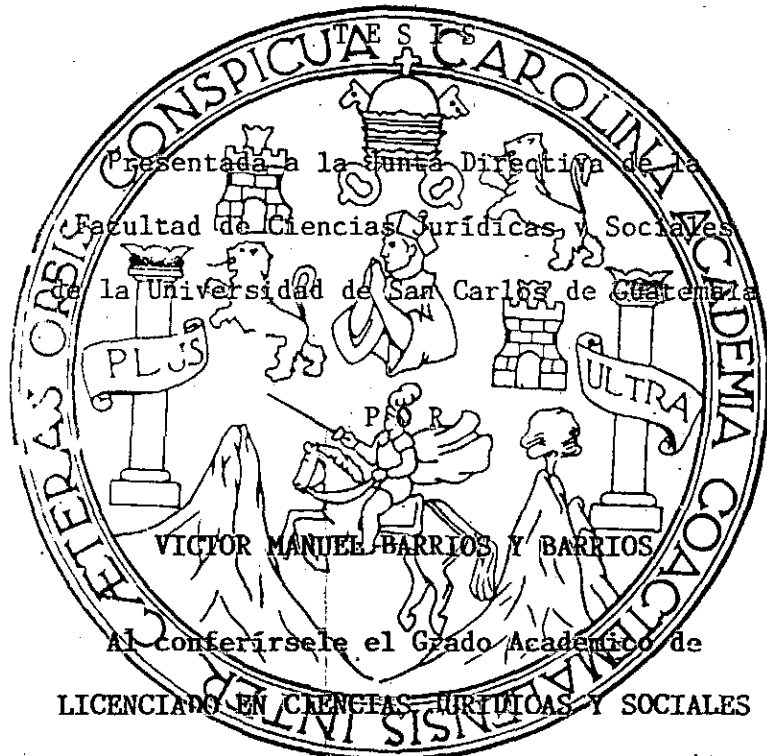


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

" LA SITUACION JURIDICO-SOCIAL DEL PRESO SIN CONDENA  
EN GUATEMALA "



v los títulos profesionales de  
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 1,993.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

DL  
04  
T(2812)

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

DECANO:	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL II	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Lidia Mercedes Velásquez Rodas
VOCAL V	Br. Edwin Noel Peláez Cordón
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN  
TECNICO PROFESIONAL

DECANO (en funciones)	Lic. Alfredo Bonatti Iazzari
EXAMINADOR	Lic. Luis Haroldo Ramírez Urbina
EXAMINADOR	Lic. José Roberto Mena Izeppi
EXAMINADOR	Lic. Roberto Samavoia
SECRETARIO	Dr. Tomás Baudilio Navarro Batres

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



LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA  
ABOGADO Y NOTARIO  
7A. AVE. 13-57, ZONA 1, II NIVEL 01001  
TELS: 517461 - 534754  
GUATEMALA, C.A.

4070-92

Ciudad de Guatemala, 23  
de Septiembre de 1,992.

Señor Licenciado:

Juan Francisco Flores Juárez  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales de la Universidad  
de San Carlos de Guatemala.  
Su Despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

1 OCT. 1992

RECORRIDO

Hora: \_\_\_\_\_  
OFICIAL: \_\_\_\_\_

Señor Decano:

Por este medio, atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que -  
tal y como me fuera encomendado, procedí a asesorar el trabajo de tesis del señor --  
Bachiller VICTOR MANUEL BARRIOS Y BARRIOS, en tal razón me permito hacer de-  
su conocimiento el presente,

D I C T A M E N :

El señor Bachiller Víctor Manuel Barrios y Barrios, candidato a la Licenciatura-  
y para que se discute en su examen, previo a otorgársele los Títulos de Abogado y-  
Notario, al seleccionar su trabajo de tesis considero que lo hizo sobre un tema no so-  
lo de trascendental importancia, sino sumamente delicado en cuanto al principio de-  
"Presunción de inocencia" en un Estado Democrático; es indudable que su experiencia  
de muchos años en el Organismo Judicial, aunado a su espíritu de investigación lo -  
llevó a escribir sobre "LA SITUACION JURIDICO-SOCIAL DEL PREDO SIN CONDE-  
NA EN GUATEMALA" nombre con el cual titula su trabajo.

Estimo que el trabajo es importante por abordar un tema que hoy día a la luz -  
de las tendencias modernas del Derecho Penal y Procesal Penal riñe con el respeto a -  
los derechos humanos del procesado o del sindicado de la comisión de un ilícito pé-  
nal que no se le ha comprobado, y resulta ser delicado siendo la prisión provisional -

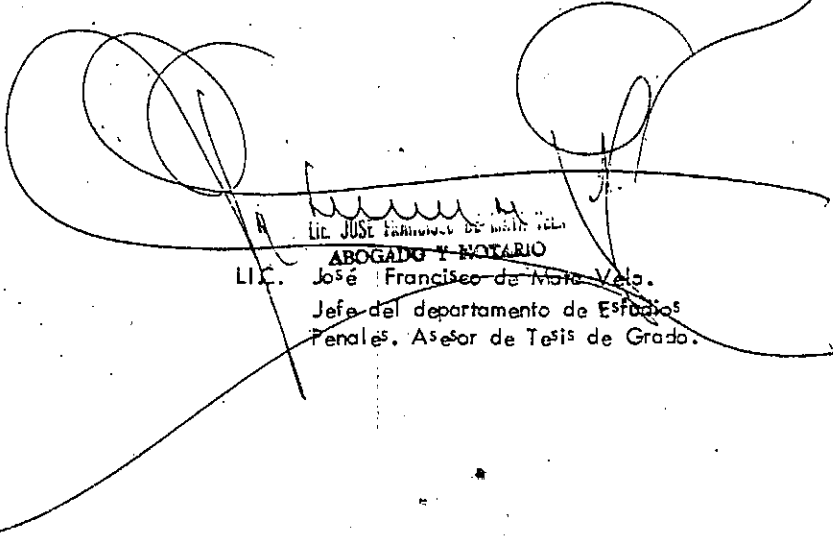
LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA  
ABOGADO Y NOTARIO  
7A. AVE. 13-57, ZONA 1, II NIVEL 01001  
TELS: 517461 - 534754  
GUATEMALA, C.A.



o prisión preventiva la regla general del sistema procesal penal mixto o mixto-inquisitivo, no sólo vulnera el principio de presunción de inocencia, sino es contrario a los principios del sistema procesal penal acusatorio propio de los países que aspiran vivir en democracia dentro de un Estado de derecho absoluto.

Luego de algunas modificaciones y algunas observaciones que fueron aceptadas de buena fe por el autor, el esfuerzo realizado opino llena los requisitos reglamentarios para servir de base al examen público correspondiente, por lo que debe ser aceptado.

Sin otro particular, con muestras de mi acostumbrado respeto, me suscribo del señor decano deferentemente,

  
Lic. JOSÉ FRANCISCO DE MATA VELA  
ABOGADO Y NOTARIO  
LIC. José Francisco de Mata Vela.  
Jefe del departamento de Estudios  
Penales. Asesor de Tesis de Grado.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES; Guatemala,  
la, octubre cinco, sée mil novecientos noventa y dos. \_\_\_\_\_

Atentamente pase al Licenciado CIPRIANO FRANCISCO SOTO TOBAR, para  
que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachiller VICTOR MA-  
NUEL BARRIOS Y BARRIOS y en su oportunidad emita el dictamen corres-  
pondiente. \_\_\_\_\_





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



Noviembre 9, 1992.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

Señor Decano:  
Licenciado Juan Francisco Flores Juárez  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Su Despacho.

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento de la resolución emitida por ese Decanato, he procedido a revisar el trabajo de tesis del estudiante VICTOR MANUEL BARRIOS Y BARRIOS, denominado "LA SITUACION JURIDICO SOCIAL DEL PRESO SIN CONDENA EN GUATEMALA".

El estudio que realiza el estudiante BARRIOS Y BARRIOS, sobre la situación jurídica de las personas a quienes se les ha dictado auto de prisión provisional es importante, ya que demuestra por un lado, el carácter cautelar de dicha institución y por el otro, destaca justificadamente el mantenimiento de los procesado sin condena, que es determinante en la violación del debido proceso y el legítimo derecho de libertad y por supuesto de los derechos humanos.

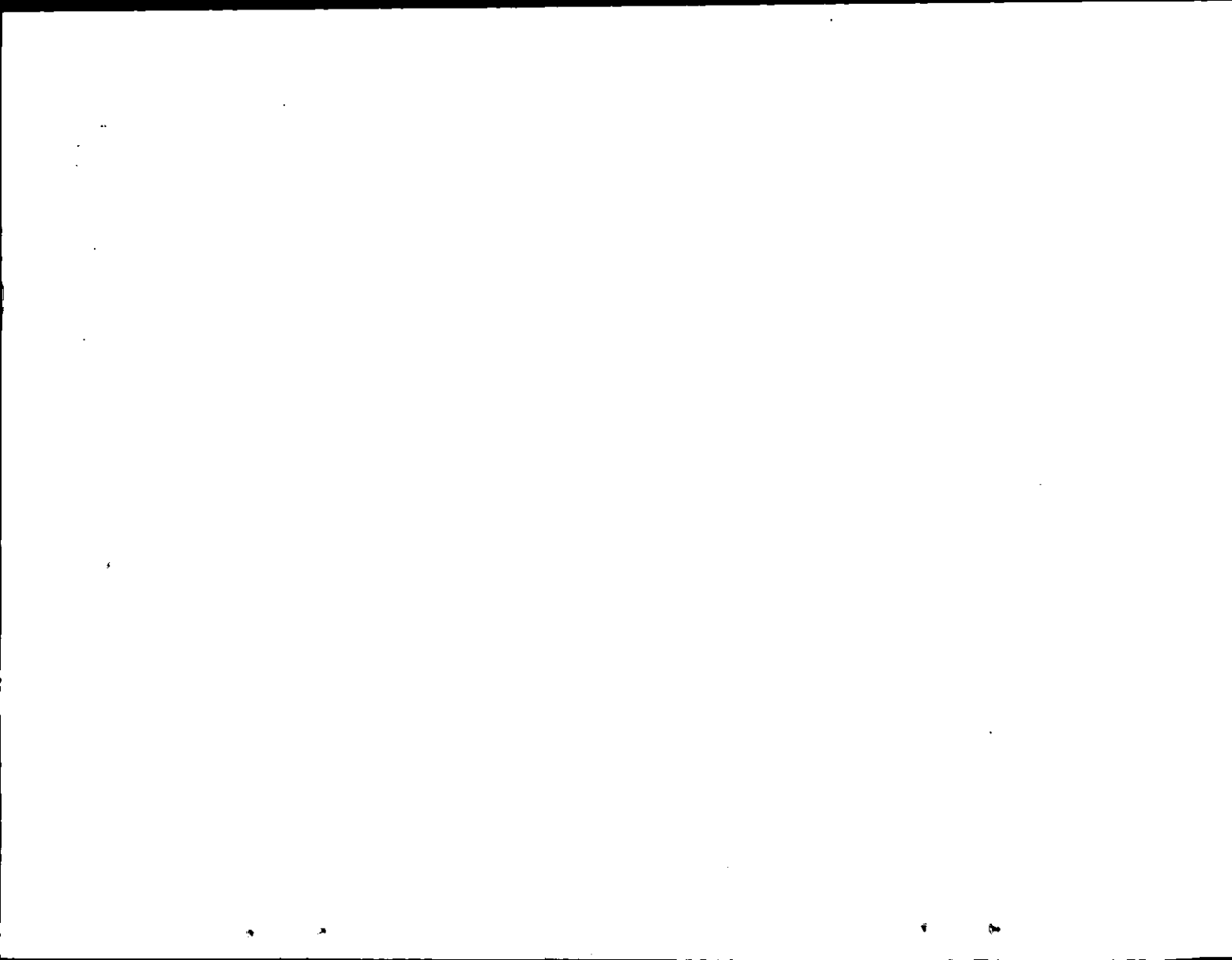
Expone en su análisis, la necesidad de legislar los sustitutivos procesales que de alguna manera hagan posible concretar el principio constitucional de la presunción de inocencia, mientras se ventila el proceso, concluyendo que, debe modificarse la legislación procesal penal para establecer en plenitud el carácter preciso de la institución aludida y hacer más ágil y cumplida la administración de justicia.

