

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

**SERVICIO COMUNITARIO COMO MEDIDA DE COERCIÓN PARA EL DELITO  
DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO CUANDO SE DICTA AUTO DE FALTA  
DE MÉRITO, PARA COMBATIR EL NARCOMENUDEO EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

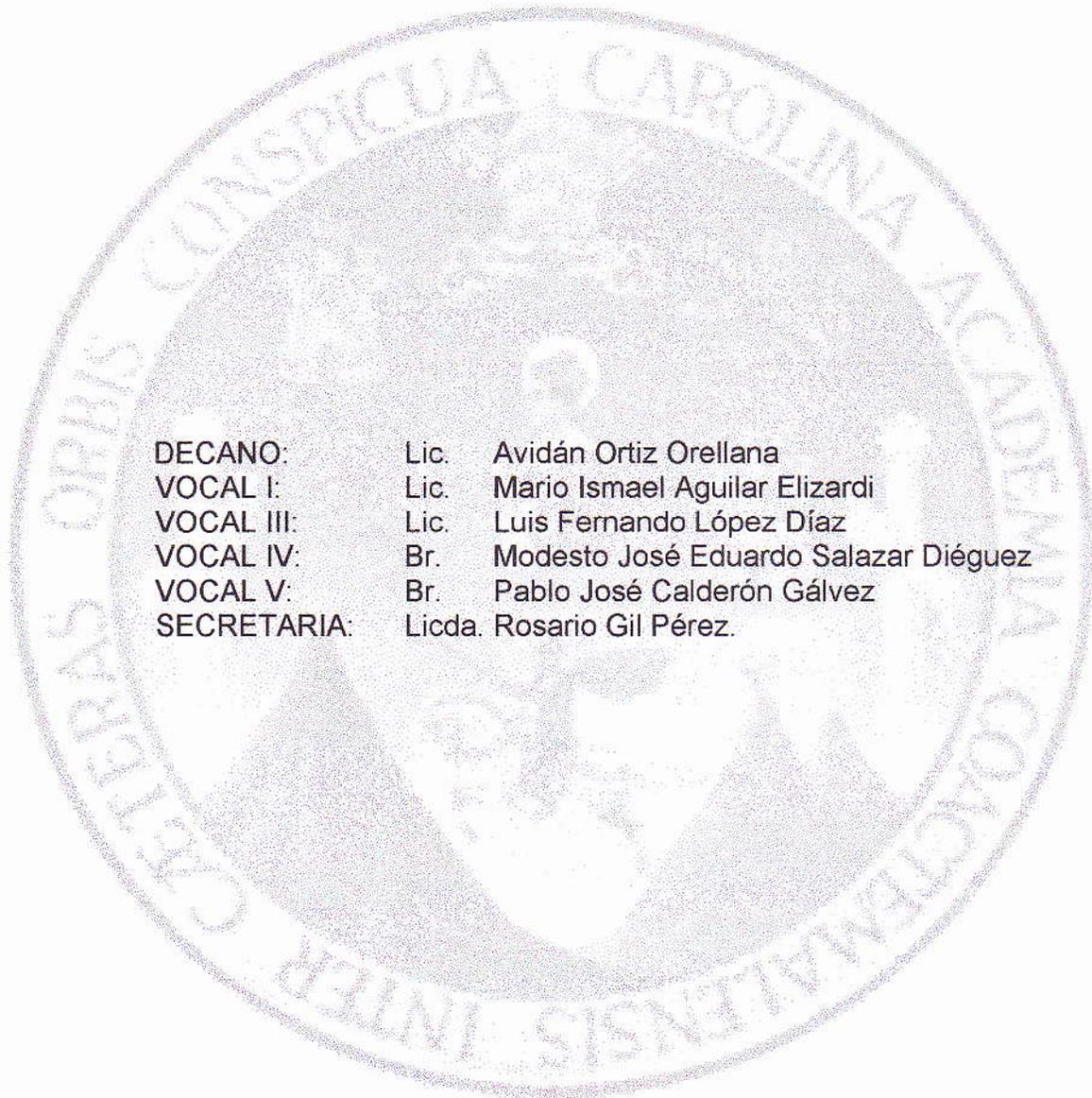
**MARÍA DEL ROSARIO AMPÉREZ QUINTEROS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, agosto de 2013

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



DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez.

**RAZÓN:** "Únicamente la autora 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)

*Nidia Magaly Ruiz Hernández*  
*Abogada y Notaria*

Guatemala, 13 de octubre de 2011.

Licenciado Luis Efraín Guzmán Morales  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**



Tengo el honor de dirigirme a usted en cumplimiento de la providencia de fecha quince de julio de dos mil ocho, en la cual se me nombró asesora de tesis de la bachiller **María del Rosario Ampérez Quinteros**, titulado **“Servicio comunitario como medida de coerción para el delito de posesión para el consumo cuando se dicta auto de falta de mérito, para combatir el narcomenudeo en Guatemala”**, con el objeto de rendirle informe del trabajo basado en lo que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

1. Al estudiar la presente tesis, se pudo establecer que el contenido científico y técnico para elaborar la misma, se basó en la utilización de leyes, libros, comentarios y experiencias vividas por personas que sufren las consecuencias del consumo de drogas ilegales en Guatemala, tema esbozado en la tesis en mención y cuyo fin es describir los problemas que generan los estupefacientes, así como proponer reformas tocantes a los vacíos legales existentes con relación al delito de posesión para el consumo.

2. Se utilizaron en la presente tesis, los métodos analítico, inductivo, deductivo e histórico y las técnicas de investigación apropiadas: se utilizó un estudio bibliográfico acorde a las exigencias del tema acerca del delito de posesión para el consumo, así como el trabajo de campo contenido en la encuesta y en la entrevista que sirvieron para ilustrar a la bachiller en el tema aludido.

3. En cuanto a la redacción de lo investigado, este documento reúne las condiciones exigidas, tocante a la claridad y precisión, de tal manera que sea comprensible al lector. Sintácticamente existe coherencia, lo que convierte dicho material en fácil de entenderlo.

*Nidia Magaly Ruiz Hernández*  
*Abogada y Notaria*



4. En el presente proceso de asesoría sostuve varias sesiones de trabajo, en las cuales se discutieron varios aspectos, habiendo la asesorada aceptado las recomendaciones que se le sugirieron y cumpliendo con el plan de trabajo que le sirvió de guía. Concluyendo que el presente trabajo contribuye, en gran manera, al análisis de utilizar el servicio comunitario, como una medida de coerción en el delito de posesión para el consumo. Para presentar dicho punto, la bachiller, partió de la realidad contextual; es decir, cuando se creó dicha ley y del momento actual en el cual la norma está vigente. En este sentido, la autora de la tesis, usó la investigación de campo y las distintas corrientes doctrinarias tocante al tema aludido, reforzando con esto, todo lo propuesto.

5. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones considero que concuerdan unas con otras. Las primeras contienen resumidamente la tesis de la investigación; en las segundas, se pretende persuadir al legislativo a que contemple las reformas pertinentes con el fin de que se reconfigure taxativamente los artículos aludidos.

6. La bibliografía utilizada en la presente tesis es la apropiada, ya que la bachiller usó fuentes que tratan específicamente los temas que ella esbozó; es decir, a la largo de dicho desarrollo académico, los autores citados son especialistas en el tema donde se citan; además, la bibliografía, en mi opinión, es abundante y congruente, técnica que enriqueció todo lo tratado.

En consecuencia, como asesora le doy mi aprobación y recomiendo que se proceda a la revisión correspondiente.

Atentamente,

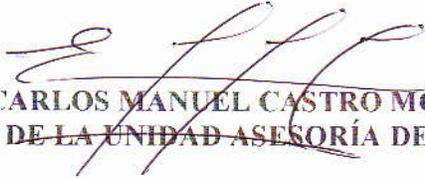
**COLEGIADA 6,802**



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

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ) : **RAMIRO RUÍZ HERNÁNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **MARÍA DEL ROSARIO AMPÉREZ QUINTEROS**, Intitulado: **"SERVICIO COMUNITARIO COMO MEDIDA DE COERCIÓN PARA EL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO CUANDO SE DICTA AUTO DE FALTA DE MÉRITO, PARA COMBATIR EL NARCOTRÁFICO EN GUATEMALA"**.

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 las 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 estime pertinentes".

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



cc.Unidad de Tesis  
CMCM/jrvch.

Guatemala, 10 de enero de 2013.

Licenciado Luis Efraín Guzmán Morales  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**



Licenciado Guzmán Morales:

En cumplimiento de la resolución emanada de la Unidad de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, me permito en mi calidad de revisor, de la tesis titulada: **“Servicio comunitario como medida de coerción para el delito de posesión para el consumo cuando se dicta auto de falta de mérito, para combatir el narcomenudeo en Guatemala”**, elaborada por la bachiller **María del Rosario Ampérez Quinteros**, hago del conocimiento de dicha unidad, que tuve a bien aceptar la propuesta como revisor de la tesis en mención y presentar el dictamen que se detalla a continuación, después de haber leído el texto de la misma, y al tenor del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público, se hace constar los siguientes aspectos:

A. Con relación al contenido científico y técnico de la tesis, se hizo acopio, en la investigación, de los distintos autores de la materia, de tal manera, que se tiene, en primer lugar, un orden de desarrollo en los cinco capítulos, con énfasis en el delito de posesión para el consumo, haciendo constar lo técnico y científico de esta tesis, la cual ostenta el perfil académico exigido.

B. La metodología utilizada fue acorde a la investigación, ya que se partió de lo general a lo específico y viceversa; como también se retrotrajo lo histórico. Las técnicas de investigación fueron pertinentes, ya que la bachiller Ampérez, en su trabajo de campo, también usó el cuestionario como medio para obtener información precisa, técnica que le permitió hacer un desarrollo investigativo pertinente; a su vez, la técnica bibliográfica es puntual lo que le da consistencia doctrinaria a dicha investigación.

*Ramiro Ruiz Hernández*  
**ABOGADO Y NOTARIO**



C. En cuanto a la redacción, es congruente con la aplicación de la terminología jurídica, clara y concisa, por lo que es un aporte valioso al estudio científico de la materia.

D. Respecto a la contribución científica, en mi opinión, es plausible y demandó un esfuerzo investigativo por parte de la bachiller Ampérez. Se puede determinar que la presente tesis llena los requerimientos de la investigación, en virtud de que se investigó a fondo la configuración del delito en mención, usando lo expuesto por varios autores. Asimismo, se analizaron experiencias de personajes reales, y comentarios de personas afectadas en relación con el delito de posesión para el consumo.

E. Asimismo, las conclusiones y recomendaciones, están llevadas, de tal manera, que se puede establecer que ambas concuerdan, unas sintetizando lo tratado y las otras dándole una posible solución a los problemas planteados.

F. La bibliografía que sirvió de base en la investigación es la adecuada, incluyendo obras de distinguidos juristas.

Por lo dictaminado en las literales anteriores, se aprueba el trabajo de tesis de la bachiller María del Rosario Ampérez Quinteros, recalcando que dicha investigación académica es de trascendental importancia, dado que la autora de la presente tesis, propone reformas que consideró adecuadas para aplicarlas al delito tratado.

En vista de lo antes manifestado, es para mi satisfactorio haber cumplido con la misión que usted me asignó, haciendo del conocimiento de las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que el presente trabajo de tesis se desarrolló con el método jurídico, técnico y científico apropiado al tema.

Atentamente,

*Ramiro Ruiz Hernández*  
ABOGADO Y NOTARIO

**COLEGIADO 5,802**



# USAC

## TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

*eff*

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA DEL ROSARIO AMPÉREZ QUINTEROS, titulado SERVICIO COMUNITARIO COMO MEDIDA DE COERCIÓN PARA EL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO CUANDO SE DICTA AUTO DE FALTA DE MÉRITO, PARA COMBATIR EL NARCOMENUDEO EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/iyr.

*eff*

  
Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



*Rosario*



## DEDICATORIA

- A DIOS:** por haberme guiado hacia mi meta en medio de los avatares del tiempo y las tormentas de la vida.
- A MIS PADRES:** Marco Antonio Ampérez (QED) y Petronila Quinteros por haberme provisto de lo necesario, un hombro para descansar al final de cada jornada y de quienes aprendí que la superación no se detiene.
- A MI ESPOSO:** Axel Recinos, a quien admiro mucho, colaborador en el esbozo de esta tesis y quien me enseñó que los logros se alcanzan con diligencia y cuyo camino no tiene atajos.
- A MIS HIJOS:** Alan, Axel Elías y Dante Ariel; quienes redefinieron mi horizonte y son una de las mayores razones de mi vida y una fuente de inspiración para superarme.
- A MI HERMANA:** Teresa, con amor especial por animarme y ayudarme en los momentos difíciles de la vida.
- A MI FAMILIA:** mi sobrina Katherine, la familia Paz – Rivas, mi cuñado, mis tíos César, Nery y Mingo (QED) y demás familia por enseñarme el sentido de pertenencia.
- A MIS AMIGAS:** por reír y llorar conmigo; con admiración y gratitud a los hermanos Ruiz Hernández.
- A:** todas las víctimas pasivas y activas de la drogadicción. ¡Ánimo!
- CON GRATITUD:** a la Universidad de San Carlos de Guatemala por ser mi alma máter, y en especial, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por enseñarme que el derecho va más allá de lo teórico: es un principio rector en la vida cotidiana de los pueblos.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1.Principios que informan al derecho penal.....	1
1.1.1. Principio de legalidad.....	1
1.1.2. Principio de intervención mínima.....	6
1.1.3. Principio de culpabilidad .....	12

### CAPÍTULO II

2. Del delito y de las penas.....	19
2.1. Del delito.....	19
2.1.1. Definición de delito.....	19
2.1.2. Teoría general del delito guatemalteco.....	22
2.1.3. Naturaleza del delito.....	28
2.1.4. Elementos característicos del delito.....	29
2.2. De las penas.....	30
2.2.1. Definición de penas.....	30
2.2.2. Clasificación de las penas.....	32

### CAPÍTULO III

3. Del delito de posesión para el consumo.....	35
3.1. Del delito de posesión para el consumo.....	35
3.1.1. Definición.....	36



3.1.2. Elementos que tipifican el delito de posesión para el consumo.....	39
3.1.3. Bien jurídico tutelado afectado por el delito.....	40
3.1.4. Regulación y pena del delito de posesión para el consumo.....	41
3.1.5. Criterio jurista del delito de posesión para el consumo.....	45

## CAPÍTULO IV

4. Medidas de coerción en el proceso penal.....	49
4.1. Las medidas de coerción.....	49
4.1.1. Origen, objeto y significado de medidas de coerción.....	49
4.1.2. Definición de medidas de coerción.....	51
4.1.3. Características de las medidas de coerción.....	52
4.1.4. Naturaleza y fines de las medidas de coerción.....	54
4.1.5. Clasificación de las medidas de coerción.....	57
4.1.6. Incidencias del sistema procesal y perfil del juez para imponer medidas de coerción.....	60

## CAPÍTULO V

5. Servicio comunitario como medida de coerción para el delito de posesión para el consumo cuando se dicta auto de falta de mérito, para combatir el narcomenudeo en Guatemala.....	63
5.1. Servicio comunitario.....	63
5.1.1. De las resoluciones judiciales con relación al servicio comunitario.....	63
5.1.2. De la efectividad de la medida de coerción de servicio comunitario en el delito de posesión para el consumo.....	64
5.1.3. De la inversión del Estado al implementar el servicio comunitario con relación al delito de posesión para el consumo.....	66
5.1.4. Análisis comparativo de la medida de coerción de servicio comunitario en el delito de posesión para el consumo de otros países con relación	



	<b>Pág.</b>
a Guatemala.....	67
5.1.5. De la necesidad de reformar los Artículos 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto número 48-92 y el 264 del Código Procesal Penal del Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.....	70
5.2. Falta de mérito.....	73
5.2.1. Definición.....	73
5.2.2. Regulación legal.....	74
5.2.3. Aplicación al caso concreto del delito de posesión para el consumo.....	74
5.2.4. Aplicación de medida de coerción al dictarla.....	75
5.3. El narcomenudeo.....	75
5.3.1. El narcomenudeo como fuente.....	75
5.3.2. El narcomenudeo en Guatemala.....	76
5.3.3. Formas ecuánimes de erradicar el narcomenudeo en Guatemala.....	77
5.4. Trabajo de campo.....	79
5.4.1. Resultado de entrevistas.....	79
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>85</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>87</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>105</b>



## INTRODUCCIÓN

Actualmente, según expertos, Guatemala es uno de los países más violentos del planeta, este fenómeno que amalgama aspectos sociales y económicos tiene como epicentro el consumo de drogas y el narcomenudeo. Mientras en lo legislativo se sigue viendo el problema desde una cosmovisión anacrónica, provocando que en lo jurídico existan vacíos legales a la hora de dictar el fallo. Entonces, es imperiosa una lectura cuidadosa de la norma vigente, enfocada en reformar la ley especial, indicando taxativamente en qué consiste el delito para que en la adjetiva se pueda aplicar un atajo penal en lugar de prisión. La viabilidad de esta reforma radica en que los centros carcelarios no estarían sobrepoblados y se les facilitaría el trabajo a los jueces con herramientas legales apropiadas.

Consecuentemente, la formulación hipotética de esta tesis descansa en que se reforme lo obsoleto y lo rígido de las leyes citadas, dado que ya no es solo el narcotráfico lo que afecta al país, sino también el consumo, razón de ser del narcomenudeo. Ahora bien, esta propuesta no es una apología acerca de la legalización de las drogas, sino que busca que legislativamente se sopesen quién lesiona bienes jurídicos y quién es únicamente víctima circunstancial. En este sentido, se busca que la norma sea ecuánime tanto para narcotraficantes como para consumidores, la cual parta de una legislación *ad hoc*; es decir, se debe reconfigurar la ley especial e incluir en la procesal el servicio comunitario como una medida de coerción que sustituya a la prisión y multa. Tal reforma tendría beneficios para jueces, sindicatos y para la economía del Estado.

El punto de esta tesis está sustentado por cinco capítulos, siendo el primero el que informa acerca de los principios rectores del derecho penal; en el segundo se definen qué es delito y en qué consiste la pena; en el tercero se consideran los factores que configuran el delito de posesión para el consumo; en el cuarto se describen las medidas de coerción y en el quinto se propone el servicio comunitario como medida de coerción para los que sean hallados culpables del delito aquí tratado.



Teóricamente se tomó en cuenta el campo empírico de otros países, comparado con la realidad guatemalteca. De allí que, el método investigativo de la presente tesis gira en torno a lo analítico, lo exegético, lo deductivo, lo inductivo; y por supuesto, se retrotrajo lo histórico con el fin de entender el origen de lo tratado. Asimismo, se emplearon técnicas bibliográficas y documentales, cuya luz teórica permite ver un panorama más amplio; a su vez, se usaron fichas de trabajo para recabar información de jueces y consumidores con el propósito de presentar claramente el fondo de lo investigado.

Esta investigación se llevó a cabo tomando en cuenta diferentes aristas en relación con el delito de posesión de drogas ilegales para el consumo en el ámbito guatemalteco. No se pretendió anatemizar al consumidor ni soslayar la nocividad de los estupefacientes, sino que se partió de la realidad legal y contextual con el fin de presentar una información objetiva, dado que en el escenario jurídico y social se agolpa una concepción, la cual estigmatiza a los toxicómanos y provoca fallos espurios.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho penal

#### 1.1. Principios que informan al derecho penal

##### 1.1.1. Principio de legalidad

Se entiende por principio el fundamento sobre el cual se apoya una cosa y legalidad como el conjunto de normas contenidas en la ley. Entonces, esta base legal trata con lo ya legislado, exige que el delito esté previsto en ley formal y prohíbe que se resuelva un caso a luz de otro ya resuelto. A saber, este fundamento garantiza que todo caso se lleve a cabo dentro de la jurisdicción de las leyes aprobadas por el poder legislativo.

Tocante a este punto, la Carta Magna guatemalteca en su Artículo 17 preceptúa que: “No hay delito ni pena sin ley anterior”. A su vez, el Código Penal en el Artículo 1 reza que, “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delito o faltas, por ley anterior a su perpetración”. Así que, este es un principio básico, cuyo fin es que todo poder público debe estar sometido a la jurisdicción de la ley y no a la voluntad de las personas. Este aspecto fortalece el estado de derecho en un contexto donde el imperio de la ley es la fuente del ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad se da, entonces, en un marco normativo básico emanado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en perfecta consonancia con el



Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuyo postulado es proteger tanto a la persona como a la familia *sine qua non* la realización del bien común. Por tanto, es *sui generis* del principio aludido sentar colindancias en cuanto a espurias interpretaciones que se puedan dar de la misma; es decir, la ley debe cumplirse, soslayando hermenéuticas antojadizas y parciales.

#### 1.1.1.1. La reserva absoluta de la ley

Esta garantía es uno de los principios capitales que determina la estructura del ordenamiento jurídico, teniendo como requisito previo la legislación y aprobación de leyes, tarea *sui generis* del congreso. Es decir, dicho ente tiene la tarea de aprobar leyes, siendo éstas la representación de la voluntad popular en un contexto democrático como lo es el Estado de Guatemala. O sea que, por medio de la reserva absoluta de la ley se pueden definir claramente los diversos tipos de orden penal y establecer las sanciones correspondientes.

Por su naturaleza, este principio resguarda derechos fundamentales y libertades públicas, reflejando una doctrina liberal de la separación de poderes, cuya configuración se da por contenido propio, es decir, los reglamentos y la ley. Entendiendo que, el primero es el instrumento operacional, a través del cual, el poder ejecutivo regula sus actividades y el segundo es la norma jurídica generada en el seno del poder legislativo, que a su vez, como ya se mencionó en el párrafo anterior, es la voz del pueblo que se da en un marco democrático con el fin de dialogar con el estado de derecho. No obstante todo lo anterior, dicha garantía no limita que se recurra a usos y costumbres



como medio instrumental para entender en una mejor dimensión contextual la interpretación de la ley en Guatemala, dado que “Donde haya ambigüedad se aplicarán estos aspectos...por lo que su interpretación está íntimamente ligada a estos conceptos”.<sup>1</sup>

En síntesis, la reserva absoluta de la ley busca proteger los intereses del pueblo mediante la preservación de aquellos asuntos públicos ya legislados, soslayando el poder fáctico que gobernantes o administradores de turno puedan llegar a ostentar.

#### 1.1.1.2. La exigencia de certeza de ley

Esta exigencia garantiza un derecho humano por antonomasia, al exigir que el delito sea expresamente previsto y sin ambigüedad en una ley formal, de manera que garantice *ex profeso* la seguridad del ciudadano, quien debe saber con plena claridad cuál es la conducta prohibida y así mismo cuáles son las consecuencias de la transgresión y las acciones punitivas a las que sería sometido en caso de cometer acciones ilícitas.

Apelando a los registros de la historia, esta garantía ha sido objeto de un proceso evolutivo a través de los avatares del tiempo. Retrotrayendo dichos eventos, se puede mencionar que “...se recurrió a la venganza y al criterio talionar, cuyas penalidades eran crueles. Empero, en legislaciones antiguas, como en el Código de Hammurabi, ya se establecían distinciones entre culpabilidad por dolo y por imprudencia; asimismo,

---

<sup>1</sup> López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Tomo II. Pág. 120.



aparecen leyes del Antiguo Testamento las cuales contemplaban diferencias entre el delito voluntario e involuntario, siendo las ciudades de refugio las que protegían al homicida involuntario de potenciales juicios o venganzas de familiares de las víctimas”.<sup>2</sup> En este sentido, “El propósito de las ciudades de refugio era abrigar al homicida involuntario, aquel que mate a su prójimo por accidente, sin haberle tenido previamente aversión”.<sup>3</sup>

Afirmado lo anterior, se puede deducir que la exigencia de certeza de ley nació de la misma necesidad humana de sentar garantías legales con el fin de proteger los derechos individuales de todos los ciudadanos en el horizonte jurídico.

De allí que, esta exigencia alude directamente al abuso de autoridad que, en su momento, puede ser cometido por algún funcionario público, certeza que está establecida por la legislación penal vigente en tipos penales abiertos. Así, el Código Penal, Decreto número 17-73 en su Artículo 418 establece que: “El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo, ordenara o cometiera cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos e innecesarios”.

---

<sup>2</sup> Mariottini, Claude. **Levítico, números y deuteronomio**. Pág. 365

<sup>3</sup> *Ibid*, Pág. 367.



En este sentido, el Código Penal establece una norma ética para los funcionarios públicos, aplicando el concepto universal de que todos son iguales ante la ley: gobernantes y gobernados. Esta norma pone un dique a las potenciales arbitrariedades de las autoridades en materia penal; es decir, se transgrede el derecho individual, cuando se presume juzgar por medio de leyes sin certeza, que no tengan vigencia y por lo tanto cualquier determinación jurídica resultaría ser espuria.

#### 1.1.1.3. La prohibición de la analogía

La prohibición de la analogía es una consecuencia de la taxatividad de la ley penal en el sentido de que tales deben ser precisas, entendiéndose taxativo, como aquello que “limita y reduce un caso a determinadas circunstancias”.<sup>4</sup> Por su parte, el Código Penal, Decreto número 17-73 en su Artículo 7 reza, sin ambigüedades que, “Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”. Es decir, ningún juez puede resolver un caso basándose en otro parecido sin que la ley establezca una norma específica para ese hecho. La prohibición en mención afecta a las disposiciones penales perjudiciales para el reo; aquellas denominadas *in malam partem*.

De lo anterior, bien se puede deducir que, ningún caso por emblemático que sea, puede ser paradigmático, sino sus efectos se circunscriben solo dentro de las colindancias del caso mismo. La factibilidad de la aplicación de la analogía equivaldría a crear supuestos o hipótesis inexistentes perjudiciales para el imputado y de esa manera tratar de “llenar

---

<sup>4</sup> De Toro y Gisbert, Miguel. **Pequeño Larousse ilustrado**. Pág. 981.



una laguna de la ley”.<sup>5</sup> Empero, dicho método sí es admitido en beneficio del sindicato. Ello emana debido a que a dicha forma no pueden ni ampliarse ni tampoco crearse delitos o sanciones.

### 1.1.2. Principio de intervención mínima

Este principio limitador se refiere a aquellas directrices doctrinarias que le imponen barreras al derecho penal con el fin de que no se extralimite y afecte al estado de derecho. Es decir, tiene carácter de *ultima ratio* por parte del Estado con el fin de proteger los bienes jurídicos y regula teleológicamente el *ius puniendi* del mismo.

#### 1.1.2.1. La exclusiva protección de bienes jurídicos

Ha de definirse por bienes jurídicos los derechos intrínsecos del hombre que la ley protege, tangibles y/o intangibles, desde los más significativos hasta los más irrelevantes. Concretamente, se entienden por bienes jurídicos: “vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración pública”,<sup>6</sup> entre otros. Y, entendiendo la exclusiva protección como el favorecimiento para el bien jurídico, el cual encuentra su interés en la vida, previo al derecho, que surge de las reacciones sociales. Atendiendo estas definiciones se puede deducir que, la exclusiva protección de los bienes jurídicos es el acto de tutelar la norma penal, en materia de considerar aquellas conductas que sean socialmente dañinas y por ende antijurídicas.

---

<sup>5</sup> Bosch Castro, Homero. **Principios generales de derecho**. Pág. 67.

<sup>6</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 113



Congruentemente, no son foco de sanción alguna aquellas conductas que no pongan en riesgo o lesionen el bien jurídico. Por ejemplo, en algunas legislaciones está contemplado el uso de marihuana con fines terapéuticos. En ese contexto legislativo preciso se entiende que dicha conducta no lesiona el bien jurídico, dicho sea de paso, el derecho penal no puede amparar intereses morales, porque solo se da en un contexto ético.

Al bien jurídico "se le atribuyen tres funciones: exegética, sistemática y dogmática".<sup>7</sup> Exegética en cuanto interpreta el texto jurídico desde lo lingüístico y lo contextual, es decir, examina con qué propósito fue establecida la norma originalmente y qué pertinencia tiene en la actualidad; sistemática porque ordena de manera congruente la norma y dogmática porque se establece como base jurídica cierta e impositiva.

Entonces, partiendo de las tres funciones antes mencionadas, se deduce que, tales son elementales para determinar, en un caso en particular, aquellas conductas que son lesivas para el bien jurídico. Por ejemplo, el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala indica que: "Quien, infrinja las medidas impuestas por la ley o las adoptadas por las autoridades sanitarias para impedir la introducción o propagación de una epidemia, de una plaga vegetal o de una epizootia susceptible de afectar a los seres humanos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años". Es este sentido, estas tres funciones pueden definir, si el artículo en mención, causó un peligro de lesionar el bien jurídico que se protege o si se debe renunciar a la vía penal y no circunscribiéndose nada más al sentido literal y aislado.

---

<sup>7</sup> Álvarez García, Francisco Javier. **Bien jurídico y constitución**. Pág.5.



En síntesis, no se debe soslayar que la finalidad del derecho penal, en sintonía con la Constitución Política de la República de Guatemala, es apuntalar la convivencia pacífica entre ciudadanos, mediante la protección de aquellos valores constitucionales que, al ser lesionados afectan los requisitos y derechos mínimos, garantes de la vida armoniosa en comunidad. De allí que, este principio vela porque exista el estado de derecho.

#### 1.1.2.2. Subsidiaridad y utilidad del derecho penal

Subsidiaridad no encuentra su origen en el campo del derecho, sino que sus raíces teóricas provienen de la doctrina social de la Iglesia Católica, y, el derecho lo aplica para justificar la abstención de regulación. En una descripción amplia se dirá que, subsidiaridad es un “Criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no pueda alcanzar por sí misma”.<sup>8</sup>

Atendiendo otra descripción más contextual, “Una ley o disposición es subsidiaria de otra, cuando ésta excluye la aplicación de aquella. Tiene aplicación preferente la ley principal como la subsidiaria cuando describen estadios o grados diversos de violación del mismo bien jurídico, pero el descrito por la ley subsidiaria es menos grave, que el descrito por la ley principal, y por esa razón la ley principal absorbe la ley subsidiaria. El principio de subsidiaridad tiende a inclinarse por el delito más grave o el que está castigado con la mayor pena”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> De Toro y Gisbert, **Ob. Cit**; Pág.839.

<sup>9</sup> De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág.53.



Por otra parte, la utilidad del derecho penal queda circunscrita a que se haga efectiva la protección del bien jurídico que se está tutelando, entendiendo por principio de utilidad todo medio que se subordina a un fin con el propósito de alcanzar su objetivo, es decir, este principio actúa como orientador.

De todo lo anterior se desglosa que, el principio de subsidiariedad se basa en el máximo respeto a la libre determinación individual de los miembros de una estructura social, cuya acción sustenta las bases de lo que se denomina como democracia participativa. Así que, lo penal debe ser el último recurso, al cual debe acudir el Estado para proteger un bien jurídico, porque la ley penal pocas veces le da soluciones a una problemática de la sociedad, ya que su naturaleza es de carácter punitivo.

#### 1.1.2.3. Responsabilidad por los hechos

La responsabilidad demanda obligación en virtud de una acción previa, es decir que, si no existe una acción concreta, por acción u omisión (dolosa o culposa), no existe responsabilidad por los hechos. El principio de intervención mínima, en este sentido, designa a la persona que deberá responder por los daños causados a la sociedad en su conjunto. Se dice a la sociedad en su conjunto, porque para la responsabilidad penal, los daños tienen un carácter social, ya que por su gravedad, son considerados como atentados contra el orden público.

Por lo anterior, el principio mínimo de intervención, a través de la responsabilidad de hechos, obliga al Estado guatemalteco a que únicamente puede perseguir las acciones



concretas, aquellas que alteran la convivencia normal de la sociedad. Por tanto, se juzgarán aquellas acciones concretas de las personas que pongan en riesgo los bienes jurídicos. Doctrinariamente, esto se conoce como derecho penal de hecho: se juzgan las acciones y no las personas.

También es pertinente mencionar que otrora, el derecho penal de autor se apoyó en el derecho penal de hecho. Se entendía que dicho derecho tenía que encargarse de sancionar a todos aquellos sujetos, no por sus acciones, sino por lo que eran en la sociedad. Esto adquiriría una connotación moralizante, y por lo consiguiente, se idealizaba lo penal por ostentar, la responsabilidad moral, un perfil muy elevado. Ha de entenderse, entonces, que la responsabilidad jurídica se circunscribe a las acciones, en virtud de responder ante la sociedad concretamente y no ante la conciencia, porque de lo contrario se prejuzga, y por ende, se cae en estigmatizaciones que socavan la imparcialidad a la hora de dictar sentencia.

#### 1.1.2.4. Proporcionalidad de las penas

Enmarcada dentro de las aspiraciones del principio de intervención mínima, se encuentra la proporcionalidad de las penas, cuyo fundamento parte de la premisa de igualdad de dos razones. Entendido en el sentido amplio, este principio exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en ley y que sean necesarias para alcanzar los fines deseados en una sociedad democrática. Por tanto, el principio aludido implica una serie de limitaciones en todas las sanciones que el Estado ratifique por medio del poder legislativo.



Viendo con los lentes de la historia, se puede decir que en los tiempos primitivos no existían andamiajes penales que previeran la existencia de derechos para el ofensor, sino que existían prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, que hacían del ofensor una víctima potencial de un mal mayor. No existía relación entre ofensa y castigo. No obstante, existen antecedentes, allende incluso, a las mismas fronteras legislativas del derecho romano. Por ejemplo, “el Código de Hammurabi y la ley del tali3n ya establecían l3mites a la venganza, prescribiendo proporcionalidad entre ofensa y castigo. El enunciado, ojo por ojo y diente por diente, aunque hiperb3lico, le puso un dique al deseo de venganza en exceso. En otras palabras, se ve que el *ius puniendi* o facultad sancionadora de esos contextos ya ten3an limitantes para legislar cuestiones tocantes al castigo”.<sup>10</sup>

Esta equidad jur3dica pone su acento en un derecho humano medular, d3ndole mayor consistencia al principio de legalidad que, como *3ltima ratio*, vela porque los bienes jur3dicos sean tutelados con el fin de que no existan medidas exageradas o irracionales en relaci3n con el delito. La punibilidad se debe circunscribir a la norma legislativa y no a criterios personales de individuos, v3ctimas o jueces. “La pena que establezca el legislador deber3 ser proporcional a la importancia social del hecho”.<sup>11</sup>

Por su parte, la Constituci3n Pol3tica de la Rep3blica de Guatemala, no soslaya el hecho de que el ofensor tiene el derecho a ser reinsertado en la sociedad, porque las penas privativas de libertad de duraci3n excesiva no son admisibles. De all3 que, el

<sup>10</sup> Mariottini, **Ob. Cit**; P3g. 475.

<sup>11</sup> Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**. P3g. 99.



Artículo 19, parcialmente citado, reza: “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos”. Y, establece imperativamente en tres incisos subsiguientes los derechos de carácter humano, cuyos enunciados deben ser atendidos con cuidado por las autoridades penitenciarias, es decir, lo consagrado en este enunciado pone su acento en la rehabilitación del reo.

Por todo lo expuesto, se deduce que la proporcionalidad de las penas configura el contexto jurídico, de manera que obliga al Estado a comparar las medidas restrictivas con el objeto de que se escoja aquella sanción menos lesiva para los derechos del ciudadano, lo cual a su vez, vela por la protección de los bienes jurídicos. Por tanto, el juez recibe esta codificación cuasi dogmática, la cual no tiene derecho a cuestionar, sino que a obedecerla, por ser la voz del pueblo que llega a través del legislador.

### 1.1.3. Principio de culpabilidad

La máxima de este principio es establecer diversos límites al poder punitivo del Estado, sin soslayar que culpabilidad es la transgresión de la ley y cuyas consecuencias demandan responsabilidad. Este límite consiste en que no se puede castigar a un sujeto por hechos ajenos, se demanda la existencia del delito como presupuesto de la pena, exige que el individuo conozca las normas que configuran la prohibición y enfatiza que al sospechoso se le trate como tal y no como culpable *a priori*. De allí que, este postulado presupone un dialogo inteligente entre culpa y derecho *sine qua non* la justicia para todos.



### 1.1.3.1. El principio de personalidad de las penas

El propósito de este principio es circunscribir la pena solo al transgresor de aquello que se tipifica como delito, es decir, el radio de acción del delito no alcanza a ningún pariente. No se puede castigar a un sujeto por hechos ajenos.

No obstante lo congruente de esta garantía, no siempre fue así. “La fuerza ejercida por la idea judeocristiana de la culpa o responsabilidad por el pecado de otro, permeó el imaginario colectivo penal al postular que el hombre no responde por lo que como individuo hace, sino por lo que los antepasados de su familia hicieron. Y, por lo consiguiente, el hombre venidero tampoco respondería. En años antes de la Revolución Francesa, se acuñó la expresión delitos de lesa majestad, cuya idea postulaba que si el individuo delinquía era porque había sido mal educado, y por ende, la familia era responsable también”.<sup>12</sup> De allí que, no es, sino “hasta después de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en el año 1789 que, tuvo lugar el nacimiento del principio de personalidad de la pena, el cual desacralizó de tajo ideas que provenían de contextos religiosos”.<sup>13</sup>

Entonces, si no hay transmisión de méritos de otro, es justo también que no se reciba sus faltas. De allí que, es elemental que no se deba responder por lo que no se ha

---

<sup>12</sup> Agudelo Betancur, Nódier. **El principio de la personalidad de la responsabilidad penal**. 17 de febrero de 2010, [http://www.procuraduria.gov.co/html/opciones/op\\_polprivacidad.htm](http://www.procuraduria.gov.co/html/opciones/op_polprivacidad.htm) (08 de febrero de 2011)

<sup>13</sup> **Ibid.**



hecho, lo cual fortalece el sentido taxativo de la ley, lo cual pone su acento en que la pena se aplique de manera cierta y pronta.

### 1.1.3.2. La exigencia de dolo o imprudencia

En la doctrina, dolo no tiene una connotación pacífica dentro de los elementos del delito, sino que se considera como una acción maliciosa que transgrede voluntariamente el marco legislativo penal. Se define como “La resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley”.<sup>14</sup> E imprudencia, sigue diciendo el mismo autor citado, es la “Omisión de la diligencia debida”.<sup>15</sup> La diferencia, entonces, entre dolo e imprudencia radica en que uno se comete consciente y voluntariamente y el otro por negligencia.

No obstante su diferencia, ambos están tipificados como delitos en el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73, Artículo 11 y 12 que, respectivamente rezan: “El delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto. El delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia”. Los hechos culposos son determinados por la ley. Esta configuración penal se da porque el Estado presume que todo ciudadano trae consigo el conocimiento básico de su realidad dicotómica, es decir, conoce qué es bueno y qué es malo.

---

<sup>14</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 135.

<sup>15</sup> **Ibid.** Pág. 196.



En definitiva, la exigencia de dolo o imprudencia demanda la existencia del delito como presupuesto de la pena. En otras palabras, para que exista un delito, el autor tuvo que haber querido el resultado premeditadamente, o como mínimo, no haber puesto la debida atención a la exigencia de la ley. De allí que, no se puede determinar que existe dolo o imprudencia por una mera conjetura solo porque un comportamiento peligroso se ha llevado a cabo.

#### 1.1.3.3. La exigencia de comprensión de ilicitud

Esencialmente, ilicitud es toda acción que transgrede la ley, y por lo consiguiente, tiene que ser penalizada por leyes vigentes, "...lo que no es permitido ni legal ni moralmente. Es, pues, un concepto más amplio que el de legalidad".<sup>16</sup>

Entonces, la exigencia de comprensión de ilicitud demanda imperiosamente que el individuo conozca las normas que prescriben en qué consiste la violación de la regla, es decir, para que exista culpa es fundamental conocer cuál es la prohibición. Tampoco podrán ser culpados penalmente aquellos sujetos que, habiendo puesto la debida diligencia, no sabían que la conducta que llevaban a cabo no era permitida.

---

<sup>16</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; Pág. 471.



#### 1.1.3.4. Incidencia del estado de inocencia

Entendiendo incidencia como lo que "sucede en el curso de un asunto"<sup>17</sup> e" inocencia como el estado del individuo en que ignora el mal",<sup>18</sup> se puede percibir que este principio es un axioma jurídico, inherente a la persona y cuya finalidad es garantizar el derecho del individuo frente al *ius puniendi*; no se puede determinar la culpabilidad *a priori*; es decir, el derecho es objetivo y se basa en todo aquello que se pueda demostrar con pruebas tangibles, de lo contrario solo serían supuestos, que de ninguna manera serían concluyentes a la hora de fallar. Además, la norma jurídica es una proposición que no expresa juicios relacionados acerca de qué manera es la persona, sino cómo debe ser. Es pues, un imperativo, un llamado a ser de tal manera, que de violarse, sí se pasaría de ser inocente a culpable. No obstante, todo debe estar subordinado al estado de derecho.

Tomando en cuenta sus antecedentes históricos, este principio se puede encontrar en el derecho romano, especialmente como influencia del cristianismo. No obstante, perdió su sentido de ser debido a las prácticas inquisitorias de la baja Edad Media. No es, sino hasta en el año 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que, se redacta de forma explícita. Este postulado básico de todo ordenamiento jurídico constituye un hito en la historia de la justicia penal, porque se parte de que el individuo es sospechoso y no culpable. Asimismo, se abolió la tortura como medio para obtener la confesión.

---

<sup>17</sup> De Toro y Gisbert, **Ob. Cit**; Págs.569.

<sup>18</sup> **Ibid**, Pág. 581.



La presunción de inocencia es una garantía básica del debido proceso. Jorge Clariá Olmedo, citado por Wilfredo Valenzuela dice que, este principio debe mantenerse “como un poderoso baluarte de la libertad individual...La inocencia protectora al individuo debe ser destruida por los órganos de la acusación estatales o particulares y de la jurisdicción; no es el imputado quien deba probar su falta de culpabilidad”.<sup>19</sup> Visto desde esta perspectiva, esta máxima constituye un límite para el poder legislativo a la hora de configurar normas penales. En otras palabras, el estado de inocencia es un derecho inherente al ser humano al que deben subordinarse no solo el ente legislador, sino que también los órganos jurisdiccionales. Ningún juez puede declarar culpable a sujeto alguno sin antes transitar por todo el debido proceso del juicio. De lo contrario, estaría violando flagrantemente el estado de derecho.

No obstante todo lo anterior, cotidianamente en el contexto socio cultural a menudo se entiende que cualquier persona aprehendida por la policía es antes culpable que inocente, dado que se cae en estigmatizaciones de carácter social, las cuales se derivan de prototipos delictivos, y por lo consiguiente, se cae en meras especulaciones, y como ya se anotó, se juzga *a priori*. Lo anotado, de ser llevado a cabo en el campo jurisdiccional, socavaría al derecho mismo, ya que este es considerado universalmente como una ciencia, dado que sigue rigurosamente el modelo científico.

Por lo tanto, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 14, ratifica este derecho fundamental humano al establecer que: “toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente

---

<sup>19</sup> Valenzuela O., Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. Pág. 59.



ejecutoriada...” En este sentido, el derecho aludido también tiene categoría constitucional. Está consagrado en la Ley de Leyes, cuya jerarquía normativa es insuperable; es decir, ninguna ley ordinaria, reglamentaria o individualizada puede atentar contra este principio esencial del derecho moderno, vigente en todos los países democráticos.

Deduciendo exegéticamente todo lo anterior, se puede concluir que, cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad, y por ende, hablar de un estado de derecho auténtico sería una falacia.

## CAPÍTULO II

### 2. Del delito y de las penas

#### 2.1. Del delito

Es importante señalar que, delito debe ser entendido en una definición dinámica, más que en una postura filosófica estática. En este sentido, el delito tiene estrictas connotaciones sociales circunscritas al tiempo, "...la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada país y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de estas y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa".<sup>20</sup>

##### 2.1.1. Definición del delito

Desde una perspectiva etimológica, delito es "el quebrantamiento de la ley",<sup>21</sup> concepto que hunde sus raíces en la palabra latina *delictum*, que a su vez, significa "apartarse del camino señalado por la ley".<sup>22</sup> Entretanto, se observa doctrinariamente que son varias las definiciones de delito y una de las que más se ajusta para efectos de la presente tesis es la que preceptúa que es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a

---

<sup>20</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág., 36.

<sup>21</sup> De Toro y Gisbert, **Ob. Cit**; Págs. 323.

<sup>22</sup> Cabanellas de Torres, **Ob. Cit**; Pág. 115.



veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.<sup>23</sup>

Así que registrando la historia, se puede decir que “...sus más antiguos indicios se remontan al siglo XVIII a.C. en el Código de Hammurabi, y la Ley del Talión, más precisamente en la Ley Mosaica o Torá, donde se han encontrado delitos de violación bajo la pena de muerte”,<sup>24</sup> como en el caso de que “una mujer fuera violada sexualmente en el campo (Deuteronomio, 22:25)”.<sup>25</sup> Una tónica semejante permeó dicho concepto en la Edad Media, solo que ya se mencionaban con más precisión los delitos, por ejemplo el allanamiento de morada o el estupro.

Pero, la idea más puntual de delito se puede ver en la edad moderna, siendo la Revolución Francesa, por medio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la que dio las pautas para configurarlo de manera más consistente. De allí que, el delito quedó tipificado de acuerdo a principios jurídicos, de manera que pueda dialogar inteligentemente con el *statu quo* penal de cada país.

En síntesis, se entiende delito como “una acción usualmente antijurídica, cuya conducta lesiona el ordenamiento jurídico”<sup>26</sup>. Por lo tanto, el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73, en sus Artículos del 10 al 22 describe su naturaleza, y a su vez, prescribe sus consecuencias punitivas.

---

<sup>23</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; Pág. 275.

<sup>24</sup> Mariottini, **Ob. Cit**; Pág. 480

<sup>25</sup> **Ibid.** Pág. 481.

<sup>26</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; Pág. 276.



### 2.1.1.1. Criterios para definir el delito

El criterio legalista tiene como trasfondo las ideas de la Escuela Positiva del siglo XIX, lo cual radica en el olvido de las garantías individuales y se centra en la peligrosidad social del delincuente, y, define el delito como lo que la ley prohíbe. Este criterio no determina con precisión las prohibiciones de la ley “El criterio legalista es la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.<sup>27</sup>

El criterio filosófico se da como consecuencia de la intrascendencia del criterio legalista. Los trastornos jurídicos ