

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



**CONTRADICCIONES ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA
PREVENTIVA CON LOS FINES RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA
PENITENCIARIO EN GUATEMALA**

JOEL TEXAJ TAX

GUATEMALA, FEBRERO DE 2022

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

**CONTRADICCIONES ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA
PREVENTIVA CON LOS FINES RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA
PENITENCIARIO EN GUATEMALA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOEL TEXAJ TAX

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2022

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Luis Emilio Orozco
Secretaria:	Licda.	Iliana Noemí Villatoro Hernández
Vocal:	Lic.	Benedicto Tenas Arévalo

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretaria:	Licda.	María Lesbia Leal Chávez
Vocal:	Licda.	Eneida Victoria Reyes Monzón

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 27 de noviembre de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOEL TEXAJ TAX, con carné 200941088,
 intitulado CONTRADICCIÓN ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA PREVENTIVA CON LOS FINES
RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 04 / 08 / 2020.

Jaime Rolando Montealegre Santos
 Abogado y Notario
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)



LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



Guatemala, 25 de agosto de 2020

Lic:
Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Lic Bonilla:

De conformidad con su oficio de fecha veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve, me permito informar a usted que he asesorado el trabajo de tesis del estudiante: **JOEL TEXAJ TAX**, su trabajo de tesis intitulado "**CONTRADICCIÓN ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA PREVENTIVA CON LOS FINES RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN GUATEMALA**". Por razones de semántica se cambia al nombre, del trabajo intitulado, quedando de la siguiente manera: "**CONTRADICCIONES ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA PREVENTIVA CON LOS FINES RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN GUATEMALA**".

El estudiante **JOEL TEXAJ TAX**, en su trabajo de tesis enfoca con bastante propiedad y con apoyo en el derecho positivo y vigente y la doctrina, lo referente al sistema penitenciario en Guatemala. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones, doctrinas, como conclusión discursiva, así como regulación legal en Guatemala, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicables a nuestro derecho positivo y por ende en normas vigentes, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad técnica y científica a quien esa clase de información necesite.

Al trabajo de tesis se le hicieron algunas recomendaciones, las cuales fueron atendidas fielmente por el estudiante **JOEL TEXAJ TAX**. Así mismo, el autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios que lo enriquecen, los se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la regulación y necesidad de reforma a nuestras leyes procesales vigentes guatemaltecas.

a) **La metodología y técnicas de la investigación:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en ésta la sustentante para poder obtener el mayor número de datos. La observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para

LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
6ª. Ave.14-62 zona 1 Oficina 307 Comercial Esmol
Teléfono. 54066223



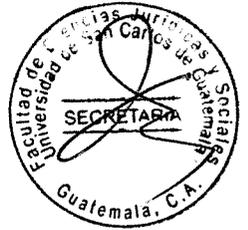
recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente cómo resolver ese problema en la práctica y legal;

b) La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas generales para finalizar en orden lógico con el fenómeno en particular;

c) La conclusión discursiva: Se expone la contradicción determinada por la existencia de fines constitucionales y doctrinarios de resocialización del privado de libertad con la finalidad de lograr que sea una persona con mejores condiciones morales y volitivas, como era cuando fue sentenciado a cumplir una pena por haber cometido un delito; sin embargo, al dictársele prisión preventiva, siendo la misma indefinida y sin que se presente el sistema progresivo en su ayuda, implica un quebrantamiento de los fines constitucionales asignados a las prisiones y la finalidad castiguista de la prisión preventiva. Para resolver la contradicción existente entre lo regulado sobre la prisión preventiva y los fines re socializadores del sistema progresivo en lo penitenciario, los jueces deben aplicar las medidas sustitutivas a la prisión que están debidamente reguladas en el Código Procesal Penal y dejen la prisión preventiva como la última alternativa ante los casos de altísimo impacto social, donde el peligro de fuga o de obstaculización de la justicia ya haya sido previamente llevado a cabo, para que la prisión sea principalmente para los que han sido condenados luego de un proceso legal ejecutoriado.

En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que APRUEBO, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

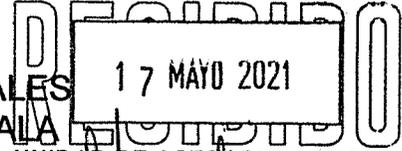
Licenciado
Jaime Rolando Montealegre Santos
LIC. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col 4713



Guatemala lunes, 17 de mayo de 2021

JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS
 JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: _____
 Firma: *Shanelyne*

Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **JOEL TEXAJ TAX** cuyo título es **CONTRADICCIONES ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA PREVENTIVA CON LOS FINES RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN GUATEMALA**.

Del estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. Marvin Omar Castillo García
 Consejero de Comisión de Estilo.





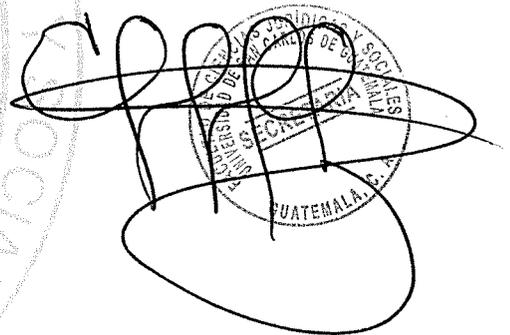
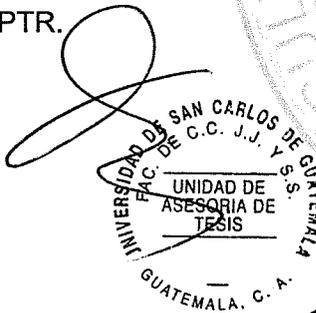
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, ocho de octubre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOEL TEXAJ TAX, titulado CONTRADICCIONES ENTRE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE FORMA PREVENTIVA CON LOS FINES RESOCIALIZADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/JPTR.





DEDICATORIA

A DIOS:

Ser supremo que permitió que realizara mi sueño y alcanzara mi meta.

A MIS PADRES:

Valentín Texaj Hernández y Sara Tax de Texaj, por haberme dado el don de la vida y por guiarme por el camino del bien.

EN ESPECIAL:

Sanndy Mariela Gómez y Alisson Sofía Texaj Gómez

A

Ustedes especialmente, porque me han acompañado en el proceso y ahora en mi etapa profesional, gracias por estar aquí.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.

A:

Universidad de San Carlos de Guatemala, *alma mater* que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.

PRESENTACIÓN



El presente trabajo de investigación desarrolla la problemática que para resolver la contradicción existente entre lo regulado sobre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema progresivo en lo penitenciario, es que los jueces apliquen las medidas sustitutivas a la prisión que están debidamente reguladas en el Código Procesal Penal y dejen la prisión preventiva como la última alternativa ante los casos de altísimo impacto social, donde el peligro de fuga o de obstaculización de la justicia ya haya sido previamente llevado a cabo, para que la prisión sea principalmente para los que han sido condenados luego de un proceso legal ejecutoriado

El objeto de estudio será la prisión preventiva, regulada en el Código Procesal Penal; mientras que la unidad de análisis será la contradicción de la misma con los fines resocializadores del sistema penitenciario en Guatemala, delimitando la investigación al departamento de Guatemala y del periodo comprendido desde el año mil novecientos noventa y cuatro, cuando comenzó la vigencia del Código Procesal Penal guatemalteco, hasta el año dos mil dieciocho, por ser la fecha próxima, más inmediata a ser sometida a análisis.

HIPÓTESIS



Al establecerse el análisis de cada estudio en resolver la contradicción existente entre lo regulado sobre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema progresivo en lo penitenciario, es que los jueces apliquen las medidas sustitutivas a la prisión que están debidamente reguladas en el Código Procesal Penal y dejen la prisión preventiva como la última alternativa ante los casos de altísimo impacto social, donde el peligro de fuga o de obstaculización de la justicia ya haya sido previamente llevado a cabo, para que la prisión sea principalmente para los que han sido condenados luego de un proceso legal ejecutoriado.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Para poder establecer la hipótesis planteada se utilizaron distintos mecanismos como técnicas de investigación y se logró establecer y comprobó que la contradicción existente entre lo regulado sobre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema progresivo en lo penitenciario, se solucionan cuando los jueces apliquen las medidas sustitutivas a la prisión que están debidamente reguladas en el Código Procesal Penal.

Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta el sustentante para poder obtener el mayor número de datos, la observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso, la bibliográfica y documental y para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Elementos que figuran en el sistema penal.....	1
1.1. El imputado.	1
1.2. La defensa.....	3
1.3. El defensor.....	5
1.4. El juez.....	9
1.5. El querellante.....	10
1.6. El Ministerio Público.....	11
1.6.1. Ley Orgánica del Ministerio Público.....	11

CAPÍTULO II

2. La prisión preventiva como figura jurídica del sistema penal acusatorio.....	17
2.1. El sistema penal acusatorio.....	17
2.2. Sistema inquisitivo.....	17
2.3. La acusación.....	19
2.4. La prisión preventiva como figura jurídica.....	20
2.5. Definición de la prisión preventiva.....	25
2.6. Problemática de la prisión preventiva.....	25
2.7. Cárcel.....	30
2.8. Naturaleza y caracteres de la prisión preventiva.....	30
2.9. Excepcionalidad de la prisión preventiva.....	31
2.10. Requisito formal para motivar el auto de prisión preventiva.....	32
2.11. Duración de la prisión preventiva.....	33



CAPÍTULO III

3. Los fundamentos jurídicos del régimen progresivo para la resocialización del privado de libertad.....	35
3.1. Régimen progresivo.....	35
3.2. Readaptación.....	37
3.3. La socialización.....	37
3.4. Características.....	38
3.5. Fases del régimen progresivo.....	39
3.6. La resocialización.....	40
3.7. Tratamiento.....	41
3.7.1. Fundamento.....	42
3.8. Exigencias de la reinserción social del reo.....	44
3.9. El proceso de resocialización.....	44

CAPÍTULO IV

4. Contradicción entre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema penitenciario en Guatemala.....	47
4.1. El problema sobre las antinomias, contradicciones o incompatibilidad de las normas.....	47
4.2. La lógica formal para razonamiento.....	50
4.3. Principios lógico - formales supremos.....	51
4.3.1. Principio de identidad.....	52
4.3.2. Principio de no contradicción.....	52
4.3.3. Principio de ley de tercero excluido.....	54
4.3.4. Principio de ley de razón suficiente.....	54
4.4. Lógica simbólica.....	56
4.5. Lógica alética.....	57
4.6. Lógica dialéctica.....	58



4.7. Lógica jurídica o deóntica.....	59
4.8. Problemática.....	61
4.9. Solución a la problemática.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65



INTRODUCCION

El problema sobre las antinomias, contradicciones o incompatibilidad de las normas, ha sido a través de los tiempos una dificultad a resolver, principalmente porque en el análisis jurídico priva la tesis según la cual el ordenamiento legal constituye un sistema se puede expresar también que el derecho en estricto, sentido no permite antinomias sin embargo este problema se ha venido observando a través de los tiempos.

En nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos celebres; constituciones de Justiniano en donde en el Digesto se afirma; determinantemente que no existen normas incompatibles entre sí y usa la palabra antinomia. Así pues, en el Derecho Romano se consideró a través de los siglos que no existían antinomias ya que las normas entre si tenían plena coherencia además de ser una constante para los intérpretes durante la vigencia de este derecho.

No se debe perder de vista que los juristas e interpretadores del derecho tenían como función y actividad principal la de eliminar las antinomias que se llegasen a presentar haciéndose de todos los medios hermenéuticos que tuvieron a su alcance de ahí la elaboración de reglas técnicas para apreciar e identificar cuando existiera contradicción entre las normas.



CAPÍTULO I

1. Elementos que figuran en el sistema penal

1.1. El imputado

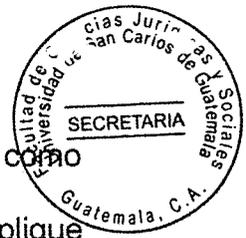
“El imputado es toda persona de existencia física que es indicada, en un acto del proceso, como partícipe en el hecho que se investiga o se va a investigar, nominándola o individualizándola de otro modo (por ejemplo, proporcionando datos individualizadores aunque no se conozca su nombre) en los actos iniciales (denuncia, querrela) o disponiendo contra ella medidas de coerción (por ejemplo, detención, citación)”.¹

José I. Cafferrata Nores: señala “Imputado es aquella persona que ha sido indicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra”.²

El Artículo 70 del Código Penal, contiene variadas designaciones dadas al imputado, indicando que éste puede llamarse también sindicado, procesado o acusado, si sobre él recaído el señalamiento de haber cometido un ilícito punible, mientras que será condenado aquel que ha sido declarado culpable en sentencia firme.

¹ Creus, Carlos. **Derecho procesal penal**. Pág. 267

² **El Imputado**. Págs. 16-17.



Jurgen Baumann: "Es, sin más, el sujeto procesal pasivo".³ El proceso penal tiene como fin la objetividad de la investigación, para que surja la verdad, de manera que se aplique en su justa medida el derecho y decidir si ha sido o no conculcado por quien es sindicado de un acto dañoso.

A continuación nombraré las diferentes denominaciones que le da el doctor en Derecho Giovanni Orellana. En su obra Teoría General del Proceso.

Sindicado: "se le llama así cuando se conoce que alguna persona cometió un hecho ilícito. Se le sindicado de haberlo cometido por eso se le llama sindicado."⁴

Imputado: "A este sujeto procesal se le llama imputado en la primera declaración, cuando se le hace saber con palabras técnicas y jurídicas que cometió un hecho delictivo: aquí se le hace la imputación, por eso se le llama imputado."⁵

Intimado: "Aquí se le hace saber el hecho delictivo que cometió, pero con palabras sencillas, se le hace la intimación, por eso se llama intimado."⁶

Acusado: "Aquí es cuando el fiscal del Ministerio Público termina la investigación y formula la acusación: por eso se le llama acusado."⁷

³ Baumann, Jurgen, **Derecho procesal penal**. Pág-192.

⁴ Orellana Donis, Eddy Giovanni, **Teoría general del proceso**. Pág. 134.

⁵ **Ibid**

⁶ **Ibid**

⁷ **Ibid**



Procesado: "Aquí es cuando el fiscal del Ministerio Público formula la apertura a juicio y el juez remite el expediente a un tribunal de sentencia y se convoca a debate; por eso es que se llama procesado."⁸

Sentenciado: "Aquí es cuando ya se dicta sentencia; por eso se le llama sentenciado."⁹

Inocente: "Aquí es cuando la sentencia es absolutoria; por eso se le llama absuelto o inocente."¹⁰

Condenado: "Se llama así a aquél sobre quien haya recaído una sentencia condenatoria firme".¹¹

Ejecutado: "Aquí es cuando ya se encuentra el expediente en la fase de ejecución y se ejecuta la sentencia por eso es que se le llama ejecutado."¹²

1.2. La defensa

Como señala Benito Masa, "el sentido lato se entiende por defensa, toda actividad que las partes realizan para hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en atención a la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o bien para

⁸ Orellana. **Ob. Cit.** Pág. 134

⁹ **Ibid**

¹⁰ **Ibid**

¹¹ **Ibid**

¹² **Ibid**



impedirla, según sea su posición procesal; desde esta perspectiva y la defensa específica o procesal.”¹³

Señala Fenech que “se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.... Junto (a la anterior) encontramos la defensa específica o procesal, también llamada profesional, que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tiene como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes, que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección, en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue y en definitiva, facilitar los fines del mismo.”¹⁴

Lo anterior se encuentra establecido en el Código Procesal Penal en su artículo 71, primer párrafo; “los derechos que la constitución y este código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización”.

En cualquiera de los criterios expuestos sobre la naturaleza jurídica del proceso, nos encontramos con factores indispensables procesalmente, esto es, lo que varios autores llaman elementos, divididos en dos como son los elementos subjetivos y los objetivos, sin cuya presencia no puede producirse el proceso, por más que en la época científica

¹³ Masa, Benito. **Cursó de derecho procesal guatemalteco**. Pág.129

¹⁴ Fenech, Miguel. **Derecho procesal penal**. Pág. 373-374.



se dio prioridad a los elementos subjetivos, lo que significó el surgimiento de la teoría de la relación jurídica, puesto que esos elementos consisten en las dos personas, o conjunto de ellas, que interviene, de un modo u otro, en el desenvolvimiento del proceso, con las atribuciones que la misma ley procesal les va señalando, lo que no necesariamente encamina directamente al objeto o fines del proceso, pues los terceros, por ejemplo, sin estar ligados en forma directa, se manifiestan de alguna manera en el proceso, dando lugar a actos procesales que constituyen elementos objetivos.

Los elementos objetivos del proceso penal, entonces, son todos los actos que los sujetos o partes efectúan en el desenvolvimiento procesal, siendo preciso señalar que, aunque fraccionados, van integrando la unidad del proceso, de tal modo que implique avance continuo.

En la legislación comparada, generalmente existe uniformidad de esa actividad, cuyo fraccionamiento, unitario, como hemos dicho, toma distintas designaciones; de tal manera que lo mismo se habla de actos que de fases, periodos, etapas, etc., que, desde luego, tiene su carácter propio, pero todos relacionados entre sí.

1.3. El defensor

Benito Masa al respecto señala, "El defensor es el sujeto que realiza los actos propios de la defensa; en este sentido, es menester advertir que hablaremos del Defensor, refiriéndonos a las partes privadas, con exclusión de las partes públicas, o sea el



Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación, que actúan por su Sin necesidad de asistencia profesional exterior”.¹⁵

Al oponerse a la intimación, ya sea en la declaración indagatoria o en cualquier oportunidad en que se exprese, el imputado está ejerciendo su natural defensa material, la que se combina o complementa con la defensa técnica, desarrollada profesionalmente por abogado, imprescindible en el proceso por la serie de derechos que asisten al sindicado y el ejercicio del principio de igualdad de las partes, pues, de actuar solo, habría de enfrentarse desventajosamente con profesionales del Derecho, como son los fiscales o los patrocinantes del querellante y de otros intervinientes de eventualidad.

Para ello, la ley admite defensor desde el momento mismo de la detención y para su asistencia durante todo el proceso; una defensa que debe ser técnica, para asesorar y aconsejar en todo lo relacionado a la solución favorable en el desvanecimiento de la imputación.

El defensor técnico debe participar constante y permanentemente, lo que implica vigilancia de que se observara un trámite legal, en seguimiento de llegar a la verdad y el logro de la justicia. Su preparación profesional le obliga a la búsqueda de lo justo, respeto a la ley y observancia de una conducta de cimientos morales, como dicta la ética, su experiencia determina el consejo oportuno y eficaz.

¹⁵ Masa, Benito. **Cursó de Derecho procesal guatemalteco**, Pág.110.



El Código Procesal Penal ha recogido la institución de la defensa técnica y regula en forma general, lo referente a su establecimiento entre los artículos 92 y 106, los que resumimos dicen así: El derecho de proponer defensor corresponde al imputado si lo tiene de su confianza.

En caso contrario, impide que pueda defenderse por sí, siempre que no haya perjuicio de la defensa técnica, cuya actividad no limita la facultad del sindicado para hacer peticiones y observaciones en el proceso.

Si el imputado tuviere dos o más defensores, no pueden actuar simultáneamente en el debate o en cualquier otra actividad procesal.

La noticia, en cada caso, se hará a uno de los defensores, con lo que se entiende que es para todos, sin que la sustitución cause alteración, aunque la ley disponga dividir sus funciones.

Estando en prisión el imputado, cualquiera puede solicitar que se le provea defensor, petición que se hará por escrito ante la policía, las autoridades carcelarias, o bien, solicitarlo verbalmente ante el Ministerio Público o ante el juez, defensor que iniciará su actuación si la urgencia del caso lo decide, aunque en forma provisional.

Otro derecho del imputado es el de cambiar defensor, pero no habrá reemplazo sino hasta asumir el siguiente. Esta disposición es válida para el defensor de confianza



como para el designado de oficio. Todo defensor actuará de acuerdo con su defendido y tiene responsabilidad inherente al cargo, pues no puede ir más allá de la ley.

Cuando el defensor abandone el cargo sin justificación o lo deje sin su auxilio o asistencia, se llamará al sustituto, y si éste no acude, se nombrara de oficio. Los sustitutos no podrán ser nombrados en el mismo procedimiento. El imputado, sin embargo, puede designar a defensor de su confianza.

El defensor no puede faltar al sigilo profesional revelando situaciones que dañen a su defendido.

Abandonar la defensa acarrea la responsabilidad de pagar las costas que significan el reemplazo, además de las sanciones del caso y el incumplimiento de esa obligación se comunicara al tribunal de honor del Colegio de Abogados y Notarios.

Ahora bien, el abogado antes de aceptar el cargo puede consultar el expediente del procedimiento preparatorio, aun antes del vencimiento del plazo de reserva que señala la ley, pues el Código Procesal Penal establece en su artículo 314 segundo párrafo que. “las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios...” Pero, una vez que ha aceptado la obligación de desempeñar el cargo, no puede separarse de él sino por razones que lo justifiquen. Cualquier separación o suspensión en el cargo obliga a nombrar un defensor sustituto o a un defensor de oficio.



Por último podemos decir que los abogados defensores están sometidos a un régimen de responsabilidad por demás estricto, estableciéndose en los artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal lo siguiente. “Se prohíbe al defensor descubrir circunstancias adversas a su defendido, en cualquier forma en que las haya conocido”. El abandono de la defensa constituirá falta grave y obligará, a quien incurra en él, a pagar el gasto de las costas provocadas por el reemplazo, sin perjuicio de las sanciones correspondientes. El abandono será comunicado inmediatamente al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

1.4. El juez

Para indicar lo que es el juez, Jorge R. Moras Mom: Señala “Juez penal es el representante del poder judicial para el ejercicio de la función penal, esto es la potestad de aplicar el derecho objetivo a casos concretos. Actúa en forma unipersonal o colegiada, en juzgados o en tribunales o cámaras. Se separa la instrucción del juzgamiento (juicio) en instancia única. O sea lo hace todo junto al juez”.¹⁶

Alberto Binder: “Es el funcionario del estado que ejerce un determinado poder, denominado poder jurisdiccional”.¹⁷

El segundo párrafo del artículo 203 de la Constitución Política señala: “Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones, y únicamente están

¹⁶ Moras Mom, Jorge R. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Pág.43

¹⁷ Binder, Alberto M. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. Pág.294.



sujetos a la Constitución y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitara para ejercer cualquier cargo público”.

1.5. El querellante

El querellante según Jorge R. Moras Mon: Indica “Es el sujeto privado acusador que, asumiendo voluntariamente el ejercicio de la acción penal emergente de un delito cometido en su contra en forma directa, impulsa el proceso, proporciona elementos de convicción, argumenta sobre ellos y recurre de las resoluciones en la medida que le concede la ley”.¹⁸

Miguel Fenech: Define “Aquella parte acusadora contingente que pide en el proceso penal la actuación de la pretensión punitiva, bien como persona ofendida por el delito, o bien virtud de la facultad concedida por la ley”.¹⁹

Jorge A. Clariá Olmedo: Señala “Es el que ejercita la acción penal, constituyéndose en parte en el proceso penal por él provocado en la querella”.²⁰

Guillermo Cabanellas: Establece “Quien presenta una querella ante el fuero criminal. Quien es parte acusadora en el proceso penal, por haberse solicitado por escrito, y en la forma debida, ante juez competente, la represión de un delito de que hayan sido

¹⁸ Manual de derecho procesal penal. Pág. 46

¹⁹ Derecho procesal penal. Pág. 319.

²⁰ A. El proceso penal. Pág. 74.



víctima él o los suyos; y aun no habiéndole afectado, si se trata de delito público en que cabe ejercer la acción popular.²¹

El código Procesal Penal acoge la figura del querellante bajo distintas denominaciones, así:

1.6. El Ministerio Público

Guillermo Cabanellas: Indica “la institución y el órgano encargado de cooperar en la administración de justicia, velando por el interés del Estado, de la sociedad y los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, haciendo observar las leyes promoviendo la investigación y represión de los delitos”²²

Miguel Fenech: afirma “es una parte necesaria, acusadora, de carácter público encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”²³

1.6.1. Ley Orgánica del Ministerio Público

“El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

²¹ **Diccionario jurídico elemental.** Pág.332.

²² **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Pág.424

²³ Fenech, Miguel. **Derecho procesal penal.** Pág. 309.



En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece”

La actividad jurisdiccional es susceptible de ponerse en marcha ante requerimientos formales derivados de una petición provocada por la comisión de hechos punibles, requerimientos que van produciendo hasta la finalización procesal, según las facultades otorgadas a quienes participan legítimamente.

En ese sentido, hay un elemento subjetivo del proceso penal, conocido como acusador, que puede ser público o particular y, siendo público constituye un órgano estatal u oficial, como el Ministerio Público, instituido para la práctica de la persecución penal, mediante el procedimiento preparatorio y dirigirá las investigaciones que realice por sí o por la policía, de acuerdo al Artículo 107 del Código Procesal Penal.

Lo que trae como consecuencia la promoción de la acción penal pública, ejercicio que se le ha otorgado constitucionalmente en el Artículo 251 y que reitera el numeral 1, del Artículo 2 de su Ley Orgánica.

Esa promoción jurisdiccional que requiere el Ministerio Público, ha significado el abatimiento del procedimiento ex officio, que por mucho tiempo formó legislaciones, de manera que había un sistema agotador e inefectivo de parte de los tribunales, conocido como inquisitivo, cuya sola denominación retrae la investigación y la actividad jurisdiccional de épocas pretéritas de ignominia y crueldad.



Se ha considerado por los tratadistas de la teoría general del proceso, que el Ministerio Público es un órgano de justicia; pero no con poderes jurisdiccionales, que son propios de las funciones del Organismo Judicial, ya que el poder de justicia del Ministerio Público significa que su actividad procesal no solo se refiere a enmendar el orden público, perturbado por ilícitos, y conseguir la condena de los alteradores, sino también impugnar a su favor, cuando así lo estime en facultad que le concede en el Artículo 398 del Código Procesal Penal, de la misma manera en que puede pedir al órgano jurisdiccional que el expediente de instrucción se archive, si considera que el hecho denunciado no es susceptible de calificarse como delito o no hay condiciones inherentes de procedibilidad, como dice el Artículo 310 del mismo cuerpo legal.

Aun cuando en el curso del proceso el Ministerio Público tiene funciones y atribuciones específicas, como veremos en cada oportunidad, debemos precisar que, aparte de resguardar el orden administrativo, la eficacia jurisdiccional, el cumplimiento de las leyes para conservar el orden público, también posee funciones primordiales que significan el mantenimiento de la justicia social, lo que conlleva el deber de sobrepasar su facultad acusatoria penal, de manera que su cometido es de equidad cuando asume criterios que impedirán el inicio procesal, si no existe razón para requerir el movimiento judicial. Por eso, el Ministerio Público y sus fiscales no deben someterse a voluntades ajenas, pues, como ente oficial, actúa con el poder que le delega el estado, cuyo objetivo es mantener el equilibrio social. No otra cosa se deduce del numeral 4 del Artículo 2 de su Ley Orgánica, que lo obliga a la preservación del Estado de derecho y al respeto por los Derechos Humanos, para que su participación procesal sea



consiente, ágil, objetiva y eficaz, con el fin de lograr una óptima administración de justicia.

Su actuación procesal, pues, debe estar imbuida de ética, capacidad y sensibilidad, para que ejercite adecuadamente la acción penal, realice investigaciones que proporcionen probanza cierta; que sus requerimientos sean razonables y cuidar la presencia de los demás sujetos procesales, si se trata de obtener y ofrecer medios de prueba, como establecen los Artículos 47 al 50 de su Ley Orgánica, pues no en balde se organiza en fiscalías de protección general hacia la niñez o a la mujer; para evitar la corrupción administrativa y para actuar contra ilícitos económicos, de narcoactividad, de aquellos contra el ambiente y en asuntos de resguardo constitucional, de amparo y vigilancia en las exhibiciones personales que se produzcan, secciones que se enumeran en el Artículo 30 de la citada Ley Orgánica.

Habrá de poner cuidado en la forma de ejecución de las penas, para evitar insanias, abusos y excesos, según mandato del Artículo 38 de su misma ley. Tiene una dependencia administrativa que asume la protección de las personas que participan en el proceso, según el Artículo 38 de su misma ley. Tiene una dependencia administrativa que asume la protección de las personas que participan en el proceso, según el Artículo 41 de la misma ley.

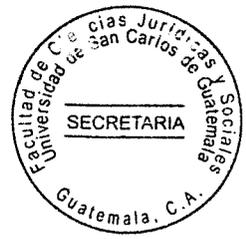
En resumen sus funciones deben responder a la creación de la justicia, bajo el principio de imparcialidad y con base en la realidad de los sucesos que habrá de descubrir en su actividad investigadora, para lo que también cuenta con la policía, aunque ésta puede



actuar por sí en casos de denuncia directa, pero estará supeditada al juez respectivo y en coordinación con el Ministerio Público en la investigación, de acuerdo a los Artículos 112 y 113 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público, como institución de un estado de derecho contemporáneo, no solo tiene tareas de perseguir, requerir, y mantener la acusación procesal, sino el deber ineludible de hacer surgir la verdad de los hechos discutidos, con base en un proceso legal y el resguardo del interés público.





CAPÍTULO II

2. La prisión preventiva como figura jurídica del sistema penal acusatorio

2.1. El sistema penal acusatorio

Se indica que es el primer sistema procesal penal en la historia de la humanidad, que se puso en práctica especialmente en la antigua Grecia y en los comienzos del antiguo Imperio Romano.

En las sociedades primitivas que precedieron a las sociedades ya mencionadas, no se contaba con una completa organización estructurada del poder público en las cuales la acción procesal fue de carácter popular y con el paso del tiempo, se realiza el juicio con intervención del ofensor frente a un árbitro o un tribunal que finalmente resuelve el caso.

2.2. Sistema inquisitivo

El sistema inquisitivo o también conocido como de imposición que tiene su origen durante la Edad Media en Roma como instrumento de la Iglesia Católica para procesar principalmente a los herejes, brujas, hechiceros y al poder feudal.



A principios del año 1200, el sistema inquisitivo se expande por Europa, principalmente en España, Francia y Portugal. "En Roma en el año de 1588 el Papa Paulo III establece la Congregación de la Inquisición con el nombre del Tribunal del Santo Oficio."²⁴

Al establecerse el sistema inquisitivo en los procesos penales de Europa, como notas se tiene al procesado como objeto del proceso, hay una concentración del poder en una sola persona, el inquisidor, quien era precisamente el monarca como encargado de toda la jurisdicción.

A esto se agrega la delegación de la jurisdicción en funcionarios de rango menor ya que personalmente le resultaba imposible a dicho monarca conocer y tramitar todos los procesos, pero que en los casos de mayor trascendencia era quien en última instancia los resolvía.

Aparte de las anteriores notas, se puede decir, que las características esenciales de este sistema son:

- a) La facultad soberana del Estado, a través del juez, de la persecución penal quien, además, juzga y ejecuta;
- b) La persona que es procesada es considerada como objeto del proceso, infiriéndole tratos crueles e infamantes y hasta cierto punto institucionalizando la tortura para obtener la confesión considerada como la reina de las pruebas

²⁴ Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Exposición de motivos del código procesal penal**. Pág. 13.



c) valorada bajo el sistema de prueba tasada o legal;

d) Una investigación totalmente secreta, que consta en toda su extensión por escrito, por ende la ausencia de un debate, así como la muy lejana posibilidad de defensa del procesado, dando lugar a la ausencia total del contradictorio, en consecuencia al juez le servía de base fundamental todo lo que constaba por escrito para dictar sentencia.

Se debe considerar lo que se indica del sistema inquisitivo al establecer: "el sistema inquisitivo es ad-hoc para gobiernos autoritarios, totalitarios y hasta de-facto, ya que la persecución penal constituye un derecho de los órganos jurisdiccionales cuya intervención no requiere de una solicitud o de la actividad de un acusador.

2.3. La acusación

La acusación y la función de juzgar se encuentran reunidas en el juez, frente al cual el imputado está en una posición de desventaja, pues el carácter semi-secreto y escrito dificulta la defensa e impide contraponerse al investigador por su papel de juez y parte; prevalece, así mismo, la prisión provisional del procesado, la dirección de las pruebas está a cargo del juzgador quien dispone del proceso."²⁵

Ese sistema inquisitivo se lo aplicaban aun siendo contrario a los principios o leyes naturales; por eso es inquisitivo por ser la manera establecida en la materia, y debe ser complicada a su cabalidad por ser inquisitiva y no puede cambiarse.

²⁵ Guillermo Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 3.



2.4. La prisión preventiva como figura jurídica

Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente"²⁶.

Mientras que, quienes la consideran excesiva, lo hacen desde la óptica de las restricciones formales de un procedimiento penal acorde con un estado de derecho.

Los argumentos de críticos y defensores se producen en dos planos diferentes, quienes desean ampliarla invocan el deber de una administración de justicia eficiente de poner coto a la criminalidad; es decir, convertir a la prisión preventiva en un instrumento efectivo de lucha en contra de ésta.

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

Aun cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la

²⁶ Crítica al derecho penal de hoy. Pág. 105



acción de la justicia, aprovechando el estado de inocencia de que goza durante el proceso, es lo cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, tal como quedó demostrado en la publicación "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"²⁷

En este sentido afirma el profesor Raúl Zaffaroni, en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.

Ante esta disfunción -que solo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho".²⁸

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez contralor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores

²⁷ Carranza, Elías, **El preso sin condena en América Latina y el Caribe**. Pág. 98.

²⁸ **El derecho a la libertad en el derecho penal**. Pág. 118.



desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos.

Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad a la colectividad", asignándole un carácter de "sedante social" frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar.²⁹

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

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

²⁹ La detención preventiva. Pág. 18



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

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

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

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

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



de la sanción penal".³⁰

En primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero éstos se convierten en la práctica de una función instrumental y de garantía.

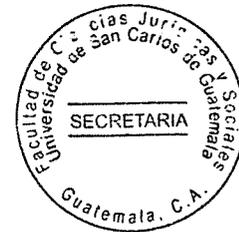
La coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo nos ocuparemos de la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

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

También un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: "la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".³¹

³⁰ Domínguez, Federico. **El derecho a la libertad en el proceso penal**. Pág. 9.

³¹ Lobet, Javier, **La prisión Preventiva (límites constitucionales)**. Pág. 177.



2.5. Definición de la prisión preventiva

Se define como el “estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal”.³²

2.6. Problemática de la prisión preventiva

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

Según Elías Carranza “es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad”.³³

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

³² Velez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Pág. 507

³³ **Criminalidad ¿prevención o promoción?**. Pág. 95.



de averiguación de los delitos, sino también el de depender de la disposición de denunciar que tienen las víctimas.

El recurso a la "seguridad ciudadana" ha sido capitalizado políticamente en el medio, y a él se ha vinculado solo lo referido al tema de la seguridad personal y del patrimonio frente a la potencial agresión.

Se puede afirmar que se ha desarrollado una histeria colectiva, por ese sentimiento de "inseguridad" que han fomentado los medios de comunicación, fenómeno que es altamente peligroso, pues nos conduce por equivocados caminos no solo en materia de política criminal, -si es que puede hablarse de ella en nuestro país-, sino también en la actitud de la población que ha optado por recurrir a organizarse para supuestamente garantizarse la seguridad personal.

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

El concepto, que es bastante difuso, ha sido empleado como sinónimo de seguridad física en las calles, desconociéndose que incluye también lo referido a libertades públicas y privadas, conformadas por derechos básicos y fundamentales como los



políticos, económicos y sociales, que nunca se han visto afectados cuando ha habido un incremento de actividades delictivas.

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

Señala el Dr. Javier Llobet que en Latinoamérica, a diferencia de lo ocurrido en la época del fascismo en Europa en donde fueron las filas oficialistas las que se agruparon reclamando una mayor represión contra la criminalidad, las críticas se producen en el marco de la libertad de prensa y de la realización de elecciones, "es importante anotar que el reclamo de una mayor seguridad ciudadana, abandonando las garantías penales y procesales, está íntimamente relacionado con la libertad de prensa y el desarrollo de elecciones. Sin embargo, paradójicamente las campañas de ley y orden llevadas a cabo por la prensa, desembocan en el llamado a un Estado fuerte, de rasgos autoritarios, que puede dar lugar a que se suprima la libertad de prensa y la democracia"³⁴

En un régimen democrático, la delincuencia solo puede reprimirse a través de los procedimientos establecidos en forma previa, de conformidad con los principios del respeto a la dignidad del ser humano. En este sentido, es indispensable que, si en la etapa procesal de investigación, con el objeto de proteger los fines del proceso y

³⁴ Ob. Cit; Pág. 118.



mantener vinculado a quien se somete al mismo, se debe restringir su libertad, solamente se pueda tomar tal determinación como última ratio, con las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido, dentro del orden sistemático que conforma el debido proceso.

Las necesidades estatales de aplicación del derecho penal jamás deben sacrificar las libertades y derechos fundamentales de las personas. Según el profesor Daniel Pastor, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales "se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado".³⁵

Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos ratificados por el Congreso de la República, para saber hasta dónde, como señala Daniel Pastor: "el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza"³⁶.

Lamentablemente en Guatemala se ha respondido al aumento de la delincuencia de

³⁵ Pastor, Daniel; **El encarcelamiento preventivo**, Pág. 44.

³⁶ Pastor, **Ob. Cit**; Pág. 44.



una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso.

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

El aumento desmedido de las leyes de tipo penal no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario. La historia ha demostrado que los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad.

Las dictaduras militares latinoamericanas, en su mayoría legitimaron sistemas de excesiva represión y permitieron los abusos que todos conocemos. El control se inició primero con la delincuencia común, pero los perseguidos fueron muy pronto los sindicalistas, los opositores políticos y simples ciudadanos.

Además del aumento de las leyes algunos proponen incrementar el término de la



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

2.7. Cárcel

En un sentido amplio nos referimos a este término como el lugar, edificio o local físico en donde se destinará la custodia y seguridad de los presos. Dentro de éste concepto genérico, existen otras denominaciones, relacionadas con los locales destinados a la reclusión de delincuentes o presuntos delincuentes. Corrientemente se llama cárcel la destinada a las detenciones preventivas (cárceles de encausados) o al cumplimiento de penas de corta duración, contrario a la prisión o presidio.

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

2.8. Naturaleza y caracteres de la prisión preventiva

Es la medida más grave que el Estado está autorizado a adoptar en ausencia de juicio y que implica la privación total de libertad física sin un juicio definitivo, debe estar rodeada de las más estrictas garantías y reservas. La prisión preventiva es la modalidad más radical de intervención del Estado durante el desarrollo del proceso penal, pues incide en el núcleo del derecho a la libertad personal del sujeto.



2.9. Excepcionalidad de la prisión preventiva

La teoría procesal penal reconoce como principios que determinan el uso de la prisión preventiva a la excepcionalidad en el uso de la misma; la proporcionalidad en la reacción del Estado con la finalidad que persigue; y el grado de desarrollo de la imputación de responsabilidad sobre el que la medida se funda.

El Artículo 14 del Código Procesal Penal regula la interpretación de las normas relacionadas con la prisión preventiva, en el sentido de que ésta debe ser restringida y de aplicación excepcional.

El carácter excepcional de ésta es una consecuencia de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y de la prohibición de aplicar una pena antes de que se haga efectiva una sentencia condenatoria firme.

La necesidad de la prisión preventiva debe tener como límite dentro del Estado de Derecho la proporcionalidad.

El juez debe atender a la posible pena que espera el sindicado al momento de decidir la prisión preventiva en coherencia con éste principio, el Código Procesal Penal impide al juez ordenar la prisión preventiva por delitos no conminados con pena de prisión o cuando no se espera tal sanción.



2.10. Requisito formal para motivar el auto de prisión preventiva

El problema por el que constantemente se atraviesa en el proceso penal guatemalteco, en el momento que un sindicado es llevado ante la judicatura, es la motivación de la prisión preventiva que hace el juzgador de ella. Este primer ámbito de imposición de esta medida de coerción, corresponde a los requisitos formales (estrictamente legales).

Un requisito formal básico para decretar la prisión preventiva, es haber oído al imputado, dentro de un acto procesal denominado declaración del imputado, regulada en el Artículo 259 del Código Procesal Penal. Este acto procesal requiere que el mismo sea realizado frente al juez competente, y este último es quien, posterior al pronunciamiento o no del sindicado, decidirá si impone la medida de coerción o no.

Por lo anterior se desprende, que el auto de prisión preventiva no se genera como un acto aislado del juzgador, que puede realizar en cualquier momento del proceso, sino que tiene como requisito un acto procesal denominado declaración del imputado.

Este acto procesal debe ser inmediato, y de la garantía de su presencia se desprenderán las motivaciones materiales (fácticas y jurídicas) que provocarán la necesidad de imponer dicha medida de coerción, además requiere de otros presupuestos básicos que establece la norma procesal penal guatemalteca (comunicación del hecho que se le imputa, circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calificación jurídica provisional de ese hecho, las pruebas existentes).



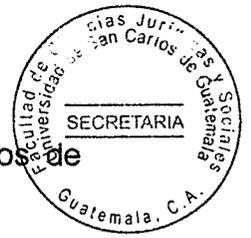
Éste es el primer acto procesal formalmente válido, dirigido en contra del imputado.

Si en la declaración del imputado, no se cumplen los requisitos formales (presencia del juez competente, del defensor, del fiscal, de intimarle procesalmente al imputado, hacerle saber sus derechos, entre otros), se podrá objetar dicho acto, haciendo las protestas debidas y pedir que queden consignadas en el acta de declaración del imputado.

Con esto, se allanará además, el camino para un posible recurso o acción procesal de defensa, en virtud que se debe velar y garantizar que el sindicado frente a este acto procesal, esté en las condiciones psíquicas y físicas necesarias para garantizar su defensa técnica que, al ser violadas, generará un defecto absoluto de esta actividad procesal.

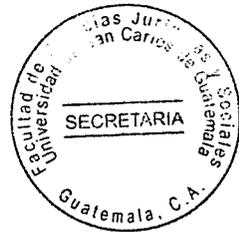
2.11. Duración de la prisión preventiva

La presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, pues de lo contrario se desnaturalizaría su carácter de cautelar y se convertiría en una pena anticipada. Además, ante una situación de prisión preventiva prolongada en el tiempo, se genera "una especie de presión sobre el magistrado que evalúa las pruebas y aplica la ley, en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad. Es decir, aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que



justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de
convicción no sean contundentes”³⁷

³⁷ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en República Dominicana, 1999. Apartado 221. Pág. 402



CAPÍTULO III

3. Los fundamentos jurídicos del régimen progresivo para la resocialización del privado de libertad

Puede decirse que este sistema o régimen de resocialización del reo es propio del Estado social que puede incidir en la personalidad del delincuente con el fin de reinsertarlo nuevamente a la sociedad.

3.1. Régimen progresivo

El régimen progresivo tiene como finalidad lograr la aplicación de un tratamiento penitenciario en el tiempo que dura la ejecución de las penas privativas de libertad, utilizando métodos psicológicos, pedagógicos y sociales para modelar la personalidad de los reclusos, neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva del penado, para que después pueda reinsertarse a la sociedad en forma productiva.

El régimen progresivo emerge de la fase resocializante, e implica que la resocialización del sujeto no se puede conseguir a través de una acción uniforme sino con rehabilitaciones variables durante el cumplimiento de la pena, con varias etapas, y el tránsito entre una y otra depende según el sujeto se vaya ajustando.

Osorio, aborda el tema del sistema progresivo indicando lo siguiente: "Dentro



de las muy divergentes normas penitenciarias, se conoce con el nombre de sistema progresivo aquél que atiende a la readaptación social del penado mediante el cumplimiento de la pena dividiendo ésta en diversas etapas, cada vez menos rigurosas y de acuerdo con la conducta que el reo vaya demostrando.”³⁸

Por su parte Cabanellas indica: “El penitenciario que se funda en el instaurado por el capitán Mac Onochie, en Botany Bay (Australia). Constituye una combinación de los sistemas de Aurburn y de Pensilvania... con el agregado de la libertad condicional.”³⁹

En la Ley del Régimen Penitenciario en su Artículo 56 define: “El Régimen Progresivo es el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y readaptación social de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación social.”

De acuerdo a los conceptos mencionados, puede decirse, el sistema progresivo contempla distintas etapas durante la ejecución de la pena hasta el completo reintegro del individuo en sociedad, teniendo como base la conducta y el trabajo del condenado.

Consiste en permitir que el recluso atraviese a lo largo de su vida en prisión, por una sucesión de periodos con el fin de capacitarlo para su vida en libertad y el mantenimiento de la disciplina en la cárcel.

³⁸ Ob. Cit. Pág. 901.

³⁹ Diccionario enciclopédico de derecho usual. Pág. 452.



Con el gradualismo se refleja en el principio de que la disciplina debe ser mantenida a través de estímulos positivos antes que por medio de medidas meramente represivas, alentar al recluso para que mantenga una línea de conducta antes que amenazarlo con castigos corporales.

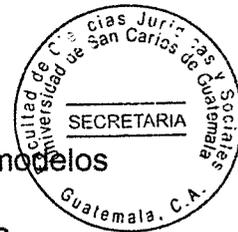
3.2. Readaptación

Castillo González al respecto indica: “La readaptación y la reeducación, representan deberes para las autoridades responsables del denominado sistema penitenciario y la inobservancia de los deberes, da lugar al delito penal denominado Incumplimiento de Deberes, del Código Penal;... el delito se podrá establecer a través de investigaciones y auditorías administrativas, practicadas por la Dirección del Sistema Penitenciario o por el Ministerio Público, de oficio o por gestión de algún particular.”⁴⁰

3.3. La socialización

La socialización es el proceso mediante el cual los individuos pertenecientes a una sociedad o cultura aprenden e interiorizan un repertorio de normas, valores y formas de percibir la realidad, que los dotan de las capacidades necesarias para desempeñarse satisfactoriamente en la interacción social; aún más allá de ésta, puesto que las habilidades intelectuales y emocionales se adquieren a través de actividades interactivas, numerosas corrientes psicológicas y filosóficas sostienen, que la identidad

⁴⁰ **Constitución Política de la República de Guatemala, Comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos de apoyo, opiniones y sentencias de la Corte de Constitucionalidad. Pág. 75.**



individual, es decir, el concepto que la persona tiene de sí misma, sus modelos cognitivos y sus impulsos emotivos, es ella misma el resultado de la socialización.

3.4. Características

Entre las características del sistema progresivo se pueden indicar las siguientes: división del período de cumplimiento de la pena en etapas; la humanización; profesionalización del personal penitenciario; la individualización, entre otras.

a) División del período de cumplimiento de la condena en etapas. En el sistema progresivo, el tiempo de duración de la sanción se divide en etapas para la aplicación del tratamiento penitenciario. El recluso va cambiando de período o etapa conforme va progresando.

Esto conlleva cambiar el módulo o establecimiento en donde está recluso a otro de mejor condición, con esto se le motiva a mejorar su conducta dentro del penal.

b) La humanización. Con la implementación de este sistema se puede lograr la humanización de la pena privativa de libertad ya que se supera el solo hecho de limitar esa libertad involucrando en actividades productivas de carácter laboral, educativo y recreativo en forma individual y colectiva. Con esto se logra minimizar los daños psicológicos creados en la persona del recluso.



En igual sentido, el recluso ya no solo se encuentra frente a un grupo de guardias que lo custodian sino que al participar en el tratamiento penitenciario, se encuentra frente a personal profesional por lo que el trato es más humano y se respeta su dignidad.

c) Profesionalización del personal penitenciario. La profesionalización del personal penitenciario es clave para lograr eficazmente el sistema progresivo.

El personal del sistema penitenciario debe poseer el nivel intelectual adecuado y necesario para el tratamiento penitenciario. Se debe ejercer influencia positiva sobre la personalidad del recluso e inculcarle los valores socialmente aceptados para la convivencia pacífica. En este sentido la Escuela de Estudios Penitenciarios no solo debe limitarse a la capacitación de los guardias de seguridad sino a preparar constantemente al personal dedicado a la implementación del régimen progresivo.

d) La individualización. Con la individualización de los reos se determina y clasifica en grupos que tienen las mismas necesidades de asistencia y tratamiento tomando en cuenta la duración de la pena, lo que conlleva a distribuirlos en establecimientos adecuado para cada grupo.

3.5. Fases del régimen progresivo

Ossorio indica tres fases que son: “Un primer período de observación; de un segundo, de tratamiento; y de un tercero, de prueba, siendo las últimas etapas de éste las de



libertad vigilada y de libertad condicional.”⁴¹

Cabanellas en cuanto a las fases del sistema progresivo indica: “El tratamiento penal se funda en la individualización, y se despliega gradualmente, conforme se observa la regeneración o corrección del delincuente. Las principales etapas son: 1ª aislamiento celular nocturno y diurno; 2ª aislamiento celular nocturno y trabajo diurno en comunidad, pero en silencio; 3ª libertad condicional. Los períodos se suavizan en grados, en los que cabe retroceso disciplinario. La laboriosidad, buena conducta e interés didáctico se traducen en bonos o puntos, convertidos luego en beneficio.”⁴²

La ley del Régimen Penitenciario en su Artículo 57 establece las fases de implementación del sistema progresivo de la siguiente forma: “El sistema progresivo comprende las fases siguientes:

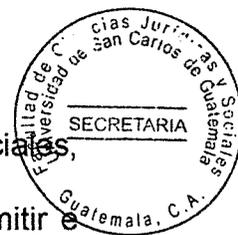
- a. Fase de diagnóstico y ubicación;
- b. Fase de tratamiento;
- c. Fase de prelibertad; y,
- d. Fase de libertad controlada.”

3.6. La resocialización

El proceso de socialización, se entiende como la asunción o toma de conciencia de la

⁴¹ Ob. Cit. Pág. 901.

⁴² Ob. Cit. Pág. 542



estructura social en la que un individuo nace es factible gracias a los agentes sociales, que son las instituciones e individuos representativos con capacidad para transmitir e imponer los elementos culturales apropiados. Los agentes sociales más representativos son la familia y la escuela. Por lo general se distingue la socialización primaria, aquélla en la que el infante adquiere las primeras capacidades intelectuales y sociales, y que juega el papel más crucial en la constitución de su identidad de los procesos de socialización secundaria, en los que instituciones específicas, como la escuela u otros centros educativos proporcionan competencias específicas, más abstractas y definibles.

Sin embargo, esto no implica que los efectos de la socialización secundaria sean menos duraderos o influyentes; a través de los mecanismos de control social, estos pueden resultar internalizados tan efectivamente como los adquiridos en la infancia.

3.7. Tratamiento

El tratamiento penitenciario es la aplicación de todas las medidas que permitirán modificar las tendencias antisociales del individuo. Dicho tratamiento está basado en un correcto diagnóstico que implica el estudio exhaustivo de todos los aspectos relacionados a la personalidad del delincuente como una unidad bio-psico-social. Ante un desconocimiento de la personalidad del recluso, de sus intereses, aptitudes, valores, su desarrollo, sus motivaciones, será imposible pensar en un tratamiento penitenciario de resocialización eficaz.



Cada individuo es único en su desarrollo, con una historia y evolución diferente a los demás individuos, con una conducta delictiva relacionada a complejos y difíciles procesos motivacionales de la agresión.

Existe un supuesto para aplicar el tratamiento penitenciario y el que se piensa que el que infringe las leyes penales es un ser desocializado, a quien los mecanismos de socialización primaria en la familia y el colegio han fracasado.

Se desprende la idea de someterlo a una nueva socialización llamada socialización secundaria o resocialización que consiste en convencer al individuo a someterse a normas sociales planificadas para después reinsertarlo a la sociedad.

La socialización principia desde el nacimiento del niño y es dirigida a todo ser humano para vivir en sociedad, lo cual se logra mediante la educación en la familia y en la escuela o colegio y otros centros educativos.

La resocialización supone ya una sentencia condenatoria, dirigida a condenados por haber transgredido las leyes penales que protegen la sociedad.

3.7.1. Fundamento

El Artículo 62 de la Ley del Régimen Penitenciario indica que: "El tratamiento se desarrollará conforme el plan técnico individualizado con el apoyo de los profesionales



de la Subdirección de la Rehabilitación Social, a través de los equipos multidisciplinarios.”

“Los equipos multidisciplinarios deben llevar un control sistematizado del registro de cada persona reclusa, del trabajo, capacitación, educación, conducta y demás hechos relevantes de su estancia en el centro de detención. Los equipos multidisciplinarios elaborarán un informe cada seis meses que incluya la respuesta de la persona reclusa al plan técnico asignado. Una copia de éstos será enviada a la Subdirección de Rehabilitación Social, que evaluará dichos informes, haciendo las recomendaciones pertinentes y se enviará otras al juez de ejecución y a la persona reclusa,” de acuerdo con el Artículo 63 de la Ley del Régimen Penitenciario.

a) Duración del tratamiento. El Artículo 64 de la Ley del Régimen Penitenciario indica:

“La fase de tratamiento deberá concluir como máximo al momento que la persona reclusa cumpla la mitad de la condena que le ha sido impuesta, siempre que exista dictamen favorable de la Subdirección de Rehabilitación Social de la Dirección General del Sistema Penitenciario.

En caso de que la evaluación de este último determine que la persona reclusa no está en condiciones de pasar a la siguiente fase del tratamiento, el mismo deberá continuar y concluir hasta que dicha subdirección emita el dictamen favorable.”



3.8. Exigencias de la reinserción social del reo

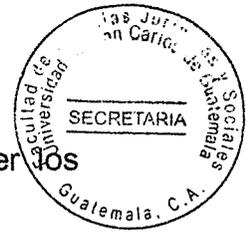
La reinserción social del reo incluye dos exigencias, por una parte, obliga a que las penas no sean de una duración tan largas que cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su mundo social sea ilusoria y por otra requiere que, durante la ejecución de la pena se mantenga por diversas vías, la relación de la persona con el mundo exterior; a este segundo aspecto de reinserción debe responder en la Ley del Régimen Penitenciario los permisos penitenciarios, el régimen de pre libertad o la libertad controlada.

3.9. El proceso de resocialización

Los procesos de resocialización requieren de actividades extrapenitenciarias y que el reo tenga contacto con el mundo libre, y que la desocialización producida por el contacto con el mundo interior carcelario se reduzca a la mínima expresión.

La participación ciudadana en el proceso de resocialización, se convierte de gran utilidad en este punto, si se canaliza convenientemente para que sea efectivo y práctico.

En una sociedad democrática corresponde que las cárceles sean de iguales características. Evitar los procesos desocializadores implica implementar programas que sustituyan paulatinamente los muros de la cárcel, para lograr programas de



intervención social, serios y responsables, que realmente sirvan para fortalecer procesos resocializadores.

En Guatemala de acuerdo a la Constitución Política de la República y la Ley del Régimen Penitenciario, el modelo de tratamiento vigente es el régimen progresivo de la reeducación y la resocialización, pero entendidos que son derechos del recluso, por ello los programas resocializadores deben observar los principios doctrinarios y normativos que orientan este modelo en un Estado social y democrático de derecho.





CAPÍTULO IV

4. Contradicciones entre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema penitenciario de Guatemala

Esta postura de esos jueces va en contra de los principios que informan al sistema penitenciario en donde se establece que el mismo es para reeducar y resocializar a los privados de libertad a partir de una sentencia debidamente ejecutoriada, por lo que en la cárcel únicamente deben estar aquellas personas que han sido oídas y vencidas en un juicio ante un juez competente y no quienes todavía gozan del principio de inocencia, pues esto contraviene un mandato constitucional establecido en el Artículo 19 de la Constitución Política de Guatemala, por lo que es fundamental demostrar el uso inadecuado de la privación de libertad en el proceso penal.

4.1.El problema sobre las antinomias, contradicciones o incompatibilidad de las normas

En Guatemala todavía existen muchos jueces penales que tienen una mentalidad castiguista, lo que conlleva que para cualquier sindicado de un delito, le impongan la prisión preventiva, la cual en el Código Procesal Penal se establece únicamente como última medida, debiéndose estar a lo establecido en ese Código donde únicamente si existe obstaculización de la justicia o peligro de fuga debe imponerse la misma, debiéndose imponer medidas sustitutivas en los demás casos donde no existan estas dos condiciones.



Ha sido a través de los tiempos una dificultad a resolver, principalmente porque en el análisis jurídico priva la tesis según la cual el ordenamiento legal constituye un sistema se puede expresar también que el derecho en estricto, sentido no permite antinomias sin embargo este problema se ha venido observando a través de los tiempos.

En nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos celebres; constituciones de Justiniano en donde en el Digesto se afirma; determinadamente que no existen normas incompatibles entre sí y usa la palabra antinomia.

Así pues, en el Derecho Romano se consideró a través de los siglos que no existían antinomias ya que las normas entre si tenían plena coherencia además de ser una constante para los intérpretes durante la vigencia de este derecho.

No se debe perder de vista que los juristas e interpretadores del derecho tenían como función y actividad principal la de eliminar las antinomias que se llegasen a presentar haciéndose de todos los medios hermenéuticos que tuvieron a su alcance de ahí la elaboración de reglas técnicas para apreciar e identificar cuando existiera contradicción entre las normas.

“A partir de lo anterior, Hans Kelsen en la teoría pura del derecho postula que las normas y su unicidad deben atender que en el orden jurídico se describe por enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren



en conflicto entre sí, que efectúan actos cuyo sentido subjetivo sea un deber, y que cuando ello quiera ser interpretado también como su sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, las normas se encuentran recíprocamente en conflicto”.⁴³

Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera o bien cuando una norma regula una pena para una figura legal y otra norma establece una pena inferior frente la misma figura.

También no puede determinarse que una norma no es ni verdadera ni falsa por la contradicción, sino valida o invalida.

El enunciado que describe un orden normativo, afirmando que conforme a ese orden una norma determinada vale, y especialmente, conforme a ese orden jurídico, el enunciado jurídico que describe ese orden jurídico debe o no debe realizarse determinado acto coactivo, bajo determinadas condiciones puede ser como se demostró verdadero o falso.

Es esta contradicción la que debe ser resuelta como parte de la reflexión académica en esta tesis jurídica, para contribuir a la consolidación del garantismo penal frente al populismo punitivo.

⁴³ García, Jonathan. **Razonar sobre derechos**. Pág. 11.



4.2. La lógica formal para razonamiento

“Con el silogismo puede decirse que nace la lógica formal a partir de la verificación de la corrección de los razonamientos”.⁴⁴

Desde luego el ser humano, en tanto ser pensante, desde su aparición en el escenario vivencial tuvo que razonar, discernir y formular sus ideas coherentes con la forma de percibir las cosas. Empero la lógica formal, con su metodología de razonamiento tiene su aparición histórica con el silogismo, es decir surge con la comprobación de los razonamientos correctos.

Dentro del decurso histórico de esta modalidad de razonamiento, diremos que “el termino lógica formal nace con Kant (1724-1804) como un término contrapuesto al de lógica trascendental. No debe olvidarse que el sistematizador de la lógica formal, aunque no la llamo así fue el filósofo griego Aristóteles”.⁴⁵

Si nos atenemos a la fiel cronología de la lógica formal, en principio debemos evocar la aportación que el gran sabio Aristóteles dio a la filosofía en general y, su particular aportación al campo de la lógica formal, aunque como quedó establecido no fue el filósofo griego quien la denominó así. Sin embargo no puede soslayarse del análisis su aportación ya que fue Aristóteles quien sistematizó su metodología de razonamiento.

⁴⁴ Op. Cit ., pág.18

⁴⁵ Ibidem , pág. 18



Otro de los grandes de la filosofía, Emmanuel Kant, contrastando sus estudios de lógica trascendental, fue quien la denominó lógica formal.

En sintonía con lo que expresábamos anteriormente, veremos que desde épocas pretéritas filosofía y derecho han caminado manteniendo un estrecho paralelismo. Tan es así que en el estudio de la lógica formal, que por ahora nos ocupa, resulta ineludible abordar lo relativo a los principios lógico - formales supremos, que dicho sea de paso son herramientas de invaluable uso en el ejercicio del derecho. Por consiguiente y coherentes con lo dicho entramos a conocer seguidamente lo que doctrinariamente se conoce como:

4.3. Principios lógico - formales supremos

Se les denomina lógico formal supremo por las siguientes razones:

- a) principios porque son el punto de partido dentro de la metodología del razonamiento lógico - formal,
- b) lógicos, porque dichos principios deben ser coherentes con la razón,
- c) formales porque se inscriben dentro de la órbita estática de la lógica, al contrario de lo que sucede con la parte dinámica que es la lógica dialéctica. O sea que el concepto formal tiene, en nuestra opinión, una función de nota distintiva de esta rama de la lógica. Y supremos porque son postulados que aun con el paso del tiempo, de los



estudios y críticas a que han sido sometidos perviven impávidos con validez, hasta ahora vigentes, y que seguidamente estudiaremos.

4.3.1. Principio de identidad

Respecto de este importante principio lógico supremo aplicado al derecho se dice “esta ley suele expresarse por medio de la formula “A es A”, en la cual la variable lógica “A” denota un pensamiento cualquiera. En lugar de “A” puede colocarse un pensamiento de cualquier contenido concreto sin que dejemos de tener nunca un juicio verdadero. Así si sustituimos “A” por el concepto “estudiante”, entonces tendremos que “un estudiante es un estudiante”.⁴⁶

Con el postulado transcrito tenemos que un pensamiento, lógico por supuesto, invariablemente tiene que ser en las mismas circunstancias el mismo. Trasladando el caso anterior al derecho diremos que si el homicidio es una figura delictiva que consiste en matar a otra persona, no podríamos concebir que el homicidio consista en lesionar a un semejante; entenderlo de esta última forma sería atentar contra el principio de identidad.

4.3.2. Principio de no contradicción

Conocido también como Ley de contradicción. Dicho principio nos refiere que “dos juicios, en uno de los cuales se afirma algo acerca del objeto del pensamiento (A es B),

⁴⁶ Aqueche Juárez, Héctor. **Fundamentos de lógica clásica**. Pág. 7.



mientras que en el otro se niega lo mismo acerca del mismo objeto del pensamiento (A no es B), no pueden a la vez ser verdaderos (considerados en un mismo tiempo y en una misma relación).”⁴⁷

Lo anterior significa que existiendo dos juicios contradictorios, no pueden ser verdaderos simultáneamente, necesariamente uno de ellos tiene que ser falso.

Para entender mejor dicha cuestión veamos los siguientes casos ejemplificativos:

“Examinados los siguientes pares de juicios:

- 1) Toda norma jurídica es esencialmente coactiva. Ninguna norma jurídica es coactiva.
- 2) Si se somete el hierro al calor, su volumen aumenta. Han sometido el hierro al calor, pero su volumen no aumenta.

En cada uno de los juicios anteriores, lo que se afirma en un juicio se niega en el otro, y por esto los dos juicios no pueden ser verdaderos al mismo tiempo.”⁴⁸ En los casos hipotéticos anteriores tenemos, en cada ejemplo, que uno de ellos uno es necesariamente verdadero y el otro lógicamente falso. Esto es útil en el campo científico porque nos permite descartar hipótesis falsas, ante todo cuando estamos ante teorías que han pasado el tamiz de la comprobación científica, lo cual contribuye a robustecer el avance de las ciencias.

⁴⁷ **Ibidem** , págs. 8 y 9.

⁴⁸ **Ibidem** , pág. 9.



4.3.3. Principio de ley de tercero excluido

Este principio postula de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero”.

De los siguientes pares de juicios uno es necesariamente verdadero:

- 1) Este hombre es profesor de lógica. Este hombre no es profesor de lógica.
- 2) Todos los jueces fueron abogados. Algunos jueces no fueron abogados.”⁴⁹

En lo fundamental tenemos que, de dos juicios que se contradicen, ambos no pueden ser falsos, de concluir de distinta forma estaríamos ignorando este principio.

4.3.4. Principio de ley de razón suficiente

Al respecto de este principio el licenciado Aqueche Juárez afirma “es necesario tener en cuenta que muchos autores agregan el principio de razón suficiente, a pesar de que éste no es un principio rigurosamente formal (no es posible expresarlo mediante una fórmula que contenga constantes y variables lógicas.”⁵⁰

Con la salvedad del caso, la exclusión de este principio dentro de los principios lógico-supremos; ya que a decir del autor que seguimos su aplicación difiere de los otros en cuanto al uso de constantes y variables lógicas, sustenta sus argumentos en el hecho, según interpretamos, de que el principio de razón suficiente trasciende del análisis y

⁴⁹ Ibidem . Pág. 10.

⁵⁰ Ibidem , pág. 6.



se traslada a la comprobación. Aún así debemos dejar establecido que la mayoría de tratadistas si lo ubican como un integrante de la clasificación cuatrimembre de los aludidos principios lógico-formales.

El mismo autor, Aqueche Juárez, plantea "la ley de razón suficiente se formula en los términos siguientes para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera." ⁵¹

La singularidad de este principio estriba en que, el mismo deja la fase especulativa y se convierte en una herramienta de comprobación, esto nos permite hacer la inferencia de que el principio de razón suficiente, se aparta de la metodología de razonamiento que caracteriza a los tres principios supra relacionados; confrontando las ideas porque se basa en proposiciones demostradas. Más adelante el profesor Héctor Aqueche Juárez afirma "esto significa que, al fundamentar la veracidad de unas proposiciones u otras, nos apoyamos, en último término, en la práctica." ⁵²

Lo dicho, matiza la nota distintiva del principio de razón suficiente y fundamento el argumento de los disidentes de la teoría dominante, incluirlo de los principios lógico supremos, por el hecho de que fundamenta su verdad en otras proposiciones precedentes y no en conclusiones propias, lo cual como queda dicho plantea diferencias metodológicas en su utilización.

⁵¹ Ibidem , pág. 11 62

⁵² Ibidem , pág. 12.



Antes dijimos que, cuando utilizamos la lógica formal o clásica como también se acostumbra llamar, estábamos ante el campo de utilización del lenguaje normal, común o puro.

Sin embargo a estas alturas debemos incursionar en un ámbito diferente, es decir en los dominios de la lógica simbólica, en el campo del lenguaje aplicado a los símbolos, que es la forma de comunicación y entendimiento en la matemática y otras ramas científicas afines.

4.4. Lógica simbólica

El desarrollo humano, fue alcanzando paulatinamente los avances que desencadenaron en los primeros pasos de la ciencia.

Así nos lo refiere la historia, cuando encontramos que “el uso de los símbolos (que tuvo un primer inicio con Diofanto que vivió en torno al año 250 a.c.) llega a un alto nivel de perfección en la disciplina matemática que toma el nombre de “álgebra” (origen árabe). Con el álgebra los símbolos no se toman ya del lenguaje natural, sino que se crean con el único fin de hacer más riguroso el lenguaje formal.”⁵³

En el caminar histórico de la humanidad encontramos que el lenguaje simbólico, y por ende la lógica simbólica, nació con el matemático griego Diofanto doscientos cincuenta años antes de Cristo. Dicho acontecimiento se debió al desarrollo de la

⁵³ Op. Cit ., Pág. 18



matemática y es en este momento histórico en que también nace el nombre de álgebra para denominar a esta rama de la ciencia numérica.

Este hito en la historia de la ciencia numero-algebraica marca la especialización del lenguaje, ya que surge la simbología como un código de comunicación y entendimiento matemático y se prescinde, sino totalmente porque es imposible; del lenguaje formal.

El libro que apuntala nuestra investigación refiere que “Podemos deducir de lo anterior, que la lógica simbólica es un desarrollo particular de la lógica formal.”⁵⁴

Tal y como lo dice el autor de la obra citada, la lógica simbólica no es autónoma en sus orígenes, más bien constituye una prolongación o una especialización, para un campo científico circunscrito como lo es la matemática.

4.5. Lógica aléctica

Esta es otra rama, dentro de la diversificación que ha sufrido la lógica en general. En el complejo campo de la filosofía encontramos un área reservada para la lógica Aléctica, de la que el profesor Aqueche Juárez se refiere en los siguientes términos “el discurso natural puede ser verdadero o falso; puesto que verdad en griego se dice “alétheia” la lógica del discurso natural se llama Aléctica”⁵⁵

⁵⁴ Ibidem , pág. 19.

⁵⁵ Ibidem , pág. 19.



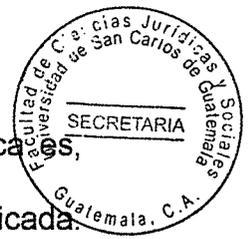
Expresamos en líneas precedentes que la lógica tiene distintas modalidades y consecuentemente distintos usos. En el caso de la lógica Alética la misma se ocupa del discurso natural, se encarga del estudio de las proposiciones de verdad o falsedad; de allí que a esta rama de la lógica en general se le asocie con el discurso natural.

4.6. Lógica dialéctica

La lógica dialéctica es la lógica del cambio, la lógica del movimiento. Respecto de este ámbito de la lógica, es importante reflexionar acerca de la dialéctica como concepto general, en ese sentido tenemos lo que el autor López Permouth nos dice sobre el tema “la dialéctica no estudia todas las concatenaciones, únicamente las más generales: aquellas que se registran en todas las esferas del mundo material y espiritual. Reflejo de esas concatenaciones en la conciencia del ser humano, son las leyes y categorías de la dialéctica.”⁵⁶

La dialéctica como concepto general, nos pone en contacto con la realidad imperante en nuestro entorno sea este material, espiritual o intelectual. Ese contacto vivencial con el ambiente dinámico que nos rodea es a nivel macro lo que nos permite visualizar con objetividad las condiciones imperantes en la base económica de la sociedad, lo cual a su vez propicia que nuestras ideas, fundamentalmente el ejercicio legislativo, sean mas coherentes con la dinámica societaria prevaleciente.

⁵⁶ Exordio a la filosofía del derecho , pág.86



Continúa el mismo autor afirmando que, “podemos concluir en que la dialéctica es, tanto como teoría del conocimiento, como en cuanto lógica, una disciplina complicada.

Nos interesa porque el derecho, en tanto que hacer humano, está ligado a la realidad. Y así como la lógica jurídica se nutre de la lógica formal para darle solidez, estabilidad y conexión al pensamiento jurídico mediante sus principios, se vale también de la lógica dialéctica para acercarse a la realidad mediante sus leyes y categorías.”⁵⁷

Coincidimos con el autor glosado, en cuanto a que en la medida que percibamos la realidad en su dinámica, que es el objeto de estudio de la lógica dialéctica, en esa dimensión podemos interpretar con más realismo los eventos propiciatorios de la actividad del jurista, sea está en función legislativa, jurisdicente o de litigante.

4.7. Lógica jurídica o deóntica

Desde luego que, para ubicarnos en el contexto del presente apartado investigativo, es menester que iniciemos teniendo una idea conceptual de lo que es lógica jurídica y sobre el particular tenemos que “este problema como lo han señalado Miguel Sánchez Mazas y Elías Díaz, es uno de los problemas que más polémica ha causado entre los cultivadores de esta disciplina”⁵⁸

Como lo refiere el Doctor Velásquez Carrera, quien es el autor que realizó la cita anterior, que ahora transcribimos; la conceptualización de la lógica jurídica, como un

⁵⁷. Ibidem. Pág. 87.

⁵⁸ Introducción a la lógica jurídica. Pág. 15



campo especializado del estudio y conocimiento humano ha sido ubérrimo en cuanto a interpretaciones. De hecho las ideas filosóficas desde antaño hasta la actualidad han sido el acicate que han despertado la discusión y la polémica y han nutrido el conocimiento científico, de ahí que resulte necesario que nos adentremos por este discutido campo del análisis y discusión para poder esclarece lo que en estos momentos nos parecerá difuso.

En la pretensión antes dicha, es necesario reflexionar en lo siguiente “para la mayoría de cultivadores de la moderna lógica del derecho, entre los que se pueden mencionar ha Francisco Miro Quezada, Ulrich Klug en sus inicios y George Kalinowski, así como para ciertos tratadistas de la filosofía jurídica que se han referido a este tema como es el caso de Luís García San Miguel y Rafael Bielsa, la lógica jurídica no sería una lógica autónoma con leyes propias, sino simplemente la lógica ordinaria aplicada a la ciencia jurídica y a la controversia jurídica”⁵⁹

Como vemos, estudiosos de diversas escuela y origen, son del criterio de que la lógica jurídica no es una lógica autónoma, sino más bien una lógica ordinaria con la connotación de aplicarse en las ciencias jurídicas y en la resolución de controversias jurídicas.

Siempre dentro de la misma línea de pensamiento, tenemos que “por consiguiente cuando se habla de lógica jurídica no se trata de una lógica para la que rijan leyes

⁵⁹ **Ibidem.** Pág. 16



especiales, sino que sencillamente se designa la parte de la lógica que tiene aplicación a la ciencia jurídica”.⁶⁰

4.8. Problemática

La contradicción determinada por la existencia de fines constitucionales y doctrinarios de resocialización del privado de libertad con la finalidad de lograr que sea una persona con mejores condiciones morales y volitivas, como era cuando fue sentenciado a cumplir una pena por haber cometido un delito.

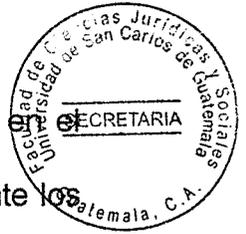
Sin embargo, al dictársele prisión preventiva, siendo la misma indefinida y sin que se presente el sistema progresivo en su ayuda, implica un quebrantamiento de los fines constitucionales asignados a las prisiones y la finalidad castiguista de la prisión preventiva

Este tema se analizará desde el derecho penal, a partir de exponer los fines de la pena y desde el derecho penitenciario a partir de establecer la fundamentación del sistema progresivo para la resocialización del reo.

4.9. Solución a la problemática

Para resolver la contradicción existente entre lo regulado sobre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema progresivo en lo penitenciario, es que los jueces

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 17



apliquen las medidas sustitutivas a la prisión que están debidamente reguladas en el Código Procesal Penal y dejen la prisión preventiva como la última alternativa ante los casos de altísimo impacto social, donde el peligro de fuga o de obstaculización de la justicia ya haya sido previamente llevado a cabo, para que la prisión sea principalmente para los que han sido condenados luego de un proceso legal ejecutoriado.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se expone la contradicción determinada por la existencia de fines constitucionales y doctrinarios de resocialización del privado de libertad con la finalidad de lograr que sea una persona con mejores condiciones morales y volitivas, como era cuando fue sentenciado a cumplir una pena por haber cometido un delito; sin embargo, al dictársele prisión preventiva, siendo la misma indefinida y sin que se presente el sistema progresivo en su ayuda, implica un quebrantamiento de los fines constitucionales asignados a las prisiones y la finalidad castiguista de la prisión preventiva

Para resolver la contradicción existente entre lo regulado sobre la prisión preventiva y los fines resocializadores del sistema progresivo en lo penitenciario, los jueces deben aplicar las medidas sustitutivas a la prisión que están debidamente reguladas en el Código Procesal Penal y dejen la prisión preventiva como la última alternativa ante los casos de altísimo impacto social, donde el peligro de fuga o de obstaculización de la justicia ya haya sido previamente llevado a cabo, para que la prisión sea principalmente para los que han sido condenados luego de un proceso legal ejecutoriado.





BIBLIOGRAFÍA

ARANGUENA FANEGO, Carlos. **Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español**. Barcelona, España: Ed. Bosch Editor, 1991.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina (s.e.), 1999.

BAJO, Manuel. **Sistemas jurídicos y sus contradicciones**. Granada, España: Ed. Comares, 2009.

BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. **Lecciones de derecho penitenciario**. México, D.F. Ed. Imprenta Universitaria. 1953.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho enciclopédico de derecho usual**. Tomo IV. P-Q. 21 ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1989.

CARDENAL, Santiago. **¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de ejecución**. Argentina: Ed. Lamarca, 2007.

CID, José. **La elección del Castigo**. España: Ed. Ad-Hoc, 1999.

CUÉLLAR CRUZ, Raúl. **Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal**. Buenos Aires, Argentina (s.e), 2005

Diccionario de Real Academia Española. Madrid, España: (s.e.), 1984.

GARCÍA, Jonathan. **Razonar sobre derechos**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ, Pablo. **Distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**. España: Editorial Ariel, 2003.

NUÑEZ, Juan. **Populismo punitivo y una verdad construida**. Colombia: Ed. Antioquia, 2009.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, R.S.L. 1981.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Política criminal, reacción social punitiva.** Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Programa de Fortalecimiento Académico de las Sedes Regionales, PROFASR; 1997.

Legislación:

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

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

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

Ley de la Carrera Judicial. Decreto Número 41-99 del Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 1999.

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

Ley del Régimen Penitenciario. Decreto número 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 2006.

Reglamento de la Dirección General del Sistema Penitenciario. Gobierno de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo número 607-88. Guatemala, 1988.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.