

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

**ESTUDIO JURÍDICO DEL PELIGRO DE FUGA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL
PENAL GUATEMALTECA**

CARLOS ALBERTO LÓPEZ PAREDES

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2011

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

**ESTUDIO JURÍDICO DEL PELIGRO DE FUGA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL
PENAL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ALBERTO LÓPEZ PAREDES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Septiembre de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Diaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

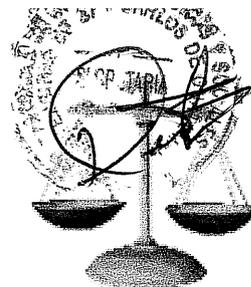
Presidenta: Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Vocal: Licda. Rosa María Ramírez Soto
Secretaria: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Licda. Judith Alvarado López
Secretaria: Licda. Ileana Nohemí Villatoro

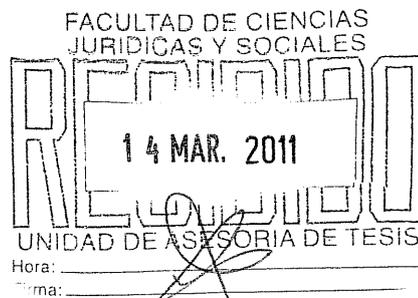
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Luis Fernando Manrique Morales
Abogado y Notario
6^a. avenida "A" 1-36 zona 14 oficina 3 A Plaza Los Arcos
Tel: 23371920



Guatemala, 11 de marzo de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

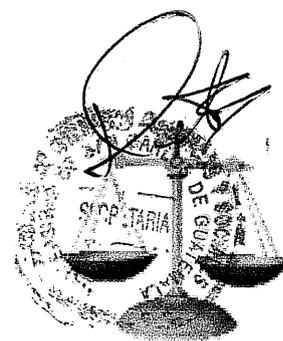


Estimado Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha tres de junio del año dos mil diez, procedí a la asesoría del trabajo de tesis del bachiller Carlos Alberto López Paredes, con carné 200411150; que se denomina: **"ESTUDIO JURÍDICO DEL PELIGRO DE FUGA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL GUATEMALTECA"**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se dio a conocer el derecho procesal penal; el sintético, indicó el peligro de fuga; el inductivo, estableció sus características, y el deductivo señaló la problemática actual. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron que el peligro de fuga es el peligro de que el imputado evada su comparecencia ante la justicia. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer que el peligro de fuga debe basarse en hechos y no responder a apreciaciones arbitrarias o subjetivas del juzgador.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala un amplio contenido de las condiciones que permiten considerar que existe peligro de fuga.

Lic. Luis Fernando Manrique Morales
Abogado y Notario
6ª. avenida "A" 1-36 zona 14 oficina 3 A Plaza Los Arcos
Tel: 23371920



5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática derivada del peligro de fuga.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Luis Fernando Manrique Morales
Asesor de Tesis
Colegiado 2091

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

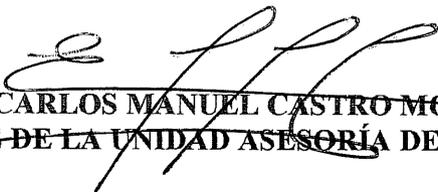
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciséis de marzo de dos mil once.

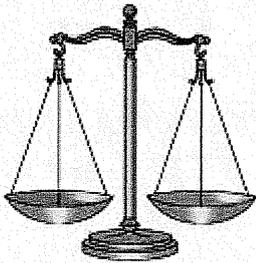
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR OVIDIO PÉREZ CAAL, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS ALBERTO LÓPEZ PAREDES, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO DEL PELIGRO DE FUGA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL GUATEMALTECA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

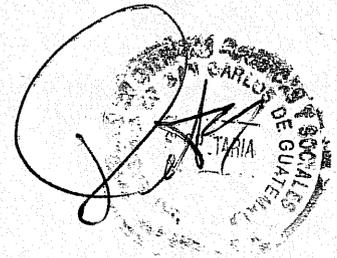

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/Cpt



Lic. Héctor Ovidio Pérez Caal
ABOGADO Y NOTARIO

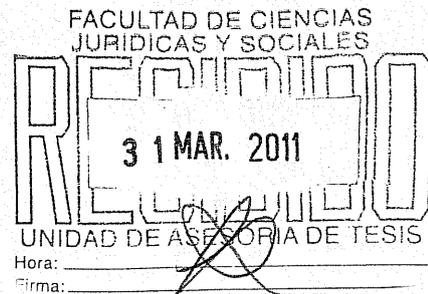


Guatemala, 30 de marzo del año 2011

Licenciado

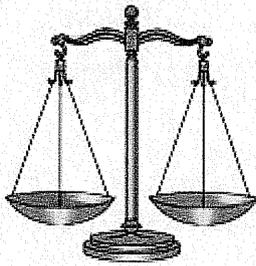
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Respetable Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

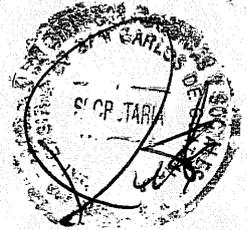


Le doy a conocer que procedí a revisar la tesis del bachiller Carlos Alberto López Paredes, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha dieciséis de marzo del año dos mil once; que se intitula: **“ESTUDIO JURÍDICO DEL PELIGRO DE FUGA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL GUATEMALTECA”**. Después de la revisión prestada, le informo lo siguiente:

- 1) El contenido científico y técnico de la tesis es de importancia, ya que analiza y estudia que el peligro de fuga es constitutivo del requisito de mayor importancia de las medidas cautelares de naturaleza personal, debido a que a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal; materializado no sólo en su normal desenvolvimiento.
- 2) Los métodos y las técnicas de investigación que se utilizaron fueron los correctos. Los métodos empleados fueron los que a continuación se indican: analítico, el cual dio a conocer el peligro de fuga; el sintético, estableció los presupuestos del mismo; el inductivo, señaló los criterios valorativos; y el deductivo indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria actualizada.
- 3) En cuanto a la redacción, el ponente al desarrollar la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos dieron a conocer que el peligro de fuga está en función a que el imputado posterior a su libertad, asista voluntariamente cuando lo requiera el juzgado.



Lic. Héctor Ovidio Pérez Caal
ABOGADO Y NOTARIO

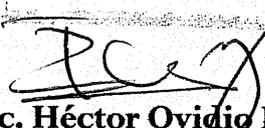


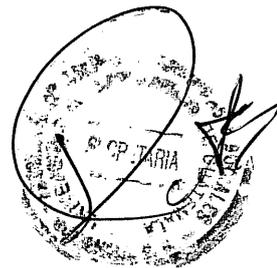
- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante es fundamental para la sociedad guatemalteca, debido a que determina las posibilidades que hacen presagiar, que el inculpado asistirá al proceso penal y en su defecto, no hará nada para dificultar el mismo.
- 5) Las conclusiones y las recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a indicar lo esencial de analizar jurídicamente el peligro de fuga.
- 6) La bibliografía es acorde con el trabajo de tesis y tiene relación con el contenido de los capítulos y citas bibliográficas.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Héctor Ovidio Pérez Caal
ABOGADO Y NOTARIO


Lic. Héctor Ovidio Pérez Caal
Abogado y Notario
Colegiado 5562
Revisor de Tesis



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ALBERTO LÓPEZ PAREDES, Titulado ESTUDIO JURÍDICO DEL PELIGRO DE FUGA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL GUATEMALTECA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA



A DIOS:

Por ser mi padre celestial, dueño y amo de todo, que me permitió la dicha de regalarme la vida y porque toda meta no sería posible sin su amor y su voluntad.

A MIS PADRES:

Dr. Carlos Alberto López Estrada y la Sra. Imelda Paredes Reyes de López, que me han dado un apoyo incondicional, gracias por mi educación, por sus consejos.

A MIS HERMANOS:

Violeta Fabiola, Erick Estuardo y Alejandro; por su comprensión y paciencia que han tendido con su hermano menor.

A MIS COMPAÑEROS

Y AMIGOS:

Gracias por su amistad brindada por todos los años de carrera, por los esfuerzos y por su apoyo.

A LOS LICENCIADOS:

Por apoyarme durante mi formación estudiantil, por sus conocimientos que me brindaron durante mi formación profesional.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, en
especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales.



ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. Derecho procesal penal.....	1
1.1. Definición de derecho procesal penal.....	2
1.2. Características.....	2
1.3. El proceso penal.....	3
1.4. Sistemas procesales.....	4
1.5. Jurisdicción y competencia.....	12

CAPÍTULO II

2. Centros de detención preventiva.....	23
2.1. Importancia.....	23
2.2. Prisión preventiva.....	25
2.3. Finalidad.....	26
2.4. Clasificación.....	27
2.5. Objetivo.....	28
2.6. Funciones del sistema penitenciario.....	31

CAPÍTULO III

3. La pena.....	37
-----------------	----



3.1. Definición de pena.....	38
3.2. Privación de bienes jurídicos.....	38
3.3. Pena impuesta legalmente.....	40
3.4. Pena impuesta por los órganos jurisdiccionales.....	41
3.5. Pena impuesta al culpable de una infracción criminal.....	45
3.6. Teorías.....	46
3.7. Prevención como función racional.....	57
3.8. Caracteres de la pena.....	59
3.9. Clases de penas.....	67

CAPÍTULO IV

4. Peligro de fuga.....	71
4.1. Regulación legal del peligro de fuga.....	71
4.2. Presupuestos.....	72
4.3. Criterios valorativos.....	73
4.4. El peligro de fuga en la legislación procesal penal.....	82
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN



El tema de la tesis se eligió, debido a la importancia del estudio de la existencia o no del peligro de fuga que debe de ser valorado objetivamente con datos certeros, pues si se permite que un juez valore esta figura como mejor le parezca, se convierte en lugar de un magistrado garantista, en un ser de libre convicción, con razonamientos tan subjetivos como caprichosos; donde por su medio se violenta la libertad ambulatoria de un ser humano.

En lo concerniente a la perturbación de la actividad probatoria, se tiene que precisar que también debe tratarse de datos objetivos ciertos, relacionados con el inculpado; pero con su futura manera de proceder.

El juez y el operador del derecho, no tienen que caer en razonamientos subjetivos de interpretación propia de este instituto jurídico. Si esa es la manera de proceder por parte del juzgador, se contradice el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

La hipótesis formulada comprobó que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro de fuga, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta automáticamente deviene en ilegítima.



Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, con el que se señaló el peligro de fuga; el sintético, dio a conocer su regulación legal; el deductivo, indicó las causas de la misma y el inductivo estableció la problemática actual. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó la información doctrinaria y jurídica para el desarrollo de la tesis.

La tesis se dividió en cuatro capítulos. El primero es referente al derecho procesal penal, definición, características, proceso penal, sistemas procesales, jurisdicción y competencia; el segundo, indica lo relativo a los centros de detención preventiva, importancia, prisión preventiva, finalidad, clasificación, objetivo y funciones del sistema penitenciario; el tercero, determina la pena, definición, privación de bienes jurídicos, pena impuesta legalmente, pena impuesta por los órganos jurisdiccionales, pena impuesta al culpable de una infracción criminal, teorías, prevención como función racional y caracteres de la pena y el cuarto señala la regulación legal del peligro de fuga, presupuestos, criterios valorativos y el peligro de fuga en la legislación procesal penal guatemalteca.

CAPÍTULO I



1. Derecho procesal penal

Es el conjunto de normas, instituciones y principios jurídicos que regulan la función jurisdiccional, la competencia de los jueces y la actuación de las partes, dentro de las distintas fases procedimentales; y que tiene como fin establecer la verdad histórica del hecho y la participación del imputado durante la substanciación del proceso penal para luego obtener una sentencia justa.

Al hablar de un conjunto de normas, se hace referencia a que la legislación procesal penal se encuentra sistemáticamente ordenada, a través del Decreto Ley Número 51-92 del Congreso de la República. Se habla de principios jurídicos, por cuanto en el proceso penal, la oralidad, la publicidad, la inmediación, la concentración y el contradictorio; son principios procesales que determinan y orientan a las partes y al juez en el desarrollo del proceso penal. Al hablar de instituciones es en relación al criterio de oportunidad, la conversión, la suspensión de la persecución penal, el procedimiento abreviado, el procedimiento especial de averiguación y el juicio por delitos de acción privada, entre otros, que flexibilizan el desarrollo del proceso y la función jurisdiccional, haciendo que la justicia sea pronta y cumplida; tal como lo ordena la Constitución Política de la República. Esto implica que la función jurisdiccional y la actividad que desarrollan las partes, poseen el espacio o marco jurídico adjetivo, que delimita su actuación y garantiza en forma efectiva la justicia; el respeto de sus elementales derecho al conglomerado social.



1.1. Definición de derecho procesal penal

“Derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin, y tiene como función investigar, identificar y sancionar las conductas que constituyen delitos evaluando las circunstancias particulares en cada caso”.¹

“El derecho procesal penal es una rama del derecho público que establece los principios y regula los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia”.²

“Derecho procesal penal es la disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas procesales penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un proceso penal”.³

1.2. Características

Las características del derecho procesal penal son las siguientes:

- a) Es un derecho público: es una rama del derecho público, en donde se enmarca la función jurisdiccional del Estado, ejercitada a través de los tribunales de justicia;

¹ Maier, julio Alberto. **Derecho procesal penal**, pág. 40.

² Manzini, Vicencio. **Derecho procesal penal**, pág. 50.

³ Claría Olmedo, Jorge. **Tratado de derecho procesal penal**, pág. 60.



cuyas normas procesales son imperativas y obligatorias para todos los ciudadanos, ya que el Estado las impone mediante su poder de imperio, con el objeto de proteger a la sociedad y restablecer la norma jurídica violada.