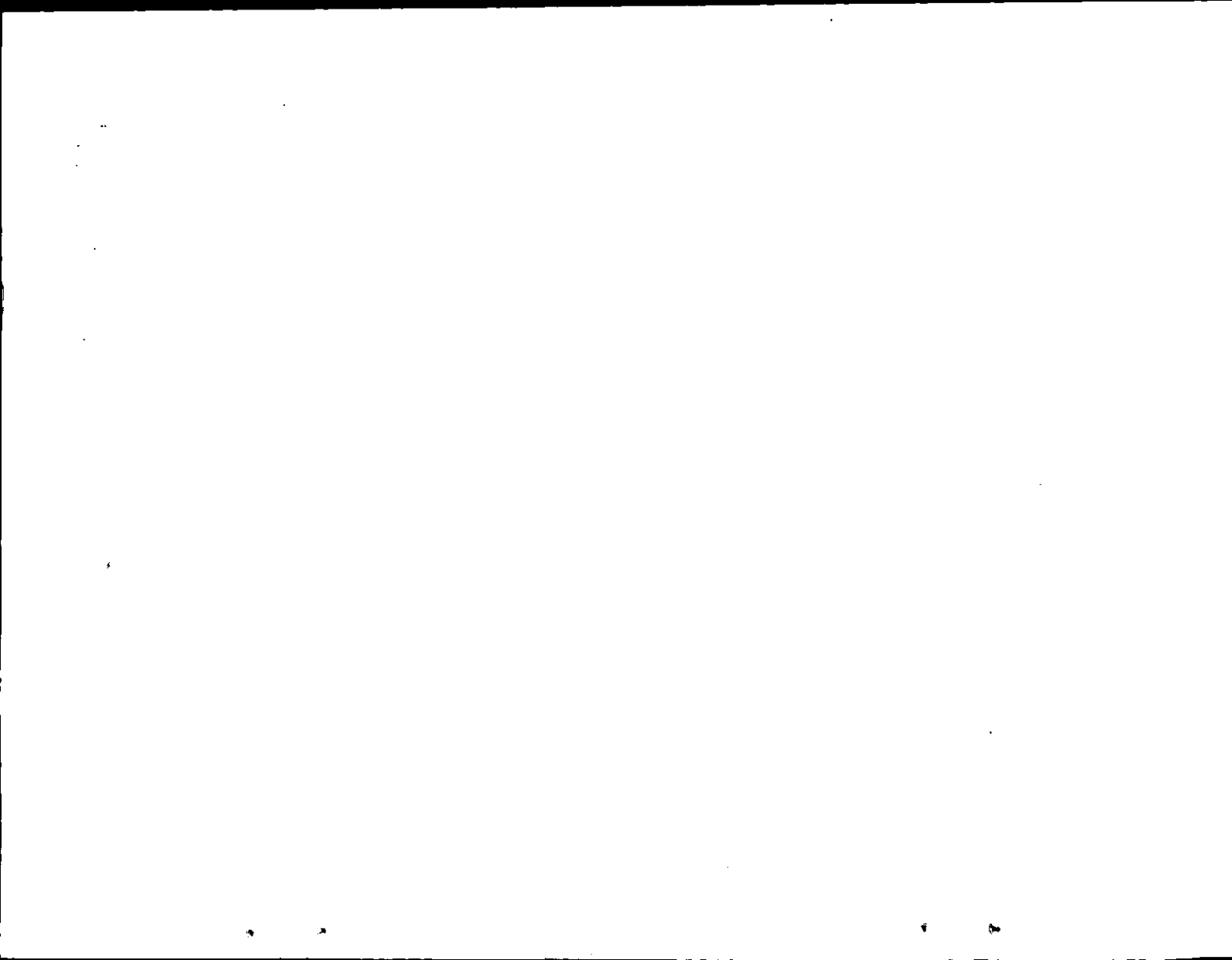
Al llenar los requisitos que exige la legislación universitaria, opino que el trabajo puede ser aceptado para su discusión y aprobación en el Examen General Público de Tesis.

Sin otro particular me suscribo de Usted,

Deferentemente,

Lic. Cipriano Francisco Soto Tobar  
Revisor







## ACTO QUE DEDICO

### A DIOS:

Ser Supremo que me brindó sus bendiciones para alcanzar este triunfo, porque él da la sabiduría y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia.

### A MIS PADRES:

MARIANO BARRIOS LOPEZ (Q.E.P.D.) y NATALIA BARRIOS MUÑOZ, que con su ejemplo me enseñaron a reconocer mis derechos y obligaciones, representando el derecho de los demás.

### A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, ESPECIALMENTE A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Fuente inagotable de sabiduría, misma que los profesionales debemos poner al servicio de Guatemala para que juntos hagamos de ella una nación verdaderamente libre y con justicia social.

A MI HERMANO: EDVIN HAROLDO BARRIOS: Quien deberá seguir mi ejemplo.

A MI FAMILIA EN GENERAL.

A TODOS MIS AMIGOS: Especialmente a Eduardo Antonio Coromac, Carlos Alberto Rodríguez Valladares, Otto Adolfo Zeissig Vásquez, Juan Ajó Batz y Mario Raúl García Morales.

## INDICE

### "LA SITUACION JURIDICO-SOCIAL DEL PRESO SIN CONDENA EN GUATEMALA"

PAGINA

#### INTRODUCCION

#### CAPITULO PRIMERO

##### 1. LA PENA DE PRISION

- A. Concepto 1
- B. Fines 2
- C. Teorías de la Pena 3

##### 2. LA PRISION PREVENTIVA

- A. Generalidades 9
- B. Concepto 10
- C. Naturaleza 11
- D. Fundamento 13
- E. Fines 15

#### CAPITULO SEGUNDO

##### 1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA LA APLICACION DE LA PENA

- A. Principio de Legalidad 19
- B. Juicio Previo 25
- C. Principio de Inocencia 30

D. Conclusión	37
<b>2. LIMITES CONSTITUCIONALES A LA PRISION PREVENTIVA</b>	
A. Presupuestos	39
B. Motivos	42
C. Limites Temporales	45
D. Tratamiento del Encarcelado	48
<b>CAPITULO TERCERO</b>	
<b>1. LA PRISION PREVENTIVA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL</b>	
<b>A. AUTO DE PRISION</b>	
A.1 Requisitos y Presupuestos	55
A.2 Formalidades	57
A.3 Recursos o medios de impugnación	68
<b>B. EXCARCELACION</b>	
B.1 Presupuestos	64
B.2 Limitaciones	67
B.3 Formalidades	69
<b>C. SUSTITUTIVOS A LA PRISION PREVENTIVA</b>	
C.1 Excarcelación Bajo Fianza	72
C.2 Libertad Bajo Caución Juratoria	74
C.3 Detención Domiciliaria	75

CAPITULO CUARTO

1. INCIDENCIAS SOCIALES DE LA PRISION PREVENTIVA EN LA JUSTICIA PENAL GUATEMALTECA	
81	
A. Investigación de Campo	83
B. Resultados	85
C. Análisis Jurídico	88
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFIA	95

## INTRODUCCION

Como nuestro país ha iniciado un nuevo régimen constitucional, se hace necesario que se promueva y defiendan los derechos humanos de los ciudadanos. En este tema nos referiremos a la situación jurídica y social del Preso SIN CONDENA en Guatemala. Se harán algunas observaciones de cómo los derechos del preso son violados y cuáles son las consecuencias de la prolongación de la prisión preventiva. Este tema nos interesó por la vivencia en los tribunales del ramo penal, pues la experiencia en este ramo, nos permite analizar la situación de los presos que tienen que pasar mucho tiempo en espera de una resolución definitiva de su situación y en su oportunidad lo analizaremos desde el punto de vista objetivo.

Nuestro país se ha caracterizado por tener regímenes dictatoriales, y en esa virtud nuestro sistema de justicia penal se ha perfilado como un sistema eminentemente represivo y las autoridades han adoptado un criterio, que por la misma debilidad e incapacidad de las fuerzas de seguridad para contrarrestar la delincuencia, y para justificar su trabajo, creen que llenando las cárceles públicas se resolverá el problema delincencial. Sin embargo esto viene a complicar el problema de los presos sin condena, de quienes están llenos los centros de detención, violando con ello el principio de inocencia.

Consideramos que el problema de la delincuencia, no se resolverá incrementando el número de agentes encargados de la seguridad nacional, ni porque se especialicen en otros países o que vengan especializados de otros países a entrenar a determinados cuerpos de policía. El problema delincencial en nuestro país es reflejo de un sistema que anda mal. Por lo tanto no es correcto ni justo que se tenga que encarcelar a mucha gente, con el pretexto de que es con el objeto de controlar la delincuencia y que por ello tengan que violarse los derechos humanos de quienes permanecen por mucho tiempo privados de su libertad esperando una sentencia.

En el presente trabajo señalaremos también cómo es que se violan los derechos humanos en la aplicación de la justicia penal, al no observarse las normas que garantizan la observancia de estos derechos. Nuestro sistema de justicia penal adolece de muchas deficiencias; sin embargo existen normas que al ser aplicadas se evitaría en parte la existencia de muchos presos sin condena. Promover y defender los derechos humanos, implica que los que imparten la justicia penal reciban una formación adecuada a efecto de que su actitud como tales sea de tal manera que no viole los derechos humanos de los detenidos, al negarles una excarcelación provisional, cuando ésta proceda. Su actitud no debe de ser justificativa de que se hace justicia, porque más bien con esta actitud complican el

problema de los presos sin condena, porque las consecuencias se trasladan al ámbito social.

Queremos con este trabajo, solamente hacer las observaciones objetivas para que en nuestro país, la justicia penal sea impartida de conformidad con los principios constitucionales y por sobre todo con la observancia de los derechos humanos para la consolidación de nuestro sistema democrático. Nuestra experiencia en los juzgados del ramo penal, nos permite hablar con claridad y objetividad sobre el tema. Hemos observado que en la mayoría de los casos, los que se encuentran privados de libertad sin que se haya dictado un fallo en su contra (los presos sin condena), son personas de escasos recursos económicos y que su defensa ha sido deficiente, por no tener medios para contratar a un profesional del derecho.

El preso SIN CONDENA, es en nuestro país un tema desconocido; pero como problema existente es algo que debe preocupar a las distintas autoridades y principalmente a quienes por mandatos constitucional, tienen a su cargo la promoción y defensa de los derechos humanos, porque hasta el momento nadie ha dicho nada sobre los derechos humanos de los detenidos preventivamente; y como lo analizaremos, al mantener a un detenido con una prolongada prisión preventiva, no sólo constituye una violación a normas constitucionales sino una violación a los derechos humanos de éstos, a quienes deberá considerárseles durante la tramitación del proceso, como un inocente y en consecuencia no puede ni debe permanecer preso por mucho tiempo sin habersele dictado una condena en su contra.

Este tema, ha sido también de suma preocupación para la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por lo que en los congresos V y VI de Naciones Unidas, sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, donde expresamente se recomienda la desinstitucionalización de la pena de prisión y el uso de formas alternativas a la misma. Como para nosotros la prisión preventiva en forma prolongada no es más que un castigo anticipado, propondremos en el presente trabajo la desinstitucionalización de la prisión preventiva a través de los sustitutos que trataremos. Al afirmar nosotros que la prisión preventiva es la institución que causa el mayor número de presos sin condena, por su adopción en forma generalizada, desnaturalizándose con ello los fines que ésta persigue como medida excepcional y cautelar.

Esperamos pues, que el presente trabajo sirva en parte a la formación de profesionales que pretenden internarse en el Derecho Penal para que en un futuro no lejano puedan coadyuvar a minimizar el porcentaje de los presos sin condena en nuestro país.

EL AUTOR

## CAPITULO PRIMERO

### 1.- LA PENA DE PRISION

#### A.- Concepto. La Pena Estatal

Según la Real Academia Española de la Lengua, define a la Pena como "Castigo impuesto al que ha cometido el delito o falta. Cuidado, aflicción o sentimiento interior grande. Dolor tormento o sentimiento corporal. La impuesta por los tribunales del Estado y que consiste en Privación de Libertad". El Diccionario Juridico de Cabanellas establece "Es la Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados. Dolor fisico. Pesar. Esfuerzo. Dificultad". (1)

Existen distintas posiciones doctrinales, que siguen diversas definiciones de la pena. Para Brocio y sus numerosos discípulos, "es un mal de pasión que la ley impone con un mal de acción".- Según Carrara, el vocablo PENA, posee tres distintas significaciones: La primera en sentido general, que expresa cualquier mal que causa dolor; la segunda en sentido especial y que designa un mal que sufrimos por razón de un hecho nuestro doloroso o imprudente; la tercera en sentido especialísimo, indica el mal que la autoridad civil impone a un reo por causa de su delito". Para Von Liszt, la pena consiste en el mal que el Juez inflinge al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor". Según Florián, la pena es un tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, quienquiera que haya cometido un delito o aparezca como socialmente peligroso". (2)

Conjunto de condiciones exteriores coactivas prestadas por el Estado para que el Derecho, que por él ha de hacerse efectivo, sea restaurado cuando se perturba por el delito" (Silveira). Para Enrique Cury Urzcía, la pena es sanción jurídica que se aplica a los delincuentes, como consecuencia de la comisión o del intento de comisión de delito. (3). Para Saldaña, "es un fenómeno de dolor necesario, como sentimiento de reacción contra el delincuente en defensa de la sociedad". Para Pessina, es un sufrimiento que recae por obra de la sociedad humana, sobre el declarado autor de un delito, como único medio de afirmar el Derecho; y justo dolor frente al injusto goce del delito". Para el Maestro Guillermo Alfonso Monzón Paz, "La Pena es el resultado de una acción punitiva del Estado como representante de los intereses de la clase dominante -y agrega- que la pena no es más que un derecho subjetivo del Estado para castigar a los delincuentes que están en

---

(1) Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo III. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina. Pag. 265

(2) IBIDEM

(3) Cury Urzcía Enrique. "Derecho Penal" Tomo II Edit. Juridica Chile. Pag.329

contra de los intereses de la clase dominante". (4). Para nosotros la pena no es más que la consecuencia jurídica de un acto ilícito cometido por una persona imputable y debidamente probado en un juicio establecido legalmente.

#### B.- Fines

Como fines de la pena, cada escuela Penal aporta una posición diversa y casi siempre muy dispar. Para la Escuela Clásica, la pena cumple una función expiatoria: se causa un mal al delincuente sólo porque este ha causado antes otro. Esta tendencia se denomina también absoluta, jurídica o de la justicia. Para la Escuela Positiva la Pena es un medio de defensa social, mediante la prevención general. Las teorías relativas o eclécticas asignan a la pena otros fines, pues tanto remedia el mal producido como previene otros delitos, ya provengan de la reincidencia del castigado o de la iniciación de los inocentes. Es decir que no solamente se pena porque se ha pecado, sino que también se pena para que no se peque. Junto a la justicia de lo primero se coloca la utilidad de lo segundo. Como modalidades de esa tendencia se hallan: La Escuela Correccionista que centra en la corrección o enmienda del delincuente la finalidad de la pena, lo cual requiere un repertorio muy variado de ellas, enorme flexibilidad en la aplicación judicial y una minuciosa comprobación de los efectos que el tratamiento punitivo surte en el delincuente penado; b) La Teoría de la Ejemplaridad o intimidación, que pretende, con la amenaza potencial que significa la inclusión de la pena en los códigos y con la eficacia constructiva de la condena aplicada a los infractores, retraer a los hombres de la perpetración de los delitos; c) La Teoría de la Reciprocidad, defendida por Fichte, que funda la pena en la relación recíproca entre la conducta criminal y la reacción social; d) La posición Vindicativa, patrocinada por Hume y otros autores, que destacan como fin principal de la pena, la venganza o vindicta pública, en sustitución de la reacción individual, sin otros límites ésta que los de la posibilidad y el rencor.

En la pena hay que distinguir dos aspectos diferentes, uno, es el referido a qué es la pena y el otro a la imposición de la pena. En cierto modo, uno referido a la razón en sí y otro a la razón práctica. En cuanto al primer aspecto, la pena no es sino autocomprobación ideológica del Estado; no es pues neutral, como no es neutral el estado. Mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente. Mediante la pena el Estado, al comprobar su vigencia ideológica, ejerce la función de protección de su sistema y por ende de los bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva, de las relaciones concretas que ha determinado. (5).

(4) Monzón Paz, Guillermo Alfonso. La Violencia Institucionalizada en Guatemala. Pag. 13

(5) Bustos Ramírez, Juan. Introducción al Derecho Penal. Edit. Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 1,986. Pag. 95



## C.- Teorías de la Pena

### C.1. Las Tesis de la Retribución.

La concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de RETRIBUCION EXIGIDA POR LA JUSTICIA, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Todo ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas.

Desde el punto de vista religioso, el cristianismo, como otras religiones, ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva. Así el mensaje de Pio XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal contenía el siguiente pasaje "Pero el Juez Supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la Retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer". Se parte de que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena. La fundamentación ética de la retribución más absoluta se debe al Filósofo Alemán Kant. Como, según este autor, el hombre es un "FIN EN SI MISMO" que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible, fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Sólo es admisible entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia; la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras.

La fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel, es más jurídica. Para este el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. En esta construcción la pena se concibe sólo como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores. (6) La concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en sus términos estrictos ni por la ciencia penal ni por las legislaciones, ya que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de realización de la justicia en sí misma.

---

(6) Bettiol, Giuseppe. Instituciones del derecho Penal y Procesal Penal, Bosch, Casa Editora, S.A. Urgel, 51 bis Barcelona-España. Pag. 146.

Es expresivo, en este sentido, el ejemplo de Maurach. Este autor se declaraba abiertamente favorable a una concepción retribucionista de la pena desvinculada de todo fin, quien defiende la idea de la retribución contra los ataques que le reprochan vacuidad de fines preventivos, afirmando que esta ausencia de fines utilitarios despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a los efectos propios de los fines de prevención, lo cual concuerda con las exigencias de la intimidación. Es decir la retribución es concebida aquí como el mejor modo de prevención. A Fegüerbach se le atribuye la paternidad de la Prevención General la que trataremos más adelante.

### LAS TEORIAS DE LA PREVENCION

Mientras que las teorías absolutas o de la Retribución parten, en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin que hayan de tomarse en consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales.

Se trata de una función utilitaria, que no se funda en postulados religiosos morales, o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración que la pena ES NECESARIA para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificará como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros; mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. (7)

Frente a las Teorías absolutas, las Teorías preventivistas reciben el nombre de "Teorías Relativas". Ello se debe a que a diferencia de la Justicia, que es absoluta; las necesidades de Prevención son relativas y circunstanciales. Común a todas las Teorías relativas es que atribuyen a la pena y al Derecho Penal la función de prevención de delitos; pero este punto de partida se concreta en forma muy distinta por las dos corrientes en que se bifurcan, sobre todo a partir de Feuerbach, iniciador de la doctrina penal alemana del siglo pasado: la doctrina de la PREVENCIÓN GENERAL Y LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

---

(7) Bustos Ramirez Juan. Introducción al Derecho Penal. Edit. Temis S.A. Bogotá Colombia 1,986 Pag.75

### A.- LA PREVENCIÓN GENERAL

El concepto de prevención general alude a la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad. Para Feürbach, en efecto la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Este aspecto opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la imputación legal. La ejecución de la pena solo tiene sentido en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal. (B)

En la actualidad se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinaria sostiene que esta prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa, sino también mediante la afirmación positiva del derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el derecho. Mientras que la prevención intimidatoria se llama también "Prevención General Negativa". El aspecto de afirmación del Derecho Penal se denomina "Prevención General Positiva" y también estabilizadora o integradora.

### B.- LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder del sujeto que ya ha delinquirido, la pena persigue según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, el momento de la comisión legal, sino en el de la ejecución de la pena.

La idea de la prevención especial o individual se extiende, sobre todo, a partir del último tercio del siglo XIX. Presentándose entonces como una alternativa más moderna que la prevención general, fue definida por distintas tendencias: el correccionalismo en España, la escuela positiva en Italia y la dirección moderna de Von Liszt en Alemania. Este autor consideró que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva; de allí su concepto de "PENAL FINAL". Este autor también presentó el siguiente programa político-criminal:

1. La pena correcta es decir, la justa, es la pena necesaria lo que se determina con arreglo a la prevención especial.
2. La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología.

(B) Bustos Ramírez Juan. Introducción al Derecho Penal. Edit. Temis S.A. Bogotá Colombia 1,986 Pag.76

a) frente al delincuente de ocasión necesitado de corrección, la pena constituye un "recordatorio" que le inhiba de ulteriores delitos.

b) Frente al delincuente no ocasional pero corregible, también llamado de "estado", porque en él, el carácter de delincuente constituye un estado de cierta permanencia, deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena;

c) Frente al Delincuente Habitual Incorregible, la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que pueda llegar a ser perpetuo. (9)

La función de la pena es pues, para Von Liszt la prevención especial, por medio de la INTIMIDACION del delincuente y no de la colectividad.

Tras este programa se halla una concepción del Derecho Penal como instrumento de lucha contra el delito, lucha dirigida a las causas del delito, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente. Sin embargo el optimismo de la prevención especial ha crecido en gran medida en los últimos años, sobre todo ante las dificultades teóricas y prácticas que suscita la meta de resocialización, principal esperanza que alentaba la fe en la prevención especial. (10)

La prevención especial no puede por sí sola, justificar el recurso a la pena, en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y finalmente en ocasiones no será lícita, y sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto; pero es indudable que la improcedencia de la prevención especial no ha de poder conducir a dejar sin castigo al delincuente. Si se admite esta cuestión, se seguirá que no basta la idea de la prevención especial para legitimar la pena.

Quien vea en la protección de bienes jurídicos la función del Derecho Penal y atribuye consecuentemente a la pena la misión de prevenir delitos, deberá admitir que en muchos casos contribuye a evitar delitos una configuración de las penas que tienda a impedir la recaída en el delito, en especial mediante un adecuado tratamiento resocializador. (11)

Es común a las distintas teorías eclécticas asignar al Derecho Penal la función de protección de la sociedad. A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se separan.

(9) Bettiol Giuseppe. "INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL. Bosch, Casa Editora, S.A. Barcelona España Pag.149

(10) Bustos Ramírez Juan. Introducción al Derecho Penal. Edit. Temis S.A. Bogotá Colombia 1,986 Pag.78

(11) Bustos Ramírez Juan. Op. Cit. Pag.79

Dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir dos grandes direcciones. Por una parte, quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena, conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución, cuestión que constituye una posición conservadora representada por el proyecto ministerial. Por otra parte, un sector progresista de la ciencia alemana invierte los términos de la relación "FUNDAMENTO DE LA PENA ES LA DEFENSA DE LA SOCIEDAD", y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido. A diferencia de la primera posición esta permitirá disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución.

Requiere una mención especial, la corriente doctrinal que combina de una forma peculiar los puntos de vista de las distintas teorías sobre la pena, asignándoles funciones diversas en los distintos momentos en que opera, desde su previsión en la ley, hasta su cumplimiento. Con esto se pretende superar el planteamiento dominante de las teorías eclécticas, consistentes a menudo en una mera yuxtaposición de los diferentes fines de la pena.

La finalidad de castigar, visto como fenómeno global, no podría ser otra que la prevención general, aunque entendida de modo realista, no como pretención de evitar todo delito, lo que es imposible, sino como medio de reducir la delincuencia a límites que hagan posible la convivencia normal. En este sentido, si es lícito castigar, sería por la absoluta necesidad que la sociedad tiene de la pena.

Esto último sirve de base para la cuestión del sentido de la pena en general, desde esta perspectiva no había otra respuesta que la necesidad de la pena para la convivencia social. Ello supone renunciar conscientemente a que la pena tenga sentido para el condenado, pues implica que no se le castiga en beneficio suyo sino en beneficio de la sociedad.

Viene a rechazarse con ello la pretención Kantiana de que el delincuente no pueda ser utilizado como medio en favor de la sociedad. Según Schmidamuser, este postulado se opone a la única posibilidad de concesión de sentido a la pena, su necesidad para la vida de la comunidad.

Lo anterior tiene valor para la teoría de la pena en general, pero para cada sujeto que interviene en la vida de la pena tiene esta un sentido especial: para el legislador, la pena sirve ante todo a la DEFENSA DE LA COLECTIVIDAD, aunque también debe tener en cuenta LA JUSTICIA en la fijación de las penas. Los órganos encargados de la persecución del delito deben cumplir la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales guiados por el principio de igualdad. El Juez

debe perseguir en primer lugar la pena JUSTA, teniendo en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas; pero dentro del marco de la pena justa debe considerar también la prevención especial, los funcionarios de prisiones habrán de otorgar a la ejecución de la pena, la finalidad de ayudar al condenado a aprovechar el tiempo en cumplimiento o al menos, si ello no es posible, la de prevención especial por medio de la RESOCIALIZACION; por último, la sociedad puede también encontrar en la pena ya cumplida el sentido de RECONCILIACION, que permita la aceptación del penado en su seno. (12)

En este aspecto, Roxin, se limita a centrar la problemática en las tres fases esenciales de la vida de la pena: la conminación legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde una respuesta distinta a la cuestión de la función de la pena; pero de tal modo que cada una de ellas se halla estrechamente relacionada con las anteriores. La formulación de Roxin recibe el nombre de "TERORIAS DIALECTICAS DE LA UNION", porque acentúan lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis.

En el primer momento de la comunicación legal no resulta suficiente ninguna posición tradicional: ni la retribución, la prevención general o especial dan respuesta a la cuestión de qué debe prohibir el legislador bajo pena, porque ninguna de estas teorías aclara qué es lo que merece ser considerado delictivo, ya sea para retribuirlo, ya para prevenirlo. Roxin ofrece la respuesta siguiente: "la función de la pena es en el momento legislativo LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS Y PRESTACIONES PUBLICAS IMPRESCINDIBLES, protección que sólo podrá buscarse a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones". (13)

Al segundo momento de la realización del Derecho Penal, el de la aplicación judicial, corresponde en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general propia de la conminación legal. La imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley; pero en la medición de la pena el juez debe someterse a una limitación: LA PENA NO PUEDE SOBREPASAR LA CULPABILIDAD DEL AUTOR, de lo contrario se caería en la objeción Kantiana que la doctrina dominante alemana y el propio Roxin hacen a la prevención general; el autor sería utilizado como medio para los demás. Ello cree Roxin que se evita cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone solo según la medida de su persona.

(12) Muñoz Conde Francisco. Introducción al Derecho Penal, Bosch. Casa Editorial, S.A. Urgel, Barcelona España, Pag.43

(13) Maier Julio B.J. Derecho Procesal Penal Argentino. Edit. Depalma, 1,980. Pag.49

La última fase de la vida de la pena, la de su ejecución, servirían a la confirmación de los fines de los momentos anteriores, pero de forma que tienda a la RESOCIALIZACION del delincuente, como forma de prevención especial.

2.- LA PRISION PREVENTIVA

A.- GENERALIDADES

La actividad jurisdiccional del Estado tiene aparejado el uso del aparato coactivo para su efectivo cumplimiento, razón por la cual el proceso penal se vale de medios coactivos tanto en las personas como en las cosas dentro de las incidencias procesales; de tal manera, necesita de actos cautelares o coactivos en las sustanciación del mismo para para el efectivo cumplimiento de las decisiones que deban tomarse. En ese orden de ideas existe una diversidad de actos coactivos que doctrinalmente pueden dividirse en : actos cautelares reales y actos cautelares o coactivos personales. Los primero tienen por objeto la limitación de la libre disponibilidad de las cosas que como finalidad tiene el aseguramiento de los medios de prueba o el aseguramiento de las responsabilidades provenientes del delito (14), encontramos dentro de ellos el secuestro, el registro domiciliario, el embargo, la interceptación de la correspondencia, así como el control o grabación de las comunicaciones telefónicas o similares.

En cuanto a los actos coactivos personales son aquellos que recaen sobre las personas afectando de alguna medida su libertad, estos tienden a prevenir la normal realización del proceso y la obtención de su resultado, restringe la libertad física de los particulares que intervienen en el proceso, principalmente para someterlos a su régimen o a un específico acto procesal, fundamentalmente afecta al imputado y también aplicarse a los testigos, depositarios, peritos o fiadores. Se cumple para la satisfacción de una necesidad actual y concreta, estrictamente valorada ante la limitación que impone el principio de inocencia, lo que a su vez conduce a la interpretación restrictiva de las normas que la regulan. Ese principio de inocencia ilumina toda norma tutelar del interés individual; pero no impide que el proceso pueda alcanzar sus fines, aún sacrificando este interés, mientras esa restricción no se convierta en pena o exceda la estricta necesidad.

Esta es la medida conciliatoria de ambos intereses que las leyes han resuelto con criterios no siempre uniformes (15). Dentro de este tipo de actos encontramos: la citación, la conducción, la detención, la incomunicación, la prisión provisional, el arraigo, la limitación domiciliaria y el arresto colectivo, medidas que por las cuales la

(14)Herrarte Alberto. Derecho Procesal Penal". El Proceso Penal Guatemalteco. Centro Editorial Vile, Guatemala 1,989, Pag.254

(15)Claría Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Editorial Córdoba Marcos Lerner. Argentina, 1,984, Pag.447

libertad individual se ve limitada como consecuencia de la la investigación criminal, supuestos que se justifican por el ius puniendi del Estado y son las excepciones a los derechos individuales consagrados en nuestra Constitución Política. Por la naturaleza de la investigación nos referiremos exclusivamente a la prisión preventiva, como un acto coactivo en la actividad procesal.

#### B.- CONCEPTO

En la doctrina y en las diversas legislaciones esta institución procesal tiene diversas denominaciones: así en algunos casos se denomina también prisión Provisional y la misma supone un mayor progreso de la investigación que tiene por supuesto una declaración jurisdiccional sobre la presunta culpabilidad del imputado, constituye un medio de coerción tipo por excelencia que se ejecuta por el encarcelamiento. Es la más prolongada privación de la libertad que el imputado sufre durante el proceso y como lo sostiene Claría Olmedo "se atienda con el régimen de la excarcelación. La dicta el Instructor contra quien ya es procesado; pero perdura como estado jurídico hasta la sentencia, con encierro efectivo o en libertad Bajo Caución"(16). Podemos entender entonces como PRISION PREVENTIVA, aquel acto procesal de coerción personal, por el cual se restringe provisionalmente la libertad del imputado, para sujetarlo al proceso y asegurar el resultado del mismo.

El estudio de la Prisión preventiva debe estar ligado dentro de un marco constitucional reflejado en el principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad, que será objeto de análisis más adelante, toda vez que la libertad personal será limitada exclusivamente en aquellos casos en los cuales se refleja una presunción concreta de la culpabilidad del imputado, de tal manera que no pueda concebirse que en todo proceso penal necesariamente tenga que estar detenido el imputado para la investigación judicial, ya que ello atenta contra el principio de inocencia, por cuanto que debe decretarse cuando existan motivos racionales de criminalidad suficientes, para creer que el imputado haya cometido o participado en un hecho punible; de esa cuenta constituye una monstruosidad jurídica, que no existe sumario si no hay detenido, lo que es más grave, que en nuestro medio primero se detiene y después se investiga, sin tomar en cuenta la naturaleza de la Prisión Preventiva como el último medio de coerción aplicable cuando realmente se haya recabado la evidencia que dé lugar a decretar la misma. Esto a la vez obliga que la investigación se prolongue inadecuadamente y por ello la prisión provisional hoy en día reviste caracteres de pena anticipada por su extralimitación y como consecuencia las cárceles se ven abarrotadas de presos SIN CONDENA, que constituye la razón de ser del presente trabajo.

---

(16)Claría Olmedo Jorge A. Op. Cit. Tomo I, Pag.448



No obstante que la prisión provisional constituye una limitación al principio constitucional de libertad, encuentra su justificación cuando es restringida a título preventivo cautelar o provisional, en la medida indispensable para ser posible el ejercicio regular de la función judicial del Estado. En nuestro medio, erróneamente al revocarse al Auto de Prisión Provisional y otorgarse la libertad provisional bajo caución juratoria, se ha interpretado como la suspensión de la investigación, ya que si no existe auto de prisión, no existe sumario (Artículo 310 del Código Procesal Penal) sin tomar en cuenta que es el estado jurídico el que se modifica, de preso o recluso a liberado provisionalmente, lo cual evidencia que el plazo en el sumario no es conveniente, máxime si es breve (15 días) ya que provoca la investigación sujeta a plazos y no en cuanto a las evidencias, error que subsana el proyecto para el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala, el cual no sujeta a plazos la investigación, ya que permite una evolución histórica y cronológica, atendiendo a las evidencias (Artículo 281 del proyecto del Doctor Vásquez Martínez).

#### C.- LA NATURALEZA

La prisión provisional se caracteriza por ser una medida cautelar, temporal o provisional y preventiva, toda vez que sujeta al imputado al proceso para asegurar el resultado del mismo; es por ello que debe ser temporal, en tanto se dicta la sentencia, de ahí su naturaleza cautelar por cuanto que asegura la presencia del imputado. Sin embargo esta debe ser excepcional con los límites máximos que el caso que se investiga lo exige, pues debe tomarse en cuenta que de acuerdo al artículo 14 de la Constitución Política, toda persona se presume inocente mientras no sea declarado responsable en sentencia. De ahí la importancia de reducir a una persona a prisión provisional como último medio de coerción; pues si atendemos al espíritu de dicho principio, no será sino hasta que se dicte sentencia condenatoria en su caso, cuando una persona sea encarcelada y el delito tenga señalado pena de prisión, pero por las características del hecho punible investigado y atendiendo a la presunción de culpabilidad se toma esta medida para ser posible el ejercicio de la función judicial.

En nuestro medio, la Prisión Provisional pareciera ser un requisito básico en la instrucción, ya que si no hay prisión provisional, no hay sumario o investigación, según el artículo 310 del Código Procesal Penal, y si a esto le sumamos que en los delitos penados con pena pecuniaria o multa, también es necesario reducir a prisión provisional al imputado, aún cuando se dicte sentencia condenatoria la pena será una multa. En este sentido tenemos que soportar el haber encarcelado innecesariamente a una persona que aún siendo culpable no tenga como pena la reclusión, esto constituye pues, una de las aberraciones que tiene aparejada la prisión provisional en nuestro sistema.

La prisión provisional por su naturaleza es un medio de coerción personal, y en las corrientes doctrinarias modernas se le concibe como una medida excepcional (encuentra

fundamento en el delito flagrante), ya que la coerción dentro del proceso es aplicación de la fuerza pública; pero no a modo de sanción por el incumplimiento o infracción a un deber jurídico, sino a fin de poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción hipotética (objeto del proceso); eventualmente arafar la sanción correspondiente (17). Por ello es importante tomar en cuenta su naturaleza para atender su carácter provisional y excepcional. de allí el cuidado que debe tenerse de no extralimitarla, porque estaríamos desnaturalizándola; por supuesto que dependerá de la efectividad del proceso para que la prisión preventiva sea mínima y durante el tiempo necesario, pues de lo contrario pasaría a formar parte de lo que es una pena anticipada, caso muy frecuente en nuestro medio, en donde las cárceles se han visto abarrotadas de PRESOS SIN CONDENADA, que tienen que soportar la ineficacia del sistema procesal, por el precio de la prisión, claro, esto será objeto de la comprobación en el presente estudio más adelante. Por el momento es importante reconocer lo excepcional de la prisión preventiva como medida cautelar o coactiva, ya que como hemos visto va en contraposición con el principio de inocencia, pues sería una monstruosidad jurídica que luego de una sentencia absolutoria, el ciudadano haya estado detenido, en casos extremos hasta de tres años, sino más, caso muy común en nuestro medio. En otro orden de ideas no se puede dejar pasar desapercibido que el carácter preventivo de la prisión provisional asegura la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente cuando se considera que el imputado pueda poner obstáculos al descubrimiento de la verdad, eluda la investigación con su fuga o recurra a medios intimidatorios hacia la víctima y testigos. Es entonces cuando la prisión provisional asegura el ejercicio de la función judicial.

"Debe concebirse también como una medida excepcional y exclusivamente en aquellos delitos cuya pena merece la privación de la libertad; pues cuando se decreta en delitos con penas pecuniarias, aún cuando la sentencia fuere condenatoria, esta no tendría fundamento jurídico y menos lógico" (18)

Como pone de manifiesto De Luca, parafraseando a San Agustín, según el cual "Los hombres torturaban para saber si se debía torturar", tal expresión adquiere actualidad, dado que actualmente y en nuestro proceso penal, se arresta para saber si se debe arrestar. Con esto la prisión provisional adquiere una gran contradicción porque implica privación de libertad que recae sobre la persona que aún no ha sido declarada culpable y que la cumple en definitiva un inocente.

---

(17) MAIER, JULIO B.J. Cuestiones fundamentales sobre la Libertad del imputado y su situación en el Proceso Penal. Editorial Lerner. Editores Asociados Buenos Aires Argentina, 1,981. Pag. 15

(18) VELEZ MARICONDE, ALFREDO. Derecho Procesal Penal. Edit. Lerner Asociados, Buenos Aires Argentina. Tomo I. 1,969. Pag. 330 y 331.

La prisión provisional, de este modo y fundamentalmente, en virtud de constituir un atentado al principio de inocencia, ha sido considerada por la mayoría de la doctrina como de difícil justificación, en virtud de que se sufre la restricción de la libertad antes de la sentencia condenatoria. En este aspecto y teniendo en cuenta que la prisión provisional en la práctica se equipara y confunde con la pena por coincidir el contenido de ambas, es decir que las dos concluyen en una privación de libertad. Atendiendo a esto sería conveniente que esta institución se adoptara en atención a estrictas finalidades cautelares y respondiera a los caracteres propios de dicha medida.

Por naturaleza el encarcelamiento preventivo debe ser excepcional, y esto surge de la función que se le asigna, toda vez que condiciona su aplicación a la concreta amenaza de frustración de los fines del proceso. Así como se entiende a la prisión provisional como una medida excepcional, esta nunca podrá ir más allá de asegurar la continuidad del proceso y posibilitar la jurisdicción; en ningún caso podrá constituirse en una pena anticipada, violando con esto el principio constitucional de libertad. Por su excepcionalidad y porque no debe confundirse con una pena anticipada, la prisión preventiva debe ser siempre provisoria o provisional, toda vez que la restricción definitiva de la libertad y sus consecuencias, solo pueden derivar de una sentencia firme emanada del juez competente en sentencia debidamente ejecutada, siendo esto la culminación de un proceso legal.

En la práctica en el medio guatemalteco, es raro el caso, en el que el encarcelamiento preventivo se conciba como una medida de excepción con duración limitada al periodo de peligro para la realización del proceso. Por el contrario, es imposible el caso en el que la prisión preventiva sea distinta de la pena.

#### D.- Fundamento

La prisión preventiva como ya explicamos, encuentra su fundamento básico en el principio de culpabilidad, ya que el juzgador para decretarla debe presumir la culpabilidad del imputado, es decir su participación en el hecho típico y antijurídico que se investiga. Para ello también debe tomarse en cuenta el principio de Inocencia, o sea que nadie es culpable hasta que en sentencia condenatoria no se le declare como tal; de allí la importancia en que dicha medida debe ser excepcional en aquellos casos en que no exista alternativa para asegurar la función judicial. "Velez Mariconde considera que la detención provisional (Latu sensu) solo podrá ser autorizada por la ley procesal cuando el juez compruebe, en el caso concreto, la necesidad efectiva y actual de evitar el peligro del "daño jurídico" que podría resultar de la conducta del imputado, ya sea porque aquel presume que éste realizará maniobras tendientes a ocultar o desfigurar la verdad de los hechos (borrar los rastros del delito, ocultar cosas que pueden acreditar la existencia del mismo o modificarlas, concertarse con sus cómplices o procurar falsos elementos de juicio), ya sea porque el juez tema fundamentalmente que el imputado eludirá con su fuga el

inicio o enarmon (que no se puede realizar cuando el procesado está detenido o simplemente la ejecución penal". En esos casos existirá además de una presunción de que el imputado es culpable, el peligro grave y concreto de que la ley penal no puede ser actuada debido a su conducta, de modo que la ley procesal deba proveer los medios que sean necesarios para evitarlos: arresto, simple aprehensión, citación, detención y prisión preventiva" (19)

En ese orden de ideas deberíamos comprender que la tarea del juzgador durante el desenvolvimiento del proceso, juega el papel de equilibrio de los principios de INOCENCIA y de HABITUALIDAD, ya que en un caso específico, sea en la instrucción o en el juicio penal, la restricción de la libertad del procesado debe estar sujeta al desenvolvimiento causal del proceso, puesto que la prisión preventiva subsistirá en la medida que las evidencias o actos de investigación fundamenten o fortalezcan la sospecha de que el imputado, es autor o participante del hecho sujeto a juzgamiento. Sin embargo podría resultar dudosa su participación y por lo tanto la duda la favorecerá y como consecuencia la restricción de la libertad no podrá subsistir. En este último supuesto surge la necesidad de los sustitutivos de la prisión preventiva, que será objeto de estudio más adelante; de allí su característica de excepcionalidad. Por esas razones la prisión preventiva en el debido proceso debe regularse específicamente como un medio de coerción y no como un requisito básico de la instrucción en el proceso como ocurre actualmente en nuestro medio, en donde el plazo sumarial empieza a correr a partir del auto de prisión provisional, aspecto este, que lo ubica como una regla general del sumario, y es muy frecuente que el juzgador al no tener méritos suficientes para mantener la restricción de la libertad revoque el auto de prisión provisional, dejando al imputado en libertad provisional bajo caución juratoria, que con ello se libera la función judicial, puesto que prácticamente se viene abajo el plazo y con ello la investigación sumarial; provocando con esto la perpetuidad de la investigación, que nunca termina etiquetando al sujeto por tiempo indefinido como un sospechoso. Esta es un grave defecto resultante del plazo del sumario, puesto que el juez no tiene la posibilidad de aplicar el sustitutivo de la prisión preventiva (bajo caución juratoria) y continuar con la investigación sumarial, pues al revocarse, el plazo se suspende y volverá a correr hasta que nuevamente se encarcele al imputado, situación en la que se refleja la prisión preventiva como regla general en nuestro medio. Es por ello que afirmamos que nuestro actual proceso, parte de la detención para llegar a la investigación, que no es más que un carácter inquisitivo del cual se reviste y que es urgente racionalizarlo, ya que por razones de lógica y justicia debe partirse de la investigación para llegar a la detención, en aquellos casos que amerita sujetar al imputado al proceso, con prisión preventiva.

La adopción de la prisión preventiva fuera de los casos en que la habitualidad del sujeto pasivo denote un peligro de evasión al proceso será contraria a la naturaleza cautelar de la resolución y posiblemente, a los propios enunciados constitucionales. En

este sentido, podría vulnerarse la constitución por suponer una infracción al derecho a la presunción de inocencia, ya que la idea de prevención, de evitación de la comisión de posteriores delitos, basada en una supuesta peligrosidad extraída de anteriores ilícitos penales, parte de una presunción de culpabilidad, siendo así que la prisión preventiva se adopta en un momento procesal anterior a la sentencia, que es la única resolución judicial capaz de destruir, con las debidas garantías, el principio de inocencia que será objeto de análisis más adelante.

También podría ser contraria la prisión preventiva, adoptada de tal forma a los diversos textos internacionales que regulan el derecho a la libertad, pues su adopción, en estos casos, responde a una clara intención punitiva, de sanción anticipada, como remedio o satisfacción a las demandas sociales de seguridad, cumpliendo, por tanto en estos casos una función retributiva, más propia de la pena que de una medida cautelar. Con esto último afirmamos que en nuestro medio la prisión preventiva es la regla y no la excepción, contribuyendo con ello a incrementar el ya exagerado número de PRESOS SIN CONDENAS, que se encuentran en los distintos centros penitenciarios que funcionan en el país, y que esperan mucho tiempo una resolución definitiva, que al final resulta siendo una sentencia absolutoria, con las ya conocidas consecuencias sociales.

#### E.- FINES

Muchas son las funciones que generalmente se atribuyen a la prisión preventiva, de muy diversa índole y en consecuencia son también numerosas las opiniones de la doctrina a ese respecto y sobre todo en lo referente a la naturaleza de cada una de ellas. Como se ha venido recalcando, "la prisión preventiva tiene como finalidad principal, asegurar la intervención personal del imputado durante el proceso y previene el incumplimiento de la posible condena" (20). Básicamente deben tomarse en cuenta en su aplicación el peligro de fuga del imputado, esto debe analizarse además de la naturaleza del delito o delitos por los cuales se le juzga, las circunstancias en que ha sido cometido y las características del sujeto, elementos, en los cuales el análisis de probabilidad que el juez debe desarrollar, deben ser tomadas muy en cuenta para decretar la misma prisión; así también esos mismos elementos vienen a fortalecer dicho criterio para asegurar el cumplimiento de la pena, como parte de la retribución que le es inherente. Sin embargo deben de tomarse en cuenta dos aspectos que Vélez Mariconde recomienda (21). a) Esta medida cautelar sólo se concibe cuando el delito que se imputa está reprimido con pena privativa de libertad. Es elemental, no es lógico encarcelar a una persona a título de cautela, si en caso de ser condenado no podría imponérsele una pena privativa de libertad. La sentencia condenatoria, la libertad del imputado, a pesar de declarar la existencia de la prisión que motivó la prisión preventiva (caso muy usual en nuestro medio), b) Esta medida debe ser autorizada

(20)Claría Olmedo, Op. Cit. Pag.448

(21)Vélez Mariconde Alfredo. Op. Cit. Pags. 330 a 332

solamente cuando el imputado eluda la acción de la justicia (peligro de daño jurídico ya sea por la gravedad de la pena que la ley amenaza, ya sea por los antecedentes del procesado.-Jofre de acuerdo con Carrara- citados por Vélez Mariconde afirma por su parte, sostienen que la prisión preventiva se justifica sólo en las causas graves, porque en las leves el reo no tiene interés en la fuga. El peligro de esta es más imaginario que real: nadie abandona su hogar, su pueblo y el centro de sus afecciones y al medio al cual ha adaptado sus actividades por el peligro de ser condenado a uno o dos años de prisión.

En verdad, cuando la pena que se anuncia como probable es leve, aunque sea privativa de libertad, el temor de sufrirla no alcanza a vencer el sentimiento de afrontar el proceso o la libertad hasta el grado de provocar la fuga. De esta derivan perjuicios graves e inmediatos, tanto para el encausado como para su familia, mucho más poderosos que los presuntos y futuros que podría acarrear la condena.

El problema de la naturaleza y los fines del encarcelamiento preventivo ha generado sobre todo, dos concepciones sencillamente encontradas (22), una denominada sustantivista y la otra procesalista. Los autores que de una u otra manera se encuentran defendiendo los criterios originados en la primera, asimilan la medida cautelar a la sanción penal misma, realizando un traslado de la función, que según cada concepción se le otorga a la pena, a la prisión preventiva. Así es como se sostiene que TIENDE A TUTELAR EL COMUN SENTIDO ETICO, a satisfacer a la opinión pública. Se le otorgan fines intimidatorios, o incluso, se ve en ella una forma de lograr la readaptación misma del delincuente (23). Este tipo de argumentación, es posible discutirla sólo dogmáticamente, y en verdad ya en este plan, no resiste el menor análisis. La postura descansa sobre una base claramente inconstitucional: "el ejercicio de violencia estatal, violando con ello el principio NULLA POENA SINE IUDITIO. De igual manera no tendrían ninguna vigencia los principios de INOCENCIA y de CULPABILIDAD, si es posible aplicar una sanción penal o simplemente reprimir antes de que la sentencia definitiva declare, como único medio legítimo para hacerlo, que un sujeto ha cometido un hecho antijurídico, atribuible y culpable. Del mismo modo esta concepción desvirtuaría en entendimiento del ámbito en el cual debe desempeñarse y la función que debe cumplir en el sistema de administración de justicia penal, el derecho procesal; un derecho instrumental y encargado de concretar o de servir para realizar la aspiración de la ley sustantiva. Por el contrario los criterios basados en la concepción "PROCESALISTA", toman como punto de partida el límite referido a la llamada "Potestad Represiva" del Estado, aspecto este que lo recoge nuestra constitución en el Artículo 6o. el que se refiere a que toda persona que cometa delito o falta puede ser detenida o presa en virtud de orden librada con apego a la ley con autoridad judicial competente.

---

(22)Cafferata Nores, J. La Excarcelación. Edit. Lerner, Córdoba, 1977. Pag.26

(23)IBIDEM. Pag. 26

Así es como se entiende que el encierro anterior a la sentencia está al servicio de los fines propios del proceso, y por lo tanto, es sólo una manifestación del poder "Jurisdiccional" del Estado. Se expresa, por ejemplo, que " debe tender a la tutela del descubrimiento de la verdad o que más generalmente es legítima la medida cautelar como tiende a ser posible y a asegurar el ejercicio regular de la función jurisdiccional que la norma constitucional lo prevee. (24).

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

## CAPITULO SEGUNDO

## 1.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA LA APLICACION DE LA PENA

## A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad dentro de los principios procesales, es el más importante, porque es este el principio que sujeta al Estado a la ley. Este principio nació con la evolución del Estado, pues se hizo necesario que con el desarrollo de éste, existiera un principio que sujetara al Estado para que todos sus actos estuvieran regidos por la ley.

En los primeros tiempos privó en los pueblos la concepción del Estado fin y del individuo medio, que frente al interés o conveniencia de aquel, niega a este todo derecho. Los griegos se preocuparon de la libertad, dándole mayor importancia al orden político, señalándose como rasgos sobresalientes el haber instituido a la ley por encima de los caprichos populares, dándoles la garantía de estabilidad y fijeza necesarias. En Roma se suavizan las características del Estado de los primeros tiempos, y ambos, Estado e individuo constituyen dos entes distintos. El individuo es anterior al Estado y éste se estrictará para conveniencia de los individuos.

En la teoría contractualista se encuentran los primeros fundamentos del Estado moderno. Simultáneamente al irse perfeccionando los argumentos que dan contenido, se ha ido elaborando paralelamente el principio de legalidad que lo integra; por eso la identificación del Estado constitucional con el principio de legalidad es evidente y más aún cuando se dice "La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma; antes que ella y por encima de ella sólo existe el Derecho natural. El gobierno no ejerce un poder real sino en tanto que es fiel a las leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional por el contrario, no tiene necesidad sino de su realidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad" (25).

Cabe recalcar las palabras de Sieyès acerca del poder constituyente y el poder constituido, en razón de que la elaboración del principio pertenece al segundo aspecto en el derecho positivo y al primero en el derecho natural. "El gobierno no ejerce un poder real sino en tanto que es constitucional, no es legal sino en tanto que es fiel a las

---

(25) Sieyès. Qué es el tercer Estado. Buenos Aires Argentina



leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional por el contrario, no tiene necesidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad".(26)

La construcción del Estado de derecho, exige la concurrencia de determinados e insustituibles principios, los que le dan su auténtica figura: en primer término el principio de IDENTIDAD entre el pueblo y la organización estatal, que postula que, en la creación y desempeño de ésta, participe de una u otra manera el mayor número posible de miembros de la comunidad para llegar a la máxima aproximación entre las voluntades individuales y la voluntad del Estado. El de LIBERTAD PERSONAL como base de los otros postulados y sobre estos dos cimientos el tercer factor "EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD", que consiste en que toda la actividad jurídica en la órbita de la comunidad, que provenga del Estado o de los particulares, solamente adquiere validez de tal en cuanto de modo directo o indirecto, se encuentra habilitada por la Constitución, que lógicamente, ha de ser fruto del querer mayoritario formalmente expresado y dirigido a la garantía y auspicio de los derechos humanos. Constituyen la base triangular del Estado de derecho y se encuentran de tal manera implicados que basta el desconocimiento o la debilitación de uno de ellos para que la institución se desmorone o deforme.(27)

El problema que presenta la aceptación o rechazo del Estado de Derecho puede programar a la problemática del auténtico alcance. Los que siguen decididamente hablando del Estado de Derecho, manifiestan que ello se da porque a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo. El Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un Derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el Derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo. (28)

Quiroz Lima, expresa que "Estado de Derecho es el régimen en que el derecho regla minuciosamente e imperativamente, la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y sus relaciones de los individuos. De donde induce que singularizan al Estado de Derecho: a) La limitación jurídica del árbitro del poder público; b) La estabilidad jurídica de las garantías individuales".(29). Conceder al Estado aparte del derecho y creador y soporte del mismo, es convertir arbitrariamente una relación lógica, en genética. A los que pretenden que la relación entre Estado y Derecho consiste en que el primero crea al segundo y su portador, se les puede replicar que como el Estado está por definición sometido al Derecho, no puede sin el mismo.(30)

---

(26)Ibid

(27)Ojea Quintana, Julio M. Estado de Derecho y Poder. Revolucionario Pag.987

(28)Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Pag. 15

(29)Quiroz Lima, Eusebio. Teoría del Estado. Rio de Janeiro, 1,947, Pag. 57

(30)Recasen Siches, Luis. Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico. Barcelona, España, 1,929. Pag. 153

Creemos que el Derecho es una forma que puede albergar contenidos de toda especie según los cuáles sean las opiniones sociales dominantes. El contenido del derecho puede cambiar ya sea paulatina o aceleradamente si así lo deciden quienes tienen la responsabilidad y se les ha confiado el poder de hacer las normas.

El principio de la legalidad estará invicto por lo tanto en el Estado Constitucional, que se identifica con el Estado moderno, cualquiera que sea el tipo de Constitución. Ley fundamental que se da, y también lo estará en cualquier tipo de Estado que se autolimita en el ejercicio del poder, como lo sería la monarquía constitucional inglesa, que a pesar de no tener constitución escrita permanece fiel al respeto de las leyes y de sus instituciones en razón de la fuerte formación ideológica moral de su pueblo. Los alcances de la legalidad suponen dos aspectos: legalidad originaria o real, que reside en el grupo soberano dispuesto a organizarse jurídicamente en forma originaria o a reorganizarse en la ruptura del orden legal, y lo formaría el pensamiento ideológico del grupo, los acuerdos o pactos del mismo, su experiencia histórica y la voluntad general, y la legalidad funcional, simplemente legalidad, que es del Estado constitucional en el ejercicio.

Para unos, la legalidad es una modalidad cualificada del principio de la juricidad del Estado. El principio de juricidad predica que un acto de conducta es acto del Estado solamente si una norma lo establece así. El de legalidad predica que un acto es acto del Estado administración o del Estado juez sólo si una norma con forma de ley, interpretada en cierta manera así lo establece. Es decir, que el acto estatal debe ser de aplicación mediante interpretación restrictiva de una ley del Congreso o Legislatura, o de reglamentos, ordenanzas o edictos, que sea de aplicación válida mediata o inmediata de aquella ley.

León Duguit, formula el principio de legalidad diciendo que "ningún órgano de Estado puede adaptar un decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada. Una decisión individual no puede jamás ser adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior. En este el principio esencialmente protector del individuo, y puede decirse que no tiene, que no puede tener, que no debe tener excepción. Una sociedad que no la reconoce, o que, reconociéndola, le introduce reservas o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de derecho. (31)

El principio de legalidad, es entonces la garantía procesal más importante en un Estado de derecho, y este principio lo recoge nuestra Constitución Política en su artículo 17, el que garantiza que no hay delito ni pena sin ley anterior. Que no son punibles las acciones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su

(31) León Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, Pags.732

perpetración. Lo que significa que ninguna persona podrá ser detenida por actos que no estén registrados en la ley penal como antijurídicos y sancionados por el Estado.

Asimismo la constitución política estipula en su artículo 12, que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido, así también establece que ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

El Código Procesal Penal en sus artículos 21 y 22 recoge este principio, diciendo Artículo 21 NO HAY PROCESO SIN LEY (Nullum proceso sine lege). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin este presupuesto el proceso es nulo e induce responsabilidad en el Juez. El artículo 22 estipula NO HAY PENA SIN LEY (Nullum penae sine lege), no se impondrá sanción alguna si la ley, con anterioridad, no la hubiere fijado. El Código Penal, en su artículo 1o. recoge este principio diciendo: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley".

El principio de LEGALIDAD es una norma que reconoce y protege los derechos humanos y por ende imperativo y de validez universal, y en esa virtud hay convenios y tratados que tienen aplicación en nuestro país, así tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que recoge el Principio de legalidad en sus artículos 7o., 8o. y 9o, y que refiere a los siguiente: ARTICULO 7o. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: Numeral 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante Juez o tribunal competente a fin de que esté decidida, sin demora sobre la LEGALIDAD de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. Artículo 8o. GARANTIAS JUDICIALES. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. ARTICULO 9o.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE RETROACTIVIDAD, este artículo estipula que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en su artículo XXV establece: "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes". Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el Juez verifique sin demora la LEGALIDAD de la medida y ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario a ser puesto en libertad, tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

La declaración Universal de Derechos Humanos (Carta de las Naciones Unidas), el Principio de Legalidad lo recoge en el numeral 2 del Artículo 11o. cuando dice "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

En nuestro derecho sustantivo y adjetivo penal rige el principio de legalidad, el que se encuentra expresado en dos máximas fundamentales: La primera que se concibe en los términos "Nemo Judex sine Lege", que significa que la persona llamada a conocer de un delito y a aplicar la pena, no puede ser una cualquiera, sino sólo la que esté habilitada por la ley. La ley penal no puede aplicarse sino por los órganos y los Magistrados instituidos por la ley y en esa virtud son los únicos que pueden ejercer la jurisdicción penal no puede establecerse o variarse más que por ley; nadie puede ser llevado ante los jueces que no sean los que tienen jurisdicción sobre él, ni sería lícito crear tribunales especiales o extraordinarios. Con esto confirmamos claramente que los tribunales de fuero especial que fueron creados por el gobierno de facto de Ríos Mont a raíz del Golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, se dió en este país una monstruosidad jurídica al violarse a todas luces el sagrado principio de legalidad, violando con ello los más elementales derechos del hombre.

El Ius puniendi es el derecho de castigar atribuido por excelencia al Estado, pero el Estado no puede ejercitar ese derecho sino es por medio del Proceso penal y ante los órganos de la jurisdicción. Es por eso que Eugenio Florián, citado por García Ramírez, afirma que por su carácter público, la relación de derecho penal, sólo puede hacerse efectiva mediante el proceso. La legalidad del proceso o principio de legalidad deriva de

la existencia del Estado de Derecho y de las autolimitaciones del poder estatal que conforman su subsistencia. (32)

Nuestro Código Procesal Penal recoge el principio de legalidad en su artículo 26 además de los artículos ya mencionados, y lo recoge con la máxima *Nemo Jurex Sine Lege* y que establece "La función jurisdiccional penal corresponde, con exclusividad, a los tribunales de justicia de ese ramo en la república. Los funcionarios y empleados públicos así como las dependencias estatales proporcionarán el auxilio que se requiera para hacer efectiva la función de juzgar y promover la ejecución de los juzgados. Asimismo la Constitución Política de la República en su artículo 203 indica que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República y que corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos de Estado deberán prestar el auxilio que requieren para su cumplimiento de sus resoluciones.

La expresión "*Nulla poena sine iudicio o nemo damnatur nisi per legale iudicium*", es el verdadero abrigo de la legalidad, el carácter necesario del proceso penal. A los tribunales corresponde con exclusividad declarar cuándo hay delito y responsabilidad, así como aplicar las sanciones pertinentes. Solamente estas declaraciones se tienen como verdad legal. Si la pena se impone a través de un proceso, la pena es la manifestación de la justicia y el proceso es el camino de la misma justicia. García Ramírez manifiesta que "los actos procesales están regulados por la ley, no están gobernados por la voluntad de los particulares". (33)

Entonces, pues la máxima "*Nullus crimen nulla poena sine lege*", es una expresión de los principios de estricta legalidad que garantizan a cualquier persona la seguridad de no ser tratado como delincuente en tanto no infrinja una ley penal vigente. No es delito el acto u omisión no sancionado por las leyes. (34) Este sagrado principio ha alcanzado plena vigencia en casi todas las legislaciones del mundo, porque encierra un contenido filosófico, jurídico, político y científico; Se constituye en una garantía de los derechos individuales del hombre, delimitando la actividad primitiva del Estado y protegiendo a la ciudadanía de los posibles abusos o arbitrariedades del poder judicial.

El principio de legalidad implica, en materia de privación de libertad, que la misma sólo puede ser llevada a efecto en dos supuestos muy concretos, esto es, bien como consecuencia de la imposición de una pena tras el oportuno procedimiento, o bien en base a la existencia de motivos racionales bastantes para creer que una persona ha cometido una acción delictiva.

(32) García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Pág. 3

(33) García Ramírez, Sergio. Op. Pág.11

(34) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Pág.367

## B. JUICIO PREVIO (Nulla Poena sine iudicio)

El Juicio Previo es un principio procesal, o a decir lo mismo una garantía procesal que consiste en un procedimiento legal que se sigue en contra de una persona sindicada de un hecho delictivo, antes que esta sea privada de su libertad. Este principio lo recoge la constitución política en su artículo 12, segundo párrafo, al referirse que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos previamente. Asimismo, nuestra ley adjetiva penal, en su artículo 10, establece "no hay pena sin juicio" (Nulla poena sine iudicio). No se impondrá pena alguna sino en virtud de sentencia pronunciada en proceso seguido con arreglo a las prescripciones de este código o de leyes especiales".

Se interpreta que esta garantía se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. (35) Todo lo anterior significa que si a una persona se le sindicó de un hecho delictivo, a esta deberá seguirse el procedimiento legal preestablecido, antes de la aplicación de una pena, porque para someter a alguien a una pena, es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado y le aplique la pena, y que para obtener legítimamente esa sentencia, es indispensable tramitar un procedimiento previo, según la ley, en el que verifique la imputación.

Se argumenta que sólo un juicio de tal naturaleza lógica puede estar fundado en una ley previa al hecho del proceso "Juicio". En este sentido argumental significa una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. Aquí se trata de la operación de subsunción de los hechos al derecho, que hace el Juez al dictar sentencia. A este sentido de la palabra "juicio", Carrara lo llamaba juicio en sentido ideológico, (36). Se le otorga ese sentido a la palabra juicio porque se parte de que fundar significa apoyar con razones eficaces o con discursos una cosa. Esto quiere decir que para que el Juez dicte una condena, tendrá que apoyarse en razones valederas que contenga el juicio previo: Es decir que se necesita para ello el debido proceso, con todas sus garantías, evitando con esto arbitrariedades que son muy común en nuestro medio.

No se debe olvidar que el Derecho Procesal Penal es fundamentalmente, el desarrollo de las garantías constitucionales y que ese desarrollo debe preservar en todo

(35) Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal Argentino. Edit. Depalma. 1,980. Pag.106

(36) Carrara, Francesco. Derecho Penal y Procedimiento Penal. Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1,980. Vol. II. Pag. 143

momento el sentido primitivo de las garantías. Para ello debemos tener en cuenta que la sociedad medieval concebía a la sociedad política como un haz de relaciones jurídicas, es decir, como un conjunto de derechos y obligaciones entre los señores y los súbditos. La sociedad feudal no pensaba ni admitía el poder absoluto; antes bien, se fundaba en el contrato de vasallaje donde el señor feudal tenía poder sólo en la medida que protegía y concedía derecho a sus vasallos.

En este marco, saturado de legalismo y de fe religiosa, se desarrolló la lucha política real, la puja por la hegemonía y el poder entre los señores feudales, entre ellos y el rey, entre ambos y la naciente burguesía, que reclamaba día a día mayor libertad para comerciar. El resultado de estas luchas desembocó en la constitución de los Estados Nacionales, que implicó la destrucción de la sociedad feudal, el triunfo de la burguesía y la construcción de una nueva sociedad política. No obstante esta evolución política, existió una institución que se mantuvo constante, aunque se modificó paulatinamente su fundamento. Esta institución fue el necesario JUICIO PREVIO y esa persistencia nos habla precisamente de su importancia político-institucional. La idea de un poder limitado también nace en la edad media y se entrecruza con el proceso, ya sea como una imposición de los barones al rey, sea como un privilegio de la burguesía o como un derecho inalienable del hombre, que surge de su propia naturaleza. Lo cierto es que la idea misma del poder limitado del Estado estuvo siempre intrínsecamente ligado al principio de que ninguna persona podía ser castigada sin JUICIO PREVIO.

Al mismo tiempo la intervención directa de los reyes en los asuntos judiciales siempre se consideró como una de las manifestaciones más claras del poder absoluto. Por supuesto que en ese entonces, como sucede ahora, las garantías procesales o legales funcionaban de un modo u otro según el poder o el prestigio que tuviera quien pretendía valerse de ellas. Esta realidad, no nos dice nada acerca de la importancia o el contenido de la garantía, sólo nos habla de la existencia de injustas relaciones sociales, de la desigualdad imperante en la sociedad humana. Sin embargo, si debemos tener en cuenta que en la conciencia jurídica de esta época y mucho más aún en la conciencia del hombre moderno se instaló, ya de un modo insoslayable, la idea de que el ejercicio del poder penal debía ser limitado por la existencia de un JUICIO PREVIO. Esta idea se ha mantenido constante en todo el proceso que Roscoe Pound denomina "el desarrollo histórico de las garantías constitucionales de la libertad" (37).

La perspectiva histórica que se ha resaltado, nos sirve para comprender el carácter eminentemente político de la garantía del JUICIO PREVIO. Podemos decir que esta garantía se vincula con dos dimensiones básicas: por un lado, nos señala que la imposición de un castigo, el ejercicio del poder penal del Estado, está limitado por una forma. Esta

(37) Sebastián Soler, Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Nuñez. Curso de Derecho Criminal Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1,944. Vol II, Pag. 175

forma en la Constitución Política, tiene un contenido preciso, que no se satisface con la existencia de cualquier "forma"; esto significa concretamente que el Juicio debe ser oral y público. Así como el juicio tiene un contenido preciso, también debe existir un proceso que conduzca al juicio. Cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, no sólo nos está dando pautas concretas acerca de que ley que se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente un proceso y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto. Además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el proceso debe preceder, también necesariamente, al juicio. El juicio debe ser preparado y controlado. La preparación del juicio (investigación preliminar y procedimiento intermedio o control de la acusación) así como el control de la sentencia (sistema de recursos) conforman junto con el juicio, la totalidad del procedimiento intermedio o control de la sentencia (sistema de recursos) conforman junto con el juicio, la totalidad del procedimiento, en sentido estricto (en un sentido amplio al proceso de ejecución de la sentencia también conforma el proceso penal y, carecería de sentido establecer la garantía del JUICIO PREVIO, si él no cumpliera en efecto el reflejo sobre el conjunto del proceso. Se puede decir, entonces que los principios limitadores del juicio previo extienden sus efectos a la totalidad del proceso, justamente para preservar, con mayor eficiencia, la pureza garantizadora de ese mismo juicio. (38) Del artículo 13 de nuestra Constitución Política entendemos -y así es- que el castigo sólo se puede imponer mediante un proceso penal que termine con una sentencia condenatoria. Sin embargo en nuestro medio, este principio se viola constantemente, porque en todos los casos, los sindicados sufren un castigo antes de dictarse una sentencia condenatoria, en virtud de que la prisión preventiva se utiliza como la regla general y no como medida excepcional. Por lo tanto sostengo que la prisión preventiva es una pena anticipada, si esta no es dictada para garantizar los propios fines del proceso.

La segunda dimensión con la que se vincula el principio del juicio previo, es la necesaria existencia de un juez. El proceso legal a que se refiere el artículo 12 de la Constitución, es el que debe realizar el juez o tribunal competente y preestablecido y no por otra autoridad. Esta idea surge del mismo desarrollo histórico-político. En otros estadios, la idea del límite al poder poenal del Estado se manifestaba también en la convicción de que no podía ser el mismo Rey el que juzgara las causas. Tampoco podía ser un delegado del Rey que pudiera recibir sus órdenes; de tal forma que, no sólo se trataba de que existiera un juez, sino que ese juez fuera un juez independiente del poder central y de todo otro poder.

Podemos decir, en síntesis que la garantía del JUICIO PREVIO, es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado (la

(38) Sebastián Soler, Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Nuñez. Curso de Derecho Criminal Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1,944. Vol II, Pag. 178



forma concreta, que prevé la Constitución) y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder (el juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio). También es una fórmula sintética en otro sentido, ello expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales. El juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, inmediación, publicidad, etc.

La Declaración Universal de Derechos Humanos indica en su artículo 10, que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Asimismo la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo 26, segundo párrafo indica que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, concepto que también recoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el numeral 5 del artículo 8o., al estipular que "el proceso penal debese público, salvo en lo que sea necesario preservar los intereses de la Justicia".

Sin embargo, la garantía universal del JUICIO PREVIO, puede ser violada de distintas formas, propias del periodo dictatorial, que se asemejan a puros ejercicios de poder. En nuestro medio este principio se viola, porque el juicio se desarrolla en forma escrita, práctica vigente todavía en muchos países de América Latina y la práctica en nuestro país ha demostrado que el juicio escrito termina por NO SER un verdadero juicio. En los procesos escritos, se da una manifestación eminente del sistema inquisitivo, no existe un verdadero juicio porque no existe inmediación y no existe una verdadera y profunda controversia.

La garantía del Juicio Previo se afecta también con la existencia de ficciones. Cuando se presume el dolo o la relación de causalidad (responsabilidad objetiva) o cuando se invierte la carga de la prueba, se está violando la garantía de que la persona imputada debe ser juzgada y juzgar significa analizar la existencia y significado de una conducta teniendo a la vista la prueba disponible sobre los hechos que fundan la acusación. Juzgar significa analizar la conducta respecto a la ley y respeto a la prueba de su existencia. Por lo tanto, cuando el derecho penal utiliza una ficción está renunciando al juicio previo, es decir que el procedimiento no debe ser arbitrario, sino que deberán observarse todas las garantías de seguridad individual, es decir de un procedimiento jurídico, esto es reglado por ley, que defina los actos que lo componen y el orden en el que se los debe llevar a cabo. (39)

El artículo 31 de nuestra ley adjetiva penal se refiere a los fines del proceso, indicando que este límite tiende a la averiguación y comprobación de un hecho señalado como delito o

falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; al establecimiento de la participación posible del sindicato; a la declaración en su caso, de su responsabilidad; al pronunciamiento de las penas respectivas y de las demás declaraciones de la ley. Esta norma nos indica que para imponer una pena a una persona sindicada de un hecho antijurídico, deberá seguirse un procedimiento legal para establecer la veracidad de este hecho, así como qué persona lo cometió. La máxima "Nulla poena sine iudicio o nemo damnatur nisi per legale iudicium", significa que nadie puede ser sometido a una pena sino después de un juicio legítimo. La ley penal no puede aplicarse sino siguiendo las formas procesales establecidas en la ley; en otras palabras, el derecho penal material no puede realizarse más que por la vía del derecho procesal penal, de suerte que nadie puede ser castigado sino mediante un juicio regular y legal. El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en la forma procesal y ante los órganos jurisdiccionales establecidas en la ley. (40)

El Juicio Previo, es determinante, pues no sólo es una garantía procesal, sino también constituye una garantía para evitar las violaciones de los derechos humanos del imputado. Es pues, una garantía establecida por nuestra ley penal y por la propia Constitución Política, aunque en nuestro medio, constantemente se viole esta garantía, porque en la mayoría de los casos primero se detiene a la persona y después se le sigue procedimiento, para establecer su culpabilidad o inocencia; pero en la mayoría si no en todos los casos después de que el imputado ha estado privado de su libertad por mucho tiempo, se establece que no hay base legal para mantenerlo preso, habiendo cumplido con esto una pena anticipada, y por ende agravando el problema de LOS PRESOS SIN CONDENAS.

Este fenómeno se da, porque el Estado no cuenta con una policía técnicamente preparada para desempeñar sus funciones como lo establece la ley. Con nuestra experiencia tribunalcia en el ramo penal, nos hemos podido dar cuenta de los atropellos que comete la policía para justificar su trabajo, porque en la mayoría de los casos se utilizan los procedimientos arbitrarios, aparentando un flagelante delito, al detener a una persona, tan sólo porque un supuesto ofendido denunció un hecho delictivo sindicándolo. Esta denuncia la conoce el juzgado de Paz y si el juzgador tiene espíritu carcelero, por incompetencia lo traslada al Juzgado de Primera Instancia Jurisdiccional, encontrándose también con otro juez carcelero, lo que hace que el detenido tardará privada de su libertad más de quince días, sin ningún fundamento, porque desde su inicio no sedió el procedimiento legal para detenerlo. Este procedimiento seguido por el Estado es generalizado en nuestro país, violando con ello el principio del Juicio Previo y abarrotando de PRESOS SIN CONDENAS las cárceles del país.

---

(40) Trejo Duque, Julio Anibla. Aproximación al Derecho Procesal Penal y Análisis breve del actual proceso penal. Edit-Art Impresos. 1a. Edición 1,987. Pag. 104