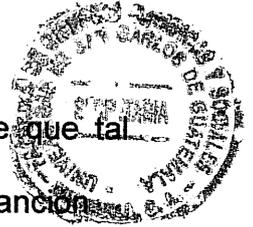
- b) Es un derecho instrumental: porque tiene como objeto la realización del derecho penal sustantivo o material, es decir, sirve de medio para que se materialice el *ius puniendi* del Estado, quien a través del Ministerio Público ejerce la función de persecución penal; haciendo así efectiva la función sancionadora que le corresponde.

- c) Es un derecho autónomo: por cuanto que tiene sus principios e instituciones propias, y posee autonomía legislativa, jurisdiccional y científica.

1.3. El proceso penal

La intervención del órgano jurisdiccional se desarrolla mediante un proceso establecido por un orden constitucional. Este lo determina como medio para lograr la sanción penal del Estado. Dentro de esa relación dialéctica, el proceso penal conjuga cuatro elementos básicos para lograr la realización del valor justicia: la jurisdicción, la competencia, la acción penal y la defensa del imputado.

Entonces el proceso penal es un conjunto de actos realizados por determinados sujetos como los jueces, defensores y los imputados, con el fin de comprobar la existencia de



los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción.

“Proceso penal es el conjunto de actividades, formas y formalidades de carácter legal que son previamente establecidas por el órgano legislativo del Estado y que llevan a cabo las personas que intervienen en una relación jurídica de derecho penal”.⁴

1.4. Sistemas procesales

Los sistemas procesales han sido formas de enjuiciamiento penal que a lo largo de la historia se han venido desarrollando en distintas eras de la humanidad, conforme a teorías y métodos que se ajustan cada vez más a una política criminal moderna; congruente con la realidad jurídico-social de determinado país. Entre estos sistemas se encuentra el sistema acusatorio, inquisitivo y el sistema mixto.

- a) Sistema inquisitivo: la inquisición es el nombre con el cual se conoce todo el sistema judicial correlativo a ese tipo de organización política.

“El sistema inquisitivo tiene su origen en las postrimerías del impero romano en donde es desarrollado como derecho universal católico por glosadores y el mismo consideró como la forma jurídica conveniente al desarrollo y mantenimiento del poder absoluto y el logro de la convivencia pacífica dentro de ese régimen político. La palabra inquisición se

⁴ Sosa Ardite, Enrique. *El juicio oral en el proceso penal*, pág. 36.



deriva de los *quaestores*, que eran ciudadanos encargados por el senado romano de investigar ciertos delitos”.⁵

A dicho sistema se le atribuyen las siguientes características:

- a) El proceso se inicia de oficio, incluso mediante denuncia anónima.
- b) El juez asume la función de acusar y juzgar.
- c) La justicia penal pierde el carácter de justicia popular para convertirse en justicia del Estado, afirmándose el *ius puniendi* del Estado.
- d) El proceso es escrito y secreto, carente del contradictorio.
- e) La prueba se valoraba mediante el sistema de prueba tasada.
- f) El proceso penal no reconoce la absolución de la instancia.
- g) Se admite la impugnación de la sentencia.
- i) Los jueces son permanentes e irrecusables, constituyendo un paso para la especialización de la justicia.

⁵ Manzini. **Ob. Cit.**, pág. 65.



- i) La confesión del imputado constituyó la prueba fundamental.
- j) La prisión preventiva del acusado quedaba al arbitrio del juez.
- k) El imputado deja de ser sujeto procesal y se convierte en objeto de la investigación.

"La inquisición responde a un sistema de proceso penal, cuya concepción se traduce en la concentración del poder central en una sola persona. En este sistema el juez investiga, acusa, y juzga; lo que lo sitúa en un plano parcial. Lo más grave radica en que el juez valora las pruebas recabadas por el mismo durante la investigación, y vela por las garantías del imputado".⁶

Como consecuencia, el imputado no es parte procesal, sino que un objeto de la investigación; que desvaloriza y deshumaniza al imputado. Su fin principal consiste en reprimir a quien perturba el orden jurídico creado.

- b) Sistema acusatorio: según este sistema, la característica fundamental del enjuiciamiento reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requiriente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal; que tiene en sus manos el poder de decidir.

⁶ Chacón Corado, Mauro. **El enjuiciamiento penal guatemalteco**, pag. 26.



Existen formas fundamentales y formas accesorias del proceso. Las primeras son las que se observan en las funciones que se realizan durante el proceso. Estas funciones son tres: la función de acusador, la función de defensa y la función de decisión.

Si se imputa a una persona la comisión de un delito, alguien tiene que hacer la imputación. Por otra parte, es preciso conceder al acusado la oportunidad de defenderse y rebatir la imputación que se le hace. Por último, debe resolverse la situación del imputado, debe juzgársele e imponérsele una pena si es culpable; o absolvérsele si es inocente.

En la división de roles de los órganos estatales de persecución penal el Ministerio Público averigua y acusa y el juez juzga. Las principales características de este sistema se pueden resumir así:

- a) Es de única instancia.
- b) La jurisdicción es ejercida por una asamblea o tribunal popular.
- c) No se concibe el proceso sino a instancia de parte, ya que el tribunal no actúa de oficio.
- d) El proceso se centra en la acusación, que puede haber sido formulada por cualquier ciudadano.



- e) El acusador se defiende de la acusación en un marco de paridad de derechos con su acusador.
- f) Las pruebas son aportadas únicamente por las partes.
- g) Todo el proceso es público y continuo, y el juego en paridad de los derechos de las partes lo hace contradictorio.
- h) La sentencia que se dicta no admite recursos.
- i) Por la naturaleza y características de este tipo de procesos, el acusado generalmente se mantiene en libertad.

Si se conocen a fondo los principios filosóficos en que se inspira el sistema acusatorio, se comprende fácilmente que ésta forma de juzgar a una persona, es la que mejor responde a un proceso penal legal, justo y auténtico, donde las funciones de acusación, defensa y de decisión; se encuentran legalmente separadas.

Y, además porque esa dialéctica que se da en la relación jurídica procesal; únicamente se desarrolla a cabalidad en el sistema acusatorio. Por otro lado, precisa señalar que no puede concebirse, a la inquisición como un sistema de enjuiciamiento penal en el seno del ordenamiento constitucional guatemalteco ya que la misma no está en consonancia con los postulados jurídicos, de una política criminal moderna, orientada a dignificar al

delincuente como una persona humana, que razona; siente y que necesita de su reeducación y resocialización.



En ese orden de ideas, se puede señalar que el sistema acusatorio, según la legislación adjetiva penal guatemalteca determina que la función de acusación, le está encomendada al Ministerio Público, por medio del Fiscal General de la República y su cuerpo de fiscales; la función de defensa, está atribuida, a todos los abogados colegiados activos; la función de juzgar y controlar el proceso penal, se encuentra encomendada a los jueces de primera instancia, contralores de la investigación; el proceso penal en su fase de juicio se instituye oral y públicamente, con algunas excepciones específicas; la fase de juicio penal se desarrolla ante un tribunal de jueces letrados o de derecho; el juicio penal, se inspira conforme a los principios de inmediación, concentración, contradictorio, oral y público; el imputado recobra su condición de parte, en el proceso penal y deja de ser objeto de la investigación; la declaración del imputado constituye un derecho de defensa, y su confesión se valoriza conforme al principio *indubio pro-reo*, y como un medio de defensa; las pruebas del proceso se valoran conforme a la sana crítica razonada y se instituye el servicio público de defensa adscrito a la Corte Suprema de Justicia y al Organismo Judicial.

Un aspecto que se debe considerar, es que si bien el código en su articulado, especialmente en los artículos 318 segundo párrafo, 351, y 381 trae incorporadas algunas normas, en la que expresamente faculta al juez o tribunal para recabar, de oficio, evidencias y actos de investigación, ya sea en la etapa preparatoria o en el juicio, ello no justifica que se interprete que el sistema penal, es un sistema mixto, toda vez

que en el sistema acusatorio, sus principios filosóficos y sus características están bien definidas y no puede dársele una calificación distinta a su naturaleza misma.



El Artículo 318 segundo párrafo, del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, el juez podrá practicar, aun de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acta se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución”.

El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 351: “Prueba de oficio. En la decisión, el tribunal podrá ordenar la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas”.

El Artículo 381 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Nuevas pruebas. El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaron indispensables o manifiestamente útiles par esclarecer la verdad. En este caso, la audiencia será suspendida a petición de alguna de las partes por un plazo no mayor de cinco días.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes. Las operaciones periciales necesarias serán practicadas en la misma audiencia, cuando fuere posible”.



Sin embargo, debe acentuarse que en estas normas procesales se refleja aún la mentalidad inquisitoria del legislador y debe quedar bien claro, que dichas actuaciones, son únicas excepciones donde el juez puede practicar actos de investigación o pruebas.

- c) Mixto: este sistema, inicia con el desaparecimiento del sistema inquisitivo en el siglo XIX. Su denominación deviene a raíz de que toma elementos del proceso penal acusatorio y también del inquisitivo; pero en cuya filosofía general predominan los principios del acusatorio.

“Este sistema fue introducido por los revolucionarios franceses; y en Francia fue en donde se aplicó por primera vez, cuando la Asamblea Constituyente planteó las bases de una forma nueva que divide el proceso en dos fases”.

Este sistema orienta la forma de juzgar al imputado utilizando los procedimientos, tanto del sistema acusatorio como del inquisitivo. Es así como el proceso penal se divide en dos fases, la primera tiene por objeto la instrucción o investigación; y la segunda versa sobre el juicio oral y público.

Se puede concluir, entonces, en que el sistema mixto tiene las siguientes características:



- a) El proceso penal se divide en dos fases, la instrucción y el juicio.
- b) Impera el principio de oralidad, publicidad y de inmediación procesal.
- c) La prueba se valora conforme a la libre convicción, conocido como sana crítica.
- d) Este sistema responde a los principios de celeridad, brevedad y economía procesal.

1.5. Jurisdicción y competencia

La autoridad principal, que ostenta la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, no puede ser ejercida por cualquier persona. Debe recaer en un funcionario que esté investido de las facultades jurisdiccionales para poder conocer el proceso penal. La jurisdicción es la facultad y el deber de administrar justicia.

“Jurisdicción es la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir su propias resoluciones; esto último como manifestación del imperio”.⁷

Los elementos de la jurisdicción son los siguientes:

- a) Notio: es la facultad de conocer un litigio dentro de un proceso determinado.

⁷ Ibid, pág. 39.



- b) **Vocatio:** es el llamamiento, facultad de hacer comparecer a las partes
- c) **Coertio:** es la contención, restricción, facultad de castigar o penar, poder coercitivo de los tribunales para hacer que se cumplan sus resoluciones.
- d) **Iudicium:** es la facultad de dictar sentencia.
- f) **Executio:** es la ejecución judicial, mediante auxilio de fuerza pública.

Si la jurisdicción es la potestad pública atribuida al Estado para administrar justicia, por medio de los órganos jurisdiccionales instituidos por la ley, los que deben actuar conforme la misma, y emitir la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada; entonces, la jurisdicción es una actividad encomendada única y exclusivamente a los tribunales de justicia; y en ningún momento a otro órgano o institución pública en particular.

Los órganos a los que se atribuye tal potestad no pueden ser cualesquiera sino que han de estar revestidos de una serie de requisitos propios que los distinguen de los demás órganos del Estado. Esos órganos son los juzgados, los tribunales y las cortes, en los que los titulares de la potestad son los jueces, quienes deben ejercer la función de administrar justicia en forma independiente e imparcial, libre de toda presión política o sectaria; sea cual fuere su procedencia.



De conformidad con el ordenamiento constitucional, la función jurisdiccional se ejerce por el poder judicial, cuya existencia se fundamenta en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala que regula: "La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones... la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia."

Por su parte, el Artículo 37 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala prescribe: "Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y faltas. Los tribunales tienen la potestad pública, con exclusividad, para conocer los procesos penales, decidirlos y ejecutar sus resoluciones".

En igual sentido lo regula el artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala: "Justicia. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos. Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia. Los organismos del Estado, sus



dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares”.

Partiendo de la idea de que la competencia es un instituto procesal que alude a la aptitud o capacidad que un órgano jurisdiccional tiene para conocer en una relación jurídica procesal concreta; solamente puede ser ejercida dentro de los límites señalados por la ley.

“La competencia se refiere a los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer su facultad jurisdiccional”.⁸

“Competencia es el fragmento de jurisdicción que se le atribuye a un juez. Es la porción de jurisdicción que la ley atribuye a los órganos jurisdiccionales para conocer de determinados juicios”.⁹

La jurisdicción entonces, es un concepto genérico aplicado al caso concreto, pues no todos los jueces pueden intervenir en cualquier litigio, sino tan sólo en aquellos casos para que la ley lo determina como competentes.

Un juez competente, es al mismo tiempo, un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia.

⁸ **Ibid**, pág. 42

⁹ Manzini. **Ob. Cit.**, pág. 75.



La doctrina regula diversas clases de competencia, pero es de importancia destacar la competencia que se determina en función del territorio; por la materia y por la función, el grado.

Las clases de competencia son las siguientes:

- a) Competencia territorial: en esta clase de competencia, resulta más cómoda la administración de justicia, por cuanto la misma se ejerce dentro de una determinada parte del territorio nacional debidamente delimitada. Los límites horizontales de la jurisdicción están dados por la competencia territorial. En la extensión del territorio de un Estado existen jueces o tribunales igualmente competentes en razón de la materia, pero con capacidad para conocer solamente en determinada circunscripción.
- b) Competencia por razón de la materia: esta clase de competencia determina qué materia jurídica puede en un momento dado conocer el órgano jurisdiccional; o sea que le permite al juez ejercer su jurisdicción en determinada clase de procesos.

La jurisdicción también se divide por la naturaleza del derecho sustancial que constituye su objeto, clasificándose entonces, en penal, civil y laboral, en virtud de cuyos motivos los tribunales que han de conocer de unos y otros asuntos, están separados de manera que un tribunal de lo penal no tiene competencia para conocer o juzgar sobre las otras



materias que le son ajenas, excepto si legalmente se le haya investido de competencia; para conocer en distintas materia jurídicas.

- c) Competencia funcional o de grado: esta clase de competencia es la que se atribuye a los jueces de primera instancia, de conformidad con las funciones que a éstos les están asignadas en relación al momento en que conocen del proceso. El proceso, según la legislación penal guatemalteca, está sometido a la doble instancia y en ciertos casos, a un recurso de casación; por lo tanto, a ello obedece que se señale la competencia jerárquica o por grados y es por este motivo, que son competentes los jueces menores y los jueces de primera instancia. Ello demuestra que están facultados para instruir y decidir los asuntos que por la materia, cuantía y territorio les corresponde conocer en grado; y que la Corte de Apelaciones lo está para conocerlos en grado de apelación y la Corte Suprema de Justicia en el estado de casación.

El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "La competencia penal es improrrogable. La competencia territorial de un tribunal no podrá ser objetada ni modificada de oficio una vez iniciado el debate; se exceptúan aquellos casos regulados por una disposición constitucional que distribuye la competencia entre distintos tribunales.

En la sentencia, el tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más graves no puede declararse incompetente porque la causa pertenezca a un tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más leves".



En otras palabras, una vez que se haya iniciado y se está dentro del debate no puede en ningún momento modificarse y objetarse por ningún motivo, la competencia del tribunal.

La terminología anotada representa un problema por cuanto que el Código no establece los parámetros o las formas de cómo un juez puede graduar la densidad de los delitos.

- d) En relación a la materia: la regla general establece que cada juzgado de primera instancia, debe estar investido de competencia para conocer de una sola materia jurídica, sin embargo, es únicamente en la ciudad capital, donde se cumple este presupuesto, ya que, en el interior de la República, en los departamentos, existe únicamente un juez de primera instancia, éste tiene competencia para conocer, tanto de la jurisdicción civil, como de la penal, laboral, familia, económico coactivo; en tanto que, en los departamentos donde hay dos jueces de primera instancia; el juez segundo de primera instancia de narcoactividad y delitos contra el ambiente conoce, de la jurisdicción civil, penal y laboral; mientras que los jueces primeros de primera instancia conocen de la jurisdicción penal, de familia y económico coactivo. Solamente que para conocer de la jurisdicción penal, deben ser designados otros dos jueces vocales para integrar el tribunal. Lo anterior obedece en mayor grado a la debilidad económica y porque se establece en el Artículo 94 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala: "La Corte Suprema de Justicia determinará la sede y distrito que corresponde a cada juez de primera instancia y en donde

hubiere más de uno, les fijará su competencia por razón de la materia, de la cuantía y del territorio."



El Artículo 52 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "La Corte Suprema de Justicia distribuirá la competencia territorial y reglamentará el funcionamiento, organización, administración y distribución de los jueces de paz, de narcoactividad y delitos contra el ambiente, de primera instancia, tribunales de sentencia, salas de la corte de apelaciones, jueces de ejecución y del servicio público de defensa, en forma conveniente."

La Corte Suprema de Justicia es la que a través de acuerdos establece la competencia por razón de la materia.

- e) En relación al grado o función: la competencia funcional o de grado, se diferencia, en cuanto a que el juez de primera instancia de narcoactividad y delitos contra el ambiente, que controla la investigación, y el tribunal llamado a dictar sentencia, son órganos jurisdiccionales que conocen en primera instancia; en la misma relación jerárquica.

En tanto que la segunda instancia se da cuando es un tribunal superior quien conoce de la decisión judicial impugnada, el que puede darse mediante el recurso de apelación, la queja, o bien el recurso de apelación especial, contra una sentencia o un auto; según sea el caso. Así reluce entonces un primer grado o primera instancia y un segundo grado o segunda instancia.



La competencia en relación al grado la establece el Código Procesal Penal en sus artículos 47, 48, 49 y 50.

El Artículo 47 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Jueces de primera instancia. Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público en la forma que este código establece, para los delitos cuya pena mínima exceda de cinco años de prisión y de todos aquellos delitos contemplados en la Ley contra la Narcoactividad o cualquier otra ley que regule esta clase de hechos delictivos. Además, instruirán personalmente las diligencias que específicamente les estén señaladas por ley.

Estarán encargados de la tramitación y solución del procedimiento intermedio, y conocerán, además, del procedimiento de liquidación de costas en los procesos de su competencia".

El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 48: "Tribunales de sentencia. Los tribunales de sentencia conocerán del juicio oral y pronunciarán la sentencia respectiva en los procesos por los delitos que la ley determina".

El Artículo 49 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Salas de la Corte de Apelaciones. Las salas de la corte de

apelaciones conocerán de los recursos de apelación de los autos definitivos y de las sentencias del procedimiento abreviado que este código señala”.



El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 50: “Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia conocerá del recurso de casación que proceda contra las sentencias emitidas por las salas de la Corte de Apelaciones y de los proceso de revisión. También conocerá en los demás casos señalados por este Código”.





CAPÍTULO II

2. Centros de detención preventiva

Es fundamental el estudio de los presidios, prisiones y cárceles, así como también el tema carcelario, para dotar y cambiar al cuerpo social de mecanismos de seguridad.

Se tiene que desarrollar la temática de las penas, que las divide en penas aflictivas simples y penas aflictivas complejas, para posteriormente profundizar lo que son las formas de prisiones.

2.1. Importancia

En relación a los sistemas punitivos y privativos de libertad, es determinante la preocupación por el tema de la represión y seguridad pública.

“El tema de las cárceles resulta del incremento de la criminalidad en sus distintas formas. La sociedad pre y post industrial llevan permanentemente la discusión sobre las mejoras, usos, inventos, innovaciones y renovación del derecho; en beneficio de la seguridad y tranquilidad de todos los ciudadanos”.¹⁰

¹⁰ Téllez Aguilera, Abel. **Nuevas penas y medidas alternativas de prisión**, pág. 20.



Sin embargo, la situación y la mantención de la sociedad no se define por la simple intención, sino que debe perfeccionar sus procedimientos y mejorar sus técnicas de control y seguridad.

Las prisiones y cárceles desde el pasado han representado el medio de represión, contención y eliminación del delito. Es entonces, el medio cómo la sociedad impone el o los castigos a aquél o a los individuos que transgreden las normas, reglas, leyes y la tranquilidad.

Por lo tanto, es un tema importante y de gran impacto en el medio, porque parte de la idea que cualquier hombre o mujer puede caer en la cárcel, en el momento menos pensado; o en el momento menos justo y por ello en situaciones diversas. En distintas naciones, estados y repúblicas, las características de estos métodos, representan el avance de la sociedad o el retroceso de su humanidad.

En épocas de agitación social, calamidades, efervescencia política, motines, guerras u otros acontecimientos extremos, las cárceles y prisiones se convierten en el medio propicio para detener a los insurgentes, revolucionarios, traidores y desertores.

“En períodos de tensión los centros de reclusión se llenan de hombres y mujeres que deben someterse a una nueva forma de vida, sin libertad y comunicación impuesta por el sistema nacional de cada país o Estado”.¹¹

¹¹ *Ibid*, pág. 30.



Cada cárcel, prisión, pasa a ser un micro universo del prisionero, desarrollando allí, internamente iras, sueños y caracteres.

El hombre que llega a la prisión, luego de un juicio o no pierde todas las garantías individuales que poseía antes del ingreso, pasa sin embargo a tener obligaciones, deberes y a obedecer en una escala de valores que hasta ese momento no lo había conocido ni sentido. Se convertirá en un hombre culpable y maltratado.

Pierde su individualidad, dignidad y responsabilidad. Es conducido y manejado, pero lo menos que logra es rebatir o criticar, se le someterá al trabajo, para que olvide el tiempo, la espera y su vida se transforme en el castigo permanente de todos los minutos; horas y días que vive. No puede olvidarse lo que es, cómo es y lo que será.

El tiempo es el que se le asignó, no puede rebelarse a perderlo; no lo dejan y además le recuerdan permanentemente su condición y su precariedad como parte de un sistema que le impone todo y le quita todo.

2.2. Prisión preventiva

La prisión preventiva es una institución prevista por normas constitucionales que ha sido estudiada tradicionalmente incluyéndosela en el rubro de la pena de prisión sin concedérsele la importancia necesaria.



En prisión preventiva permanecen aquellas personas acusadas de la comisión de un delito de una sentencia que bien podría absolverlos o condenarlos.

“La privación preventiva es la privación de libertad de una persona, ordenada por el juez, en establecimiento distinto a los de los condenados, con el objeto de asegurar su presencia en juicio para evitar la obstaculización de la verdad”.¹²

2.3. Finalidad

Las prisiones y cárceles buscan sobre todo por parte de los defensores del sistema, la mejoría; corrección y saneamiento de los delincuentes. Por diversos motivos, el encierro del cuerpo posibilitaba la corrección de sus acciones, la mejor calidad de vida y adquisición de valores y preparación para enfrentar la nueva vida; una vez terminada la condena.

Pero, la mayoría de prisiones, son insalubres, insanas y alienantes. Lo que conlleva resultados de igual orden y la cruel separación que significa en muchos de los casos aislar al hombre y a la mujer en distintas celdas y cárceles, perdiendo su condición natural.

Problemas como los descritos han existido desde larga data, porque son intrínsecos a la naturaleza humana y el quiebre o rotura de su naturaleza produce cambios negativos y perversos.

¹² Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. **La pena de prisión**, pág. 46.



Se designa con el nombre de cárcel a aquellos espacios que son específicamente pensados, diseñados y contruidos para albergar a individuos considerados criminales o peligrosos para el resto de la sociedad. La cárcel tiene por objetivo, entonces, mantener en cautiverio a quienes no respetan la ley explícitamente establecida por una sociedad y deben así recibir algún tipo de castigo o pena por tal situación.

Las cárceles modernas, diseñadas en términos generales en el siglo XIX, son establecimientos que por lo general tienen lugar en grandes terrenos, ya que son complejos de varios edificios en los cuales se encuentran principalmente diferentes áreas de celdas para los presos, aunque también oficinas y espacios de actividades específicas como comedores; gimnasios y centros de visitas.

Las celdas suelen ser reducidas en términos de espacio y pueden contar con un mínimo mobiliario básico como una cama, un lavatorio o un inodoro para el preso; aunque muchas directamente no lo incluyen.

Lógicamente, estas celdas y gran parte de los salones se hallan protegidos por diversos sistemas de seguridad: rejas, candados de precisión y la presencia de guardias en las cárceles y policías.

2.4. Clasificación

Las cárceles pueden clasificarse de acuerdo al tipo de presos que contengan. Mientras hay cárceles diferenciadas para hombres y para mujeres, también hay cárceles para



presos de alta peligrosidad, para presos juveniles, o para presos que hayan cometido determinado tipo de delito.

También hay cárceles para presos, en las cuales los mismos tienen acceso a todos los servicios y atenciones que tendrían en libertad y son por lo tanto altamente criticadas.

2.5. Objetivo

Uno de los objetivos principales de la cárcel, además de castigar al criminal, es la de permitirle reflexionar sobre su delito y reformarlo a través de diferentes actividades para devolverlo entonces a la sociedad como un individuo de bien.

Sin embargo, debido al hacinamiento, al aumento de la criminalidad, al deterioro de la infraestructura carcelaria, a la falta de proyectos reformadores y constructivos, hoy en día gran parte de las cárceles del mundo no cumplen con tales objetivos; volviéndose meros lugares de contención o de paso para criminales que vuelven a cometer delitos una vez liberados y que hasta quizás aprenden nuevas conductas criminales en el lugar.

La teoría estructuralista trata de justificar el estado de las cosas en nombre de un supuesto buen funcionamiento de la sociedad, negando el conflicto social y la necesidad de cambios en la sociedad. Si existen desigualdades sociales y económicas es por que así debe ser.



Existen ciertas actividades humanas que en efecto contribuyen al enriquecimiento de la vida social. Dichas actividades son las que sirven para inspirar el sentimiento de la libertad y de la dignidad humana, elevar el valor de la vida, incitar a la actividad y a la iniciativa, respetar a los individuos y los agrupamientos naturales y voluntarios que los hombres construyen.

Es en ese sentido, y no siguiendo las afirmaciones estructuralistas, que se afirma que la cárcel no cumple una función social. El sistema penitenciario de ninguna forma contribuye al libre desarrollo humano. Sin embargo, no se puede negar que el sistema penitenciario cumple funciones dentro de la sociedad; funciones que el poder le ha asignado desde su creación.

“Lo que se conoce como prisión actualmente empieza a formarse con la consolidación de la clase burguesa en Europa a finales del siglo XVII. Con la consolidación de la burguesía y sus ideas de humanismo ilustrado se empieza a dejar atrás los actos públicos de castigo, los cuales fueron tachados de escenas crueles por los intelectuales de la época. Ya no se busca castigar al cuerpo a través del escarnio público, los castigos corporales o la ejecución, si no que se pretende castigar la mente del delincuente”.¹³

Aunque las penas de privación de la libertad recaen directamente en el cuerpo, esta ya no esta en la misma relación con el castigo, ahora el cuerpo es un intermediario, pues si se le encierra es para privar al individuo de su libertad.

¹³ Rivas Vallejo, Pilar. **Incidencia de la prisión y el cumplimiento de la pena**, pág. 18.



La teoría retributiva de la pena tiene la característica de que el sistema penal es la idea reeducadora del castigo, es decir, después de que se paga la condena, se puede volver a la sociedad, pues ya se aprendió la lección, la cual es merecedora de un castigo.

Al sistema penitenciario actual se le puede rastrear un origen. Sin embargo, la abolición del sistema penitenciario, con sus cárceles, leyes, jueces, policías y castigos plantea la incógnita de que hacer en su lugar.

Puede resultar fácil señalar que con la desaparición de la sociedad basada en la explotación y dominación política, económica y mental de unos pocos; será una consecuencia lógica que los delitos y las cárceles desaparezcan.

Sin embargo, este es un tema que, no se puede dejar que se resuelva solo, pues esto no sucederá y es un hecho que los delitos y la cárcel existen aquí y ahora. Ciertamente es que no se puede cambiar de la noche a la mañana ideas tan arraigadas en las mentes como la de la necesidad de castigar al desobediente, idea que incluso aparece dentro de los programas de organizaciones de la llamada izquierda revolucionaria, pero se tiene que empezar a sustituir desde ya la idea de castigo, tratando de implementar en la cotidianidad nuevas formas de resolver los problemas y las dificultades sin necesidad de recurrir al principio de autoridad y de obediencia.

Es de importancia la construcción de nuevos esquemas sociales que permitan desarrollar plenamente las capacidades, sin otra limitante que la propia libertad.



2.6. Funciones del sistema penitenciario

Entre las funciones del sistema penitenciario, se encuentran las siguientes:

- a) Funciones formales: dentro de estas destacan las supuestas funciones readaptadoras de las personas reclusas. Las instituciones penitenciarias en teoría tienen como función primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados.

En segundo término y junto a ella, la finalidad de retención y custodia de detenidos, presos y penados, y por último, un tercer fin de prestación de asistencia y ayuda para internos y liberados. Se presenta a la prisión como una institución que tiene como finalidad cumplir funciones readaptadoras mediante la pena privativa de libertad.

Lógicamente, ni qué decir tiene que estas funciones formales proclamadas, sean evaluarlas como la historia de una farsa a la luz de muy diversos indicadores y valoraciones.

La cárcel no tiene la finalidad de readaptar, si no la de castigar a aquellos que cometan un delito. Basta ver el nivel de reincidencia para comprobar que la cárcel no cumple su supuesta función readaptadora.

Resulta un absurdo intentar readaptar socializar a alguien apartándolo de la sociedad misma, encerrándolo y arrojándolo a otro tipo de sociedad, en este caso la carcelaria,



en la cual, es bien conocido por todos, impera la ley del fuerte y existen mil factores que mantendrán al individuo en un círculo eterno de entrada y salida de la cárcel.

Este tipo de consideraciones puede llevar a algunos a pensar que el problema es que la cárcel no funciona en los términos en los que esta pensada actualmente. Ello, equivaldría a admitir que la cárcel se puede perfeccionar o mejorar.

“La idea misma de readaptar es algo que la ciudadanía guatemalteca como libertaria no comparte. Tras esta idea de readaptación esta la pretensión de crear individuos dóciles, maleables”.¹⁴

Estas funciones formales son un fuerte símbolo en la legitimación del Estado y funcionan, por un lado, como refuerzo en tareas de gobernabilidad y por otro para ocultar la realidad social de la cárcel que tiene que ver más con los otros dos tipos de funciones.

b) Funciones en la sociedad: la cárcel cumple funciones en la sociedad de dos tipos como lo son el control social y las simbólicas.

En cuanto a las funciones simbólicas sirven para construir la definición social de qué es el delito y quiénes son los delincuentes.

¹⁴ *Ibid*, pág. 22.



Construye la realidad social del delito a partir de la identificación de delincuencia tan sólo con aquellos infractores de leyes penales a partir de la noción de que delito es aquello que transgrede los códigos penales. No se niega la existencia del delito incluso dentro de la utópica sociedad libertaria, pero se define como toda acción que tienda voluntariamente el dolor humano; consistente en la violación del derecho de todos a una igual libertad y al goce del máximo posible de bienes morales y materiales.

Esta creación social de la idea de delito a partir de la cárcel crea una imagen de que los delincuentes son quienes están presos gracias a la actividad del Estado en la lucha contra el delito; entonces el Estado es eficaz en la persecución y sanción de los criminales.

Así pues, la cárcel cumple importantes funciones de legitimación del Estado como supuesto garante de la seguridad ciudadana.

Por lo que respecta a las funciones de control social, la cárcel funciona como un espacio de reeducación desocializadora para la producción de delincuentes adaptados a ella y a su papel social de chivos expiatorios de la necesidad de una delincuencia habitual, que justifica la protección de intereses de poder mediante formas de control policial, penal y carcelario.

Con ello se ocultan otros tipos de delincuencia, como la enajenación de la fuerza de trabajo por los patrones hacia el obrero, infinitamente más graves y numerosos y



engañando a los ciudadanos; tratando de hacer creer que la cárcel es una herramienta eficaz en la prevención y lucha contra el delito.

Estos individuos adaptados a su papel de delincuentes engrosan los ejércitos de golpeadores y grupos de choque que los diferentes grupos de poder usan contra las organizaciones sociales. La cárcel necesita de delincuentes para existir. La cárcel no es la solución, es parte del problema.

- c) Funciones políticas: también cumple importantes funciones políticas, tanto de control como simbólicas.

En cuanto a las funciones políticas de control, y en concreto a lo que se refiere a la disidencia política, funciona como una forma de control duro y es un instrumento que busca directamente el aislamiento y la inhabilitación física y mental de los reclusos por razones políticas.

Con esta función busca erradicar y anular los diferentes movimientos de resistencia.

Con respecto a sus funciones políticas simbólicas, mediante la cárcel, el Estado básicamente pretende mandar un mensaje coercitivo para crear la idea entre los activistas y su entorno social de que es muy probable que termine encerrado si se organiza. Busca así frenar la expansión de la desobediencia.



También busca crear la imagen entre la sociedad de que los luchadores sociales no son más que delincuentes, que no es que luchen por la tierra; o que no es que estén defendiendo su derecho a existir.

- d) Funciones económicas: las prisiones se han vuelto un gran negocio para los que las administran. Bajo la mentira de ayudar al preso a su reinserción, se le pone a trabajar muchas veces maquilando para grandes compañías, bajando así los costos de producción, otras simplemente en funciones de las llamadas de hostelería dentro de la misma cárcel (cocina, lavandería, limpieza, etc.), lo que le permite a la administración de las prisiones ahorrarse esos salarios.

Las empresas que tienen sus maquilas en las cárceles disponen de un ejército de brazos cautivos y cada vez que pierden uno, detrás de él existen miles para ocupar su lugar.

Debido a lo rentable que le resulta al Estado en términos de legitimación social se ha reservado la administración de las prisiones para él. Sin embargo esto no lo ha detenido para sacar grandes ganancias en la construcción de nuevas prisiones mediante la licitación de este trabajo a empresas privadas.



CAPÍTULO III



3. La pena

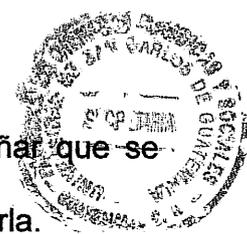
Es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, de ahí su importancia, no siempre acorde con el tratamiento que se le dispensa en los tratados; en los que aparece como un apéndice de la teoría del delito.

Sin embargo, hoy se constata una revalorización de su estudio; en el entendimiento de que se trata de una institución que constituye uno de los elementos nucleares del sistema penal.

Por ello, toda formulación de alternativas político-criminales, toda opción de reforma ha de tomar en consideración los aspectos teleológicos y funcionales de las consecuencias jurídicas del delito.

A esta idea responde paladinamente la exposición de motivos de la legislación penal, que en aras de la adaptación positiva a los valores constitucionales, propone una reforma del actual sistema de penas; de modo que permita alcanzar en lo posible los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna.

En efecto, siendo la pena un instrumento de control estatal, en la teoría de la pena quedan reflejadas las diferencias profundas que separan a las diversas concepciones



sobre el poder del Estado y su modo de operar. Por ello no puede extrañar que se manejen tantos conceptos de pena como autores se han ocupado de estudiarla.

3.1. Definición de pena

“La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”.¹⁵

“Pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito”.¹⁶

3.2. Privación de bienes jurídicos

En principio la pena era un mal, una privación total o parcial de bienes jurídicos. Existe una tendencia a identificar pena con sanción, y el concepto formal de sanción es más amplio, debido a que es la consecuencia jurídica de un determinado presupuesto fáctico.

En este sentido, la pena es una sanción; una consecuencia jurídica subsiguiente al hecho culpable.

Pero no es este el concepto que interesa, porque por ser exclusivamente formal; no sería operativo. Hay que buscar una definición material que por otra parte, coincida con la más estricta interpretación gramatical.

¹⁵ Ortiz Ojeda, Sergio Daniel. **Los fines de la pena**, pág. 20.

¹⁶ *Ibid*, pág. 22.



Se trata, de un mal para el sujeto que lo recibe. Este es el aspecto relevante. Ciertamente la privación de bienes jurídicos a uno de los miembros repercute en detrimento de toda la sociedad.

No solamente porque lo que es malo para una parte de lo es para el todo, sino porque el individuo al que se priva de libertad deja de cumplir un papel activo que la sociedad podía esperar de él.

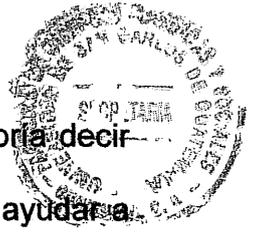
“Si alto es el costo social del delito, lo es en medida considerable por el costo social de la pena. Sin embargo, no es este el aspecto que ahora compete subrayar. Cuando se mantiene que la pena es un mal, se afirma que es un mal para el que la sufre”.¹⁷

A esta caracterización no se opone la consideración de la pena como derecho del delincuente. En la acción misma del delincuente se encuentra la racionalidad, el querer del individuo.

Al considerar que la pena contiene su propio derecho se honra al delincuente como un ser racional. No se le concedería este honor si el concepto y la medida de la pena no se forman del hecho mismo. El delincuente exige el castigo con sus hechos.

La pena sería, pues, en estas construcciones teóricas, un derecho o una reivindicación inconsciente del delincuente; pero ello no entraría en contradicción debido a que se exige con su carácter aflictivo.

¹⁷ *Ibid*, pág. 24.



Solamente desde los presupuestos del correccionalismo mas exacerbado cabria decir que la pena es un bien, concibiéndola como medio racional y necesario para ayudar a la voluntad de un miembro del Estado, injustamente determinada, a ordenarse por si misma.

Toda imposición coactiva de pérdida o restricción de bienes y derechos es un mal para el sujeto y así es sentido por él.

Los efectos negativos de la pena no se agotan en el contenido afflictivo material previsto en las leyes punitivas. La desocialización inherente a la ejecución de la pena paradigmática consistente en la privación de la libertad y en la estigmatización que produce; que son otras tantas consecuencias negativas que se presentan también como fruto del proceso penal, a pesar de que la condena o ejecución queden en suspenso que en ocasiones superan, en su afflictividad; a la restricción o privación del derecho a que se dirige cada caso concreto.

3.3. Pena impuesta legalmente

Es una consecuencia directa del principio de legalidad. Este no exige, no obstante, solamente que la pena venga recogida en textos formalmente calificables de leyes, de ser así, todas las personas reunirían este requisito; ya que el Estado moderno actúa siempre mediante leyes.

El significado material del principio de legalidad consiste en la adecuación de la pena a la ley, esto es a la voluntad general manifestada por los representantes de Guatemala.



En este sentido se dice que la pena debe ser popular. No solo la incriminación de las conductas delictivas ha de responder al sentimiento de la comunidad. También el de la pena, pues solo así esta puede ser contemplada como instrumento de justicia y cumplir una función educadora.

“Todas las penas, incluso las pecuniarias, que afectan al bien jurídico propiedad, pero que pueden transformarse en privativas de libertad, condicionan el desarrollo de derechos fundamentales y; su creación y definición ha de hacerse mediante ley orgánica”.¹⁸

El alcance del principio de legalidad, como es bien sabido, se extiende a la fase de ejecución. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

3.4. Pena impuesta por los órganos jurisdiccionales

La restricción de bienes jurídicos de la pena consiste y es acordada por los órganos jurisdiccionales competentes, y la jurisdicción es una faceta de la soberanía exclusiva del Estado.

¹⁸ Florián, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, pág. 26.



Además, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de **tenencia** firme dictada por el juez o tribunal competente; de conformidad con las **leyes** procesales.

Queda, pues por un lado la venganza privada. No procede el detenerse en un examen detallado de las fases iniciales de la historia de la pena, pero si ha de recordarse que en los primeros pasos de la evolución jurídica se le atribuía la naturaleza; de venganza, en estrecha vinculación con ideas de raigambre religiosa.

En el derecho penal interno se tiene el derecho a expulsar a sus miembros indignos mediante la pérdida de la paz.

En términos reales, no cabe otra forma de actuación cuando no existen ni Estado ni derecho público. La carencia de un sujeto de derecho publico, pertinente jurídicamente, determina que los problemas penales se solventen mediante los procedimientos de la venganza o de la composición.

“La pena no puede ser tal hasta que, en virtud de un largo proceso que arranca en el siglo XII, toma la forma de reacción del Estado realidad asociativa y jurídica superior contra la voluntad individual opuesta a la suya”.¹⁹

La intervención del Estado monopolizando la fijación, imposición y ejecución de penas supone, al menos en el terreno teórico, la eliminación de la venganza, y, por ende, es

¹⁹ **Ibid**, pág. 29.



una garantía de imparcialidad y de objetividad que se corresponde con la imagen del Estado como punto de convergencia de los intereses de los ciudadanos, superior y ajeno a ellos; y ordenador equitativo de la convivencia.

El principio de jurisdiccionalidad en la fase de ejecución de penas prescribe que la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se llevará a término bajo la vigilancia de los jueces y tribunales competentes.

El principio de jurisdiccionalidad, que comporta un amplio catálogo de garantías formales, cuando su imposición se ve confiada a unos órganos jurisdiccionales según las precisas reglas de un proceso, es de gran importancia, y en el mismo la legalidad penal ocupa un segundo plano.

Y es de gran importancia porque supone la actuación del Estado a través de un poder que se configura como independiente y cuya función se reduce, en último término, a concretar los imperativos legales de carácter general y abstracto a un hecho concreto y particular. Su forma de actuar se encuentra sometida a prescripciones específicas; como son las del derecho procesal penal.

El derecho penal, en cuanto sometido en su aplicación privativa a las disposiciones procesales, representa una excepción a la forma expeditiva en que el Estado usa de sus facultades sancionadoras.



En efecto, sus pretensiones punitivas en el ámbito administrativo son realizadas directamente, y solamente de forma eventual, cuando surge oposición de los afectados, en ciertos casos; en que se cuestione su derecho y se supedita a lo decidido en el correspondiente proceso. En cambio cuando se trata de actuar el derecho subjetivo público es de penar, y la única vía de hacerse efectivo el proceso.

La importancia política y técnica del principio de jurisdiccionalidad señala que de una parte, el juicio oral supone dar a los acusados y, en general; a las partes que intervienen, la posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos. La segunda finalidad es que el tribunal disponga de todos los elementos de juicio a la hora de dictar sentencia.

Las propuestas abolicionistas han venido, sin embargo, a oponer la llegada de una cuestión que, por otra parte, debería ser obvia y que consiste en el hecho de que el poder estatal a través de la jurisdicción no puede ocultar su verdadera naturaleza. Y a mayor institucionalización, mas intenso y alejado de la persona menos humano, por tanto será el control establecido.

Si la autoridad es aceptada plenamente, se puede hablar de una pena justa. Si, por el contrario, hay una total impugnación de la autoridad, no se trata de una pena verdadera; sino de pura violencia.

En el nivel macroestatal las nociones de pena y de responsabilidad individual resultan así ficticias, infecundas y traumatizante. Una reflexión sobre el derecho o sobre la



necesidad de castigar que pretenda situarse a este nivel es, pues; aberrante. Solo en contextos de proximidad, donde puedan atribuirse significaciones concretas a las nociones de responsabilidad individual y de castigo, es eventualmente posible que se vuelva a comprender tal reflexión, sea en el nivel medio de las relaciones entre los individuos y los grupos o instituciones que le son próximos, sea en el nivel micro de las relaciones interpersonales, es decir; allí donde es posible alcanzar la vivencia de las personas.

Queda, no obstante, por ver en la medida en la que tenga que pretenderse confiar la parcela de control social, hoy en manos de las instituciones penales, a otras instancias, fundamentalmente de derecho privado, en las que, mucho es de temer, las relaciones de desigualdad pueden perpetuarse y crecer; al menos en la misma medida en que ahora lo hacen.

3.5. Pena impuesta al culpable de una infracción criminal

La pena se impone al culpable de una infracción criminal. Es decir, se impone al autor, en sentido amplio; de un delito o falta. Existe culpable solamente en la medida en que un hecho sea subjetivamente imputable a un sujeto que concurrirá a un presupuesto necesario pero no suficiente; para la imposición de una pena.

Con el riesgo de simplificar excesivamente, las posiciones teóricas fundamentales mantenidas y compartidas por amplios sectores de la doctrina, pueden agruparse en torno a la idea de retribución; de prevención o de la unión de ambas.



3.6. Teorías

Las teorías de la pena son las siguientes:

- a) Teorías absolutas: parten de que la pena es un mal, pero no un mal sin fundamento, sino frecuentemente encuadrado entre las concepciones mixtas, pero en esencia, retribucionista; un mal que se impone al delincuente por el incumplimiento de derecho. Toda pena es, pues por esencia; retribución.

Desde este punto de vista la finalidad esencial de la pena se agota en el castigo del hecho cometido. Esta fue la posición defendida, desde perspectivas bien diversas. La pena es un imperativo categórico y, como tal, una exigencia incondicionada de la justicia; libre de toda consideración utilitaria.

La pena no se justifica porque sirve a la sociedad, y el castigo del individuo, que es fin en sí mismo, no puede instrumentalizarse en sectores de fines preventivos ajenos.

“El carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la voluntad general representada por el orden jurídico con la voluntad especial del delincuente; concordancia quebrada por el delito”.²⁰

²⁰ González Vidosa, Francisco. El proceso penal, pág. 28.



Ello se consigue negando con la pena la previa negación de la voluntad general causada por la voluntad especial del delincuente.

En estos planteamientos la pena no es sino reacción que mira al pasado y no instrumento de fines posteriores.

La concepción retributiva de la pena no ha sido acogida en sus términos estrictos esto es, como absolutamente desligada de fines por los ordenamientos positivos y por la doctrina mayoritaria; aunque hoy puede detectarse un renacimiento de la retribución que responde a orígenes diversos.

La retribución como factor de cohesión, tradicionalmente considerado bastión del utilitarismo, conoce hoy un resurgir de las tesis retributivas, si bien prescindiendo de la base idealista, moral o metafísica que se le ha dado en el continente.

Se rechaza el retribucionismo en la ley por incompatible con la utilidad que siempre se ha de buscar al imponer las penas, pero exige que en su determinación concreta se acuda a criterios retributivos y no utilitarios, porque, de otro modo; el sistema perdería credibilidad a los ojos de los demás y dejaría de ser disuasivo.

La limitación de la pena asegura al delincuente el mínimo de aflicción y a la sociedad la necesaria disuasión.



De este modo, el llamado retribucionismo se centra en la búsqueda de coherencia interna y eficacia preventiva, y tiene criterios limitadores bastante lejanos a la idea de retribución nacida del idealismo.

La concepción de la justicia no es prioritariamente un problema epistemológico, sino una tarea social practica; lo que justifica una idea de la justicia.

Puede detectarse en estas aportaciones un acercamiento más a la idea de proporción que a la de retribución. A la reivindicación de proporcionalidad, por otra parte, no es ajeno un acontecimiento que dejó su huella también en el autoritarismo nacional socialista.

Frente a una instrumentalización ilimitada del *ius puniendo*, parecía necesario, buscar criterios limitadores; que se pretendieron encontrar en la doctrina retribucionista.

De este modo, se retoma el retribucionismo como un elemento clásico, heredado por la filosofía política liberal, que ha hecho de él bandera garantista en el ámbito penal: la proposición entre delito y pena.

Fundamenta la prohibición de castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas; porque la dignidad humana se opone a que el individuo sea utilizado como instrumento.



Las críticas al retribucionismo, sin embargo, no solamente cuestionan sus presupuestos, sino que ponen en duda el pretendido efecto positivo de la seguridad jurídica que suministra la proporcionalidad.

Parten estas críticas, fundamentalmente, de la negación del presupuesto de toda propuesta retribucionista, o sea del libre albedrío. Rechazada, por metafísica o por su imposible probanza, la capacidad de decisión incondicionada, no tiene sentido de retribución mediante el castigo, y es un comportamiento de la persona que responde a factores que no se pueden controlar.

Es mas, de solventarse positivamente los puntos oscuros que ponen de relieve las críticas anteriores no quedaría resuelta la cuestión a favor del retribucionismo, puesto que a hay que tener presente, que si bien en un orden puramente abstracto cualquier acto no lo hace al mismo tiempo normativamente necesario.

Siendo esto así, la retribución, irreprochable en un orden lógico, no lo es necesariamente en un orden jurídico o sociológico, donde puede ceder ante otro tipo de consideraciones, por ejemplo; de utilidad.

“Por otra parte, ningún sentido tiene añadir al mal del delito el mal de la pena, ni se han encontrado, desde la ley del Talión, fórmulas para cuantificar válidamente el tanto de retribución. Y una retribución que pretenda, nada menos, la realización de la justicia o el restablecimiento del orden jurídico, además de ser proyecto demasiado ambicioso para un instrumento como el del derecho penal; debido a que supone moverse entre



parámetros tan indeterminados, por ideologizados, que dejarían al intérprete un amplísimo margen para manipular soluciones”.²¹

Si las bases teóricas de la retribución no son aceptadas, su aportación a la seguridad jurídica concretada en el principio de proporcionalidad queda reducida a la mínima expresión.

Queda, pues, muy debilitada la fundamentación de la pena en la retribución. Otra perspectiva es la que se maneja cuando se afirma, que la pena es esencialmente retribución, en cuanto que es represión.

El carácter aflictivo de la pena no puede discutirse, debido a que ello sería negar su esencia. Pero el debate en torno al retribucionismo no puede agotarse en la constatación de esa naturaleza de la pena, que es siempre, represiva.

Es de importancia el estudio del debate sobre la justificación de la pena en cuanto tal retribución o sobre si la pena debe servir solamente para retribuir. Y en este plano es en el que las propuestas retribucioncitas deben entenderse superadas.

- b) Teorías relativas: por su parte, las teorías relativas fundamentan la pena en su utilidad, e incluso necesidad; para la subsistencia de la sociedad. La pena no tiende a la retribución del hecho pasado, sino a la prevención de futuros delitos.

²¹ *Ibid*, pág. 32.



Este punto de partida se concreta en forma muy dispar en las dos corrientes, existiendo la prevención general y prevención especial.

La prevención general, supone la actuación de la pena frente a la colectividad. Antes se confiaba esta tarea, sobre todo, a la ejemplaridad de la ejecución a menudo brutal de la pena.

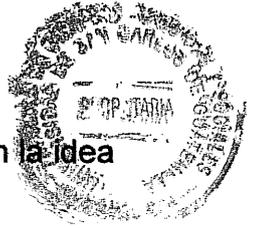
La pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como conexión psicológica en el momento abstracto de la tipificación legal.

“Según las teorías partidarias de la prevención especial, el fin de la pena es la lucha contra el delito mediante la actuación sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir”.²²

El desarrollo y extensión de las tesis preventivas especiales se articula en torno a tres grandes tendencias: el correccionalismo, el positivismo criminológico y la dirección moderna.

El correccionalismo no alcanzó seguidores que desarrollaron hasta las últimas consecuencias su idea de un derecho protector de los criminales, pero el preventivismo especial es una constante en la evolución de la ciencia penal, que

²² **ibid**, pág. 34.



contaba, como andamiaje teórico idóneo, con los antecedentes enequistas y con la idea cristiana de regeneración.

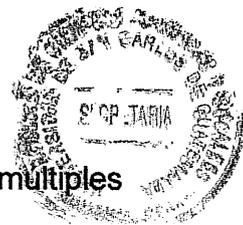
Tampoco el positivismo criminológico logró imponer definitivamente los objetivos preventivos y especiales como únicos, puesto que, siendo consecuente, llegó a rechazar el concepto mismo de pena para propugnar su sustitución por las medidas de seguridad.

Tampoco las teorías relativas quedan a salvo de consideraciones críticas. Contra la prevención general se ha argumentado que, sin el freno de la proporción con la gravedad del delito; puede llevar a extremos inadmisibles.

La carencia de una política criminal, y social adecuada tendería a ser suplida por una exasperación infinita del rigor penal; que podría acabar transformándose en auténtico terror penal.

Se opone a la idea de resocialización una objeción básica que lleva, por múltiples razones, a restringir su contenido y a renunciar a la pretensión de que el sujeto asuma un completo código de conducta determinada.

“El Estado, secularizado desde la Ilustración, no puede decidir cual sea el modo de vida mas correcto de cada uno de sus súbditos e imponerlo. No puede, en efecto,



proponerse tal objetivo si se conoce que en una sociedad plural funcionan múltiples subsistemas culturales con códigos de conducta distintos cuando no contrapuestos”²³.

Es además evidente, por razones de índole tanto técnica como política, que la aplicación de los eventuales tratamientos resocializadores ha de supeditarse a la previa aceptación voluntaria por parte del sujeto que los sufre.

Por otra parte, sería contradictorio reintegrar a un sujeto en un marco social cuyas desigualdades estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad. Es igualmente contradictorio hablar de resocialización de sujetos que nunca estuvieron integrados.

Estas objeciones entre otras, han llevado a un replanteamiento de la prevención especial. El alcance mismo de la socialización ha quedado relativizado, y se viene entendiendo que no puede referirse a todo un código de valores: socializar significa no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar.

Finalmente, es problemático intentar preparar a los sujetos a vivir en libertad mediante la utilización de un sistema penal que gira sustancialmente alrededor de la privación de libertad.

²³ Ortíz. **Ob. Cit.**, pág. 26.



Pero, junto a ello, debe admitirse también que la prisión es en el momento actual una necesidad irrenunciable. Salvar esta contradicción debe conducir, de una parte, a potenciar las penas alternativas, y, en los casos en que la prisión deba seguir siendo utilizada, intentar lograr el objetivo; de apertura máxima de la cárcel a la sociedad.

Cabe, pues, al menos en las propuestas doctrinales, la precondición del concepto de resocialización a sus correctos términos, que no son desde luego, los propios de los problemas penales.

No se le puede augurar un resurgir teórico ni, desde luego, una expansión real. Continuar y abundar en los esfuerzos resocializadores necesitaría de un importante impulso estatal y social, que ha quedado, quizás definitivamente postergado. Y ello porque la pena y su ejecución son instrumentos de control social cuya función no se comprende sino insertándolos en un dispositivo estatal más general, cuya evolución marca la de los subsistemas que lo integran.

Ese marco es hoy la denominada crisis del Estado asistencial, que se traduce, en el ámbito penal, en el declive de la ideología de la resocialización.

Si la estrategia de la resocialización se correspondía con las tendencias tecnocráticas y eficientes del Estado del bienestar, es decir, del orden social en el capitalismo avarizado, la crisis de ese modelo de Estado ha determinado el cuestionamiento de sus pretensiones resocializadoras en lo penal.



Todo lo cual lleva a la conclusión de que, aunque no pueda negarse como objetivo impuesto por otra parte por la doctrina ha de empeñarse en la tarea de reformular el concepto de resocialización, reduciéndolo a sus estrictos límites y de reivindicar alternativas de política criminal y social que la hagan posible; a pesar de que el escepticismo sea hoy la postura más científicamente honesta al respecto.

- c) Teorías mixtas: las teorías mixtas coinciden, las discrepancias nacen a la hora de precisar por una parte la relación entre proporcionalidad y necesidades de prevención y, por otra, la importancia respectiva que corresponde dentro de la prevención a la general y a la especial.

Se tiende a asignar al derecho penal una función de protección, a la que el principio retributivo pondría los límites. En la medida en que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de la prevención especial o general no tienen por que coincidir la llamada antinomia de los fines de la pena es preciso que el tribunal establezca anticipadamente hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor solo podrán ser contempladas hasta ese límite.

Mucho más compleja es la relación recíproca entre la prevención general y especial. La orientación doctrinal que defiende la doble función retributiva y preventiva del derecho penal acentúa el papel de aquella por entender que esta se deriva necesaria y lógicamente de la pena justa que brindan los principios retribucionistas.



“La prevención especial, es reivindicada por los sectores preocupados no solamente por la protección de bienes jurídicos, idea propia de toda posición preventiva, sino también por la recuperación del delincuente”.²⁴

La opción por una u otra se enmarca en un contexto científico e ideológico mas amplio. Las teorías de la pena no se eligen; más bien se sitúan y enraízan en una cultura, y en una cultura jurídica. Por tanto, no cabe decidirse a favor de una pura teoría retributiva. Ello supondría, de hecho, renunciar a una justificación de la pena desde el punto de vista de sus efectos prácticos, y el derecho penal no se puede decidir hoy por esa renuncia. Se le exige una justificación por las consecuencias, y esa exigencia constituye parte de la racionalidad actual.

Las teorías de la diferenciación y dialéctica de la unión que, respectivamente, han elaborado, tienen en común la contemplación de los fines de la pena a través de las diversas personas e instituciones que intervienen en su administración o a través de sus sucesivas fases de conminación, imposición y ejecución.

En la primera de esas fases, encomendada al legislador, la protección de bienes jurídicos y de prestaciones públicas imprescindibles exige enfatizar los elementos preventivos-generales, pues la conminación típica es anterior al delito y no podría, por tanto; ser base de la retribución ni de la prevención especial del delincuente.

²⁴ **Ibid**, pág. 29.



El segundo momento, el de la medición e imposición judicial de la pena, se encuentra presidida por el principio de proporcionalidad, puesto que el juez no puede sobrepasarse, en la determinación de la pena y en la culpabilidad del autor. De lo contrario, ello se vería reducido a la condición de instrumento de los demás.

La última fase en la vida de la pena, la de su ejecución, sirve a la confirmación de los fines de los momentos interiores, desde el punto de vista de la prevención especial. Ello supone que la pena dictada por el juez, por exigencias de prevención general y dentro del límite de la culpabilidad, deberá ejecutarse de forma que tienda a la resocialización del delincuente.

3.7. Prevención como función racional

La consideración del derecho penal como instrumento de control social y la necesidad de su nacionalización en los términos propuestos, de acuerdo con las tendencias de la sociedad actual a regular los conflictos bajo puntos de vista de una estricta separación de legalidad y moralidad, concepción a la que responde plenamente la Constitución, lleva a descartar una fundamentación de la pena en la exigencia ético-jurídica de retribuir el mal cometido.

La prevención se constituye así, en la función racional. El dilema prevención represión es, según advierte, un dilema erróneo. Cualquier sanción jurídica desfavorable, aunque tenga un importante componente afflictivo o aunque responda, en los designios del legislador, a finalidades retributivas, tiene, en primer término, una función preventiva,



puesto que se impone para evitar la verificación de hechos no deseados. El contenido concreto de cada sanción retributiva y reeducativo dependerá así de la ideología en que cada ordenamiento se apoya, pero no puede empañar la función objetivamente preventiva de la ley penal.

Y si se demuestra que los planteamientos puramente preventivos de que se parte pueden suministrar criterios de limitación del *ius puniendo*, no hay razones para seguir operando con la idea de retribución, con lo cual, además, se evitará caer en la contradicción de negarla como fundamento y de admitirla como límite.

Esos criterios limitativos existen. En primer lugar, porque no es posible contemplar la prevención extrayéndola del contexto político-jurídico de los principios fundamentales configuradores del Estado de derecho que acotan el marco máximo en el que puede moverse.

Por otro lado, esta función racional implica la adopción de criterios de autolimitación que impiden no solamente la problemática penal, sino también el absurdo de castigar cuando el contenido de injusto es menor; o cuando las necesidades preventivas han desaparecido o disminuido.

Finalmente, hay que añadir que para superar la contemplación de la prevención general como mera amenaza de las teorías de la prevención general positiva o integradora, se postulan con firmar por medio de la pena la conciencia social de la norma, conciencia



que requiere se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan normas elementales de convivencia.

La interpretación de la pena como medio de prevención, con la amplitud que aquí se propone, es plenamente válida para el ordenamiento jurídico, pues la afirmación constitucional de que las penas privativas de libertad deben orientarse hacia la prevención especial no supone que hayan de afrontar esa finalidad de forma exclusiva.

Esta declaración no parece incompatible con el derecho del condenado a una ejecución presidida por el objetivo de resocialización y por el principio de humanización, que veta la imposición de sanciones inútiles inspiradas exclusivamente en la idea de castigo.

3.8. Caracteres de la pena

Los caracteres de la pena, dentro del modelo penal propio del Estado social y democrático de derecho, provienen en gran medida del pensamiento penal ilustrado.

- a) Personal: la pena es personal por imponerle así el principio de culpabilidad: se impone al autor culpable. Nunca puede extenderse, en contra de ciertos ejemplos suministrados por la evolución del derecho penal, a sus parientes próximos e incluso a sus siervos.

Se ha superado, pues, el carácter aberrante de la pena, originariamente ligado a la consideración del delito como violación del tabú teológico. Este paso es posible



solamente cuando la persona asume el papel central para que se de inicialmente, en forma restringida, en lo jurídico a sus últimas consecuencias.

Relacionado con este principio se encuentra el grave problema de las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en terceros. El ejemplo mas claro estaría constituido por la situación de desamparo en que quedan las personas dependientes del condenado a una pena larga privativa de libertad o a una fuerte sanción pecuniaria. Se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena. Es deber imperioso de toda legislación el procurar que en todo caso estos negativos efectos se vean recortados al máximo, y a ello apuntan algunos preceptos del Código Penal.

“El principio *societas delinquere non potestad* veta la posibilidad de penalizar los comportamientos atribuibles a las personas jurídicas. El respeto al principio de personalidad implica la necesidad de arbitrar medios, para que la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria sea castigada”.²⁵

Pero también para evitar que ese castigo venga a recaer finalmente, sobre los socios no responsables de la conducta delictiva. Si esto no es problemático en los casos de penas de carácter personal, si lo es cuando tienen naturaleza pecuniaria.

La solución pasa entonces por arbitrar mecanismos pre-penales que eviten esta aberrante transferencia de la responsabilidad criminal, solución a la que no parecen

²⁵ Florián. **Ob. Cit.**, pág 34.



orientarse las actuales tendencias a la monetarización de las penas, tan en boga en el ámbito de la delincuencia, y que vienen a tener como resultado último la posibilidad de que la responsabilidad derivada del delito del dirigente societario quede transformada en una obligación de pago por parte de la masa social.

Al mismo principio *societas delinquere non potest* responde la naturaleza de ciertas consecuencias jurídicas que, recaen directamente, en su caso, sobre la persona jurídica. Una vez negada la capacidad criminal de estas tales consecuencias no podrán ser consideradas ni penas ni medidas de seguridad.

b) Necesaria y suficiente: si solo la prevención es función racional de la pena, carecen de justificación tanto las innecesarias como las insuficientes.

La pena más cruel no es la mayormente grave, sino la de mayor inutilidad. Ese es el requisito primero de la justificación de la pena. La misma nunca es necesaria respecto al hecho pasado, y tampoco lo es frente a quien no es peligroso, pero puede ser necesaria para crear inhibiciones en los demás.

Por ello, la imposición de penas a sujetos carentes de peligrosidad; a no ser que lo exija la prevención general. A responder a la tensión creada entre estos dos objetivos existen instituciones que, como la condena condicional, o la libertad condicional, permiten dar respuesta individualizada a los requerimientos de la prevención general cuando la especial no es necesaria o cuando, incluso; puede lograrse mejor con la inaplicación de la pena.



La pena de prisión puede ser sustituida por arresto de fin de semana o multa, y aquel, por multa.

Se trata de posibilidades que responden a la idea de no acudir al instrumento más aflictivo con que cuenta el sistema penal de la privación de libertad cuando los objetivos preventivos puedan lograrse con medios livianos.

Pero la pena no solamente tiene que ser necesaria. Se requiere que sea suficiente. Mas allá de lo preciso, la pena sería una autentica extralimitación. Tiene que aparecer en las diferentes fases por las que atraviesa.

Las tantas veces presenciada orientación a las consecuencias del sistema penal exige que todos los operadores del derecho tengan bien presentes los datos suministrados por la criminología.

La pena no intimidante, por escasa, no puede cumplir con su función preventiva. Recurrir a ella por parte del Estado sería tanto como eludir la obligación que a los poderes públicos se asigna cuando les ordena promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica; cultural y social.

Se hacen acreedoras de insuficientes las penas que, parecen triviales en comparación con la gravedad de los hechos que castigan y pueden ser inferiores a la sanción



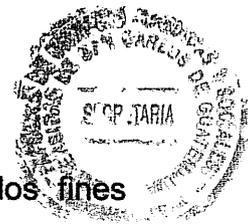
aplicable a los mismos hechos cuando estos sean calificados como mera infracción administrativa.

- c) **Pronta e ineludible:** consiste en el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Las normas relativas a derechos fundamentales se han de interpretar de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable.

Que la pena sea pronta e ineludible es una exigencia de su finalidad de prevención general. Lo intimidante no es la gravedad, sino la certeza. La lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimula a todos los culpables.

Una administración de justicia ineficaz consigue, con su lentitud, que el poder intimidante de la pena desaparezca. La conciencia social perturbada por el crimen quedará insatisfecha al ver que los culpables siguen sin castigo y la ejemplaridad de este desaparece con el paso del tiempo.

Desde el punto de vista de la prevención especial, la pena tardíamente aplicada no se revela solo como inútil, sino como contraproducente, ya que con frecuencia introducirá en procesos marginalizantes a sujetos de débil, pero cierta; la socialización posterior al delito.



Pero no solamente se trata de idoneidad de la pena tardía para lograr los fines preventivos que le son propios. La incidencia negativa de los retrasos en la aplicación de la ley penales patente cuando el sujeto se encuentre privado, con carácter cautelar; de libertad o de otros derechos.

En estos casos las privaciones de derechos acordadas cautelarmente se abonaran en su totalidad para el cumplimiento de la pena posteriormente impuesta o, cuando aquellas, se compensarán. Y cuando mediare petición de indulto, el juez o tribunal suspenderá la ejecución de la pena en tanto no se resuelva sobre la petición; si hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena pudiera resultar vulnerando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Naturalmente estas previsiones no resuelven los casos de errores en la adopción de medidas preventivas, ni afrontan todos los aspectos del problema, puesto que, aunque se encuentre el sujeto imputado en pleno disfrute de sus derechos, la prolongación excesiva de esa situación de imputado encierra en por sí misma cierta dosis de aflicción.

A la hora de determinar la pena, en sentido favorable al condenado, los retrasos que no le sean imputables. Si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, este debe serle computado en la pena añadiendo que toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo importa una anticipada retribución que, paralelamente; se debe reflejar en la pena que se imponga.



Poco importa, que las penas sean inmediatas, e incluso ingentes; si el delincuente cuenta con razonables posibilidades de eludirla. Tal como ponen de relieve los estudios realizados desde el denominado análisis económico del derecho, la eliminación del riesgo de sufrir la pena neutraliza su eficacia preventiva, aserto tanto mas válido en los casos de delincuencia, en la que probadamente, el autor opta por la realización de la conducta criminal después de un cuidadoso análisis de riesgos, conjugando las variables mal eventual y grado de probabilidad de sufrirlo.

La ineludibilidad de la pena no coincide frontalmente con el ejercicio arbitrario del derecho de gracia, que en la forma de indulto recoge su causa de extinción de la responsabilidad criminal.

- d) Proporcionalidad: la pena ha de ser también proporcionada al delito. Este principio encuentra tradicional explicación dentro del marco del sistema retributivo. Pero también, según se adelantó, en las teorías preventivas, ya que la adecuación de la gravedad de la pena a la del delito, castigando la conducta dolosa y no la imprudente, o la consumación que las formas imperfectas de ejecución, o los delitos que afecten a bienes jurídicos de mayor importancia que los que no lo son tanto es requisito de aceptación social y de aplicación funcional.

De otro modo no se puede prevenir, ya que castigar mas lo leve que lo grave es; una invitación a realizar esto.



La búsqueda de proporcionalidad es tarea encomendada prioritariamente al legislador.

Pero en los casos en que, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, el juez o tribunal estimen la pena notablemente excesiva; corresponde a ellos acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto.

- e) Individualizada: la regida proporcionalidad viene corregida por la individualización. La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos y no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos, sino a personas, y no a personas en abstracto sino a individuos concretos; se exige su individualización.

Esta consiste en un proceso tendiente a tomar la pena abstracta y a través de sucesivas concreciones para adaptarla a las necesidades preventivas suscitadas por el caso en cuestión.

El proceso individualizado ha llevado al ordenamiento a opciones de discutida constitucionalidad en el caso de impago de la multa por insolvencia. Se prevé en estos supuestos la posibilidad de una privación de libertad sustitoria, lo que es lo mismo que una mutación de la originaria pena de multa en otra carcelaria.

No cabe apreciar aquí discriminación alguna de las personas insolventes respecto de las que si poseen medios económicos.



Por supuesto, la individualización, que supone acercamiento de la norma general al caso concreto, no puede hacerse atendiendo a rasgos específicos que no justifiquen un tratamiento penal diferenciado.

“En materia de determinación de las penas es esencial el principio de no discriminación por razones de raza, color, sexo, nacionalidad, religión, estatuto social, condición laboral, social o cultural, o convicciones políticas del delincuente o de la víctima”.²⁶

3.9. Clases de penas

Son privativas de libertad, las penas de prisión, arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Son privativas de derechos la inhabilitación absoluta y la especial, la suspensión de empleo o cargo público, los trabajos en beneficio de la comunidad y la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, del derecho a tenencia y porte de armas y del derecho residir en determinados lugares o acudir a ellos.

Por su parte, se clasifican en función de su naturaleza y duración, en graves, menos graves y leves.

²⁶ *Ibid*, pág. 39.



Entre las mismas se encuentran la prisión, las inhabilitaciones especiales, la suspensión de empleo o cargo público y la privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares.

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa será menos grave o leve según lo sean las penas a las que sustituya.

Esta clasificación tripartida de las penas se corresponde con la establecida para las infracciones criminales. Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave. Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave y son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve. Cuando la pena, por extensión, pueda incluirse el delito se considerara, en todo caso; como grave.

Las penas pueden ser, atendiendo a otro criterio principal o accesorio. La pena accesoria acompaña a una principal y tendrá la duración de esta. La prisión igual o superior lleva consigo la accesoria de inhabilitación absoluta.

La prisión de menor duración puede ir acompañada de suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo o para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho.

Pero el tribunal solamente las impondrá cuando los derechos de que se priva al condenado hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.



Se da así expreso refundo legal a exigencias que habían venido siendo consagradas por la jurisprudencias. La posibilidad de condenar la privación de cualquier otro derecho entra en contradicción con el principio de legalidad, a no ser que entienda, como parece obligado, que ha de tratarse de privación de derechos, análogos a los aquí mencionados; expresamente previstos en el caso concreto.

Así ocurre, por ejemplo, con la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad.

Si bien parece que la intención del legislador fue la de recoger el catálogo completo de las penas para aclarar entre otras cuestiones cuales de las consecuencias jurídicas del delito tienen esa naturaleza, pueden rastrearse algunas sanciones no incluidas en la legislación.





CAPÍTULO IV

4. Peligro de fuga

Abordar el tema del peligro de fuga, como uno de los presupuestos de las medidas cautelares de naturaleza personal, es desde ya hacer alusión a la medida que fundamenta, legitima, avala y constituye el requisito más importante de éstas.

Por ende, su valoración debe estar basada en juicios certeros, válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos, puesto que de lo contrario se está afectando el bien jurídico más importante que nos ha otorgado la Constitución Política de la República de Guatemala como lo es la libertad.

4.1. Regulación legal del peligro de fuga

El Artículo 262 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La pena que se espera como resultado del procedimiento.

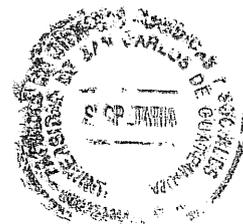


3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.
4. El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La conducta anterior del imputado”.

4.2. Presupuestos

El peligro de fuga constituye el requisito más importante de las medidas cautelares de naturaleza personal, puesto que a través de él, se valoran las posibilidades de éxito o no del proceso penal, materializado no sólo en su normal desenvolvimiento, sino en la futura aplicación de sentencia; por ello, se asevera que el peligro procesal está en función a que el imputado posterior a su libertad, asista voluntariamente a cuántas veces lo requiera el juzgado o la sala penal.

En ese sentido, el juez debe hacer un pronóstico, para determinar cuáles serán esas posibilidades que hagan presagiar, que el inculcado asistirá al proceso penal y en su defecto; no hará ningún tipo de maniobra tendiente a dificultar el mismo.



4.3. Criterios valorativos

“No todo perjuicio derivado de la demora de la definición del proceso penal puede consagrar un presupuesto de *periculum in mora*, para que así suceda es preciso que, en el momento de emitir la medida cautelar, el mismo aparezca a los ojos del juzgador como un daño inmanente y de una entidad tal que ponga en peligro la efectividad práctica de la posterior sentencia”.²⁷

No debe estar basado en conjeturas, hipótesis o verosimilitudes, puesto que el juez en su resolución debe citar datos ciertos, objetivos, fehacientes, que aparezcan frente a sus sentidos, que le generen la convicción que el procesado no sustraerá a la persecución penal; en caso se le ordene su libertad.

En consecuencia el peligro de fuga debe de ser valorado objetivamente con datos ciertos, pues si se permite que un juez valore esta figura como mejor le parezca, se convierte en lugar de un magistrado garantista, en un ser de libre convicción, con razonamientos tan subjetivos como caprichosos; donde por su medio se violenta la libertad ambulatoria de un ser humano.

En lo concerniente a la perturbación de la actividad probatoria, se tiene que precisar que también debe tratarse de datos objetivos ciertos, relacionados con el inculgado; pero con su futura manera de proceder.

²⁷ Téllez. **Ob. Cit.**, pág. 40.



Ello debe ser valorado en función a sus comportamientos dentro del proceso, los cuales pueden ser tanto físicos como procesales. Físicos, como comportamientos destinados a amedrentar a testigos, peritos, o inculpados con conductas destinadas a lograr comunicación con el exterior, a fin que otras personas oculten, supriman, alteren o desaparezcan las pruebas que de alguna u otra forma lo comprometen. Procesales, en el sentido de presentar constantes recursos destinados al fracaso, como la interposición de solicitudes sin fundamento fáctico o dogmático, nulidades procesales, tachas, o una constante negativa a cumplir con lo ordenado por el juzgado o sala penal, como el no concurrir a las declaraciones instructivas y sus respectivas ampliaciones, de no asistir a las diligencias procesales de confrontaciones; y a cuanta diligencia sea ordenada por el juzgador.

Este mismo pensamiento ha sido recogido al estipular los criterios a seguir al momento de valorar el peligro procesal, en su manifestación de entorpecimiento de la actividad probatoria.

El juez y el operador del derecho, no tienen que caer en razonamientos subjetivos de interpretación propia de este instituto jurídico. Si esa es la manera de proceder por parte del juzgador, se contradice el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Los criterios valorativos referentes a el peligro procesal de fuga no es lo mismo en un inculpado con propiedades en el extranjero en comparación de quien no las posee.

Ello, debe ser valorado en correspondencia con el arraigo en Guatemala que presenta el imputado. Se señala ello, pues precisamente el arraigo será el vínculo o lazo familiar, que haga al imputado seguir permaneciendo dentro del territorio nacional, por más próximo que se esté a un país extranjero. Normalmente los abogados cuando tratan de descartar el peligro procesal y quieren de alguna manera acreditar y garantizar la comparecencia del inculpado al proceso penal, procuran denotar que el inculpado tiene domicilio habitual, raigambre, intereses y razones fácticas para permanecer en el lugar del juicio.

Son otras formas de demostrar la raigambre las actas que levantan los notarios, cartas de referencia por personas que conocen sobre la conducta normal del inculpado, o bien, un certificado de trabajo, el cual es expedido por la persona jurídica o natural que da fe que el inculpado trabaja para ella.

En lo referente a este último punto, se tiene que recordar que no es lo mismo un certificado de trabajo expedido por una persona jurídica que uno dado por una persona natural.

La valoración debe darse de una manera distinta en ambos supuestos. Un certificado de trabajo expedido por una persona jurídica, genera la convicción que efectivamente el inculpado viene laborando para dicha empresa, pues las personas jurídicas mayormente se encuentran dentro del ámbito de la formalidad y sus trabajadores de una u otra manera, adoptan esa misma situación. Pero ello no significa que el juez no haga labor de investigación, muy al contrario, él como director del proceso penal, debe percatarse que dicha entidad se encuentra dentro del ámbito de la



formalidad, a fin de colegir el grado de seriedad y de veracidad de dicho instrumento, a fin que la institución estatal informe sobre la existencia o no de dicha entidad, por lo tanto, no debe conformarse tal y conforme se viene haciendo con solamente remitir un oficio a la entidad, para que esta informe si el certificado de trabajo que contiene información para con el inculgado, es veraz o no.

Ahora, un certificado de trabajo emitido por una persona natural, debe ser valorado cuidadosamente. Cuantas veces, los abogados, han anexado a su defensa, certificados emitidos por personas naturales y han habido jueces que le dan un mérito probatorio de veracidad alto; así como algunos que ni le prestan atención.

“Así como hay jueces, que le dan un mérito probatorio alto y así como existen quienes no le prestan la menor importancia, este tipo de documentos deben ser valorados con absoluta reserva”.²⁸

El juez debe desplegar una mayor labor de investigación, en lo referente a corroborar el grado de veracidad de estos documentos. Esta labor lo puede hacer recurriendo a la Policía Nacional Civil, la misma que en función a su labor de absoluta investigación, puede claramente colegir si dicho documento es veraz o no, como por ejemplo interrogando a vecinos, compañeros de trabajo o en su defecto llamando a la persona del supuesto empleador al proceso, a fin que este acredite haber expedido el certificado en cuestión, bajo apercibimiento de ser denunciado por uno de los delitos contra la impartición de justicia. Otro de los factores a evaluar sería la remuneración mensual que

²⁸ *Ibid*, pág. 46.



percibe mensualmente el inculpado, pues a menor remuneración obviamente ~~se tiene~~ que descartar el criterio del trabajo habitual. Igualmente se debe valorar con reserva los memoriales que se presentan dentro del proceso, pues aquí el juzgador debe examinar de qué personas se trata, pues no es lo mismo un documento firmado por personas amigas del inculpado que no tienen incluso trabajo habitual, de personas, por ejemplo, con una profesión determinada las que dan fe conocer al procesado.

En ese sentido, los certificados de trabajo expedidos por personas naturales, así como los documentos que llevan firmas de personas que acreditan conocer al inculpado, debe ser analizado de distinta manera a los expedidos por personas jurídicas, pues aquellos llevan desde ya un alto grado de desconfianza.

Siguiendo con el análisis del peligro de fuga, el mismo tiene que éste debe estar en función a la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.

Esto significa que para el presente criterio está en función al análisis cautelar objetivo del propio intérprete legal, razonando de la siguiente manera: en caso sea condenado el inculpado, por haber suficientes elementos de responsabilidad, se sustraerá de la persecución penal; asimismo se señala que este criterio debe ser valorado junto con otras circunstancias.

A contrario sensu, el criterio de la gravedad de la pena, está en función ya no del juzgador, sino en relación a cómo la pena influirá en uno y otro inculpado.



El tema de la prognosis, es un instituto jurídico procesal que no debe formar parte de los presupuestos de las medidas cautelares, puesto que se está ante la existencia de un residuo del sistema inquisitivo.

Por ello es esencial el pensamiento de quien aboga por la supresión de este presupuesto, por atentar contra un principio rector que informa el debido proceso; como es la presunción de inocencia.

Pero ya que la prognosis forma parte de uno de los presupuestos del mandato de detención, esta debe ser interpretada, como un presupuesto propio y autónomo de las medidas cautelares, como el único que presenta una valoración eminentemente cautelar y que la misma debe estar en función al peligro de fuga.

Es decir, su valoración debe ir por el aseguramiento del inculcado al proceso. En ese sentido, los criterios de valoración radican en que el juez debe evaluar el tipo de injusto, así como el elemento culpabilidad, pasando por los criterios de la determinación de la pena. Por lo que el tema de la prognosis como presupuesto eminentemente cautelar debe ser analizado en función al aseguramiento del inculcado al proceso, cotejándolo con el peligro de fuga.

Sin embargo, otra arista que debe presentar la prognosis de pena, es que ella debe estar en función a la gravedad de la pena que ha de esperarse, pues si se está hablando que se trata de un presupuesto eminentemente cautelar, el juez debe valorarla también en función al impacto que la pena ha de influir en el sujeto. Luego del



análisis de un presupuesto cautelar, queda expedito el camino para valorar el peligro de fuga.

Así desde el punto de vista objetivo del juzgador puede que un sujeto que será a futuro condenado a pena privativa de la libertad, no le genere tanto impacto como para pretender sustraerse de la ejecución penal.

En lo estimado a la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él, es otra regla en el que se trata de configurar discernimientos de índole civil a razonamientos eminentemente penales.

“Si un proceso penal lleva implícito un daño patrimonial de ingentes cantidades, el mismo debe automáticamente configurar un peligro procesal, o lo que es lo mismo decir que un daño económico puede cuestionar la libertad de un ser humano”.²⁹

Un desmedido daño produce la inquietud que el sujeto fugue o se sustraiga de cualquier manera a la persecución penal, pues no va a tener cómo afrontar un pago reparatorio, en caso sea condenado; considero que este análisis más pasa por ámbitos civiles que procesales penales, puesto que el tema cautelar como el peligro de fuga, no debe estar en función a cantidades de dinero, pues de ser así, se tiene por admitido el peligro de fuga.

²⁹ Maier. *Ob. Cit.*, pág. 46.

Pareciera desde una interpretación teleológica que la importancia del daño resarcible debe tener relación directa con la prognosis de pena, pues debe haber conformidad valorativa cautelar en la prognosis de pena y la importancia del daño a resarcir, pues no me cabe la idea que se configure un peligro de fuga por el daño ocasionado.



Diferente es el criterio referido a la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Sin embargo, en relación a este criterio, se debe valorar en sentido positivo dicha actitud, pues este es un criterio que sirve para disminuir el peligro procesal del mismo, pero nunca en el sentido negativo de la misma.

Si el imputado adopta una posición activa para reparar el daño ocasionado, debe de interpretarse como un criterio que desincentiva el riesgo de huída, debe ser valorado como un elemento a favor en el análisis de su conducta procesal.

No se puede obligar a un imputado a tomar una actitud voluntaria de reparar un daño respecto del cual no ha sido declarado responsable. Ni puede inferir el peligro de fuga de una situación estrechamente ligada a la condena, pero que no forma parte del objeto penal del proceso. Ello importa una afectación, aunque indirecta, de la presunción de inocencia.

En consecuencia, es de importancia el daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él, es un criterio acertado a la hora de valorar el peligro procesal, siendo precisamente la parte referida a la actitud que el imputado

adopta, voluntariamente, frente a él la que se conduce con los razonamientos propios de las medidas cautelares de naturaleza personal.



Finalmente, en lo referente al ocultamiento del inculpado de sus bienes, este criterio debe estar en función a la cantidad de bienes que el mismo tenga como parte de su patrimonio, puesto que no se puede valorar similarmente a un inculpado con bienes patrimoniales, que a un procesado con algún o ningún bien.

El déficit en la labor de investigación del juez, que a manera de costumbre se ha hecho, es que el juez se conforma con oficiar a las distintas entidades financieras, a fin que estas informen sobre la situación económica del inculpado.

Parece irrisorio ello, pues se sabe que en Guatemala, lamentablemente la mayoría de habitantes viven subsumidos en la cultura de la informalidad, donde las compras, ventas o negocios jurídicos que celebran las personas, en muchas oportunidades quedan a nivel de documentos privados, y en otras en meros acuerdos verbales. Entonces, investigar de esa manera los bienes de un procesado es una gran y grosera pérdida de tiempo por parte del juzgador.

En este tipo de casos, se debe analizar a la persona del inculpado en función a sus ingresos económicos, ya que no será lo mismo la valoración que se haga de un empresario o persona dedicada a negocios formales y de grandes cantidades de ingresos, que una persona dedicada a labores esporádicas.

Aquí es fácil presumir que se tendrá sus bienes resguardados por la seguridad registral que le ofrece el Estado y entidades financieras privadas. Si se sigue una eficiente labor de investigación por parte del juez, fácilmente se puede conseguir futuros pagos reparatorios con los bienes propios del inculgado y con la subsecuente satisfacción del o los agraviados. Es cuestión de una eficiente investigación.



4.4. El peligro de fuga en la legislación procesal penal

En función a los antecedentes penales que presenta el inculgado, existen sentencias de magistrados de primera instancia que han esbozado que el peligro de fuga, debe estar en función a los antecedentes penales del inculgado.

La teoría de la pena, ha tenido que pasar todo un estadio dogmático, para llevar a conceptualizarla tal y conforme se conoce en la actualidad. No, todo fue producto de un paciente desarrollo que se fue perfeccionando, conforme fueron apareciendo uno u otro pensador o escuela.

Así, hoy la pena no puede ser concebida como una retribución, menos como un fin en sí misma o como parte de la negación del delito y la concerniente restitución del derecho vulnerado. Hoy la pena es concebida en función a fines, fines que están dirigidos no sólo a la colectividad, sino también que están dirigidos al propio inculgado sentenciado.

Efectivamente, a partir de aquellos fines que presenta la pena, están los preventivos especiales, los cuales están dirigidos a la persona del sentenciado, y que llevan ínsitos

el anhelo estatal. Lamentablemente, en Guatemala este tipo de anhelo aún no haya materialización, y ello no tiene en absoluto que ver con las ciencias penales. Este fracaso más lleva impregnado la mano humana, o el factor humano; el mismo que directamente obstaculiza este tipo de anhelo. Pero, son fines que no se tienen que desconocer y que por ende, se deben respetar.



Es de importancia diferenciar la negación del derecho de rehabilitación y reinserción en la sociedad del individuo que ha delinquido, además de afectar el principio de presunción de inocencia que le asiste una vez cumplida su condena, y otra, muy distinta, es considerar que ese elemento, aunado a otros que permitan presumir razonablemente el peligro de fuga o la perturbación de la actividad probatoria, no pueda ser tenido en cuenta por el juez penal al momento de dictar un mandato de detención.

“En efecto, si bien el peligro procesal es argumentado *sine qua nom* como aquel que justifica el dictado de la prisión preventiva, no resulta inconstitucional que como elementos complementarios el juez penal acuda a criterios que permitan presumir un riesgo social materializado en la eventual reincidencia de quien, encontrándose en calidad de procesado, antes tuvo la condición de condenado por idéntico o diferente delito”.³⁰

Es esencial respetar los fines preventivos especiales de la pena, por ello, un error que los magistrados, si un procesado tiene antecedentes penales, el peligro procesal sigue latente.

³⁰ *Ibid*, pág. 49.

Uno de los derechos más importantes del inculpado dentro de un proceso penal es el derecho a la defensa. Éste debe ser entendido como un derecho irrestricto, inalienable e irrenunciable, mediante el cual el inculpado, contradice, alega, contesta, solicita, invoca y genera la prueba que ha de favorecerle, generando esa dialéctica contra las argumentaciones contrarias; propias del principio contradictorio.



A través del derecho a la defensa, el inculpado puede incluso, defenderse por sí sólo de la tesis imputativa que se investiga, no siendo necesaria la presencia de la defensa técnica; ejercida por un letrado. Por lógica consecuencia, este derecho puede ser vulnerado no sólo por el Estado, a través de sus órganos de control social; sino también por el propio abogado defensor del inculpado.

En efecto, el derecho a la defensa será ejercido directamente por el propio imputado, cuando el mismo preste su libre declaración. La declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga a éste, en virtud del derecho constitucional de defensa en juicio, para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente el juicio.

El titular de la acción penal es el Ministerio Público, el mismo que está del lado puesto a la defensa, y tiene a la vez la facultad, para ofrecer, generar, aportar, producir material probatorio, que avale su tesis que este le ha imputado a un procesado. Así es que como se configura esta dialéctica procesal adversarial.

Siguiendo estos razonamientos, se puede señalar que en virtud al derecho a la ~~defensa~~ y sobre todo al principio de no incriminación como manifestación del mismo, el inculpado tiene el derecho y no la obligación a decir la verdad, mentir y callarse dentro de un proceso penal, puesto que será la parte acusadora, quien demostrará que las declaraciones prestadas por el inculpado; son mentiras o que su silencio obedeció en todo caso a tratar de evadir su responsabilidad. En este orden de ideas, la declaración libre que debe prestar el procesado, es un derecho que le otorga este principio constitucional y por ende, no puede configurar una obligación; tal y conforme sucede con los testigos.



La pena conminada es entendida como la pena que el legislador ha estipulado para cada tipo penal, presentando un mínimo y máximo legal. Al respecto, se viene entendiendo que si un determinado tipo penal, presenta una pena máxima alta, el procesado irremediamente eludirá la persecución penal y por ende, se sustraerá de la misma.

Un razonamiento como el descrito, no hace sino vulnerar dos cosas; por un lado violenta la esencia misma de las medidas cautelares, y por el otro invierte el principio de presunción de inocencia que es un principio que informa al debido proceso penal.

Si el fin de las medidas cautelares de naturaleza personal, tiene como objetivo asegurar al inculpado el proceso penal, basarse en criterios penológicos establecidos por el legislador, es ingresar a planos de culpabilidad, sin siquiera tener un proceso terminado que así lo establezca.



Esto significa que el inculpado no es sujeto del proceso, sino un objeto, una cosa del mismo. Además, el criterio de la pena conminada no tiene en absoluto ápices de valoración, pues el análisis se hace de una manera unilateral, desde el punto de vista del castigo estatal, sin siquiera valorar la persona del procesado. Además, ello traería una consecuencia funesta, la misma que estaría dada en que todo delito que amerite una pena máxima fuerte, el inculpado detenido, no tendría forma de recuperar su libertad, sino mediante una sentencia absolutoria. Finalmente, basarse en criterios de penas conminadas, atenta contra el principio de presunción de inocencia, puesto que el mismo requiere de una suficiencia probatoria de la parte acusadora, que resquebraje o destruya aquella cápsula que cubre al inculpado desde el momento en que este es investigado por el Estado; por ende, si la prueba no logra conseguir los objetivos descritos en líneas arriba, irremediablemente la presunción de inocencia se hace más pétrea y sólida; logrando una absolución del inculpado de los cargos formulados.

Castigar a una persona teniendo en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya han sido satisfecho conlleva una violación del principio *non bis idem*.

El peligro de fuga no puede presumirse por hechos que el sujeto agente haya cometido con anterioridad. De ser así, significaría aplicar una ultractividad de las secuelas de un hecho punible a temas eminentemente cautelares; por ende, esta figura vulnera principios constitucionales como el de *non bis in idem*, culpabilidad, proporcionalidad, fines de la pena (prevención general y especial), y sobre todo el de presunción de inocencia.

Por todo lo anterior, podemos concluir que la valoración del peligro de fuga, que el Juez debe considerar al dictar la medida sustitutiva debe fundarse en situaciones objetivas, concretas y atendiendo a las circunstancias del caso, del imputado, los antecedentes, posición y concepto social en su comunidad y, en su caso, se ha procurado atenuar o cubrir las responsabilidades civiles o las consecuencias del delito que se le impute, sin que esto, en ningún caso signifique presunción de culpabilidad en su contra.





CONCLUSIONES



1. El derecho procesal penal en la actualidad se fundamenta en una concepción democrática de la pena y de las medidas de seguridad, que es fundamental para el respeto de la dignidad de la persona; sin embargo, en el sistema procesal guatemalteco, los operadores de justicia todavía continúan actuando con una visión autoritaria en la aplicación de la ley.
2. Aunque el Código Procesal Penal guatemalteco establece los parámetros legales sobre los cuales debe imponerse la prisión preventiva, el sistema de justicia penal todavía asume esta medida de seguridad como la principal garantía del proceso, lo cual va en detrimento de las garantías constitucionales del sindicado, cuando se dicta prisión preventiva y peligro de fuga.
3. La mayoría de los delitos por los que son procesados los sindicados, son considerados de bagatela por la doctrina; sin embargo, a los acusados de los mismos se les aplica la prisión preventiva sin tomar en cuenta los operadores de justicia, el efecto negativo que ocasiona sobre las personas privadas de libertad la implementación de esta medida extrema.
4. La práctica de los operadores de justicia penal de aplicar prioritariamente la prisión preventiva, determina que el sistema penitenciario haya colapsado, porque sobrecargan la capacidad de las prisiones a pesar que el garantismo del Código Procesal Penal le permite otorgar medidas sustitutivas a los sindicados.



RECOMENDACIONES



1. La Corte Suprema de Justicia, a través de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, debe de promover cursos para jueces y magistrados del ramo penal, que les permita razonar de mejor manera la concepción de castigo y sujetar al sindicado a prisión preventiva y peligro de fuga, cuando esta no se provee objetivamente y así garantizar los derechos humanos del sindicado.
2. El Ministerio Público debe capacitar constantemente a los agentes, auxiliares y fiscales para que comprendan la importancia de priorizar la solicitud de medidas sustitutivas, como mecanismo de promoción y aseguramiento de los derechos humanos de los sindicados, cuando no exista peligro de fuga,
3. El Congreso de la República debe crear una comisión integrada por profesionales del Derecho, para que revisen la legislación penal actual en materia de medidas de prisión preventiva y sustitutiva, con el objeto de reformar el Código Procesal Penal y establecer de forma clara cuando deben aplicarse estas para no violar los derechos constitucionales de los sindicados.
4. Los jueces deben emplear la objetividad necesaria en la determinación sobre la procedencia o no de una medida de seguridad basándose en parámetros que permitan establecer que la medida no violará los derechos de los sindicados.



BIBLIOGRAFÍA



- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1985.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa; 1980.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge. **Tratado de derecho procesal penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Córdoba S.R.L., 1984.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **El enjuiciamiento penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1991.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. **La pena de prisión.** México, D.F.: Ed. UNAM, 1993.
- FLORÍAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Bosch, 1989.
- GONZÁLEZ VIDOSA, Francisco. **El proceso penal.** Madrid, España: Ed. Reus, 1997.
- MAIER, Julio Alberto. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1989.
- MANZINI, Vicencio. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Padua, 1989.
- ORTÍZ OJEDA, Sergio Daniel. **Los fines de la pena.** México, D.F.: Ed. INACIPE, 1993.
- RIVAS VALLEJO, Pilar. **Incidencia de la prisión y el cumplimiento de las penas.** México, D.F.: Ed. Silos, 1998.

SOSA ARDITI, Enrique. **El juicio oral en el proceso penal.** Buenos Aires, Argentina:
Ed. Astrea, 1994.



TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Nuevas penas y medidas alternativas a prisión.** Madrid,
España: Ed. Edisofer, 2005.

Legislación:

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

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

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

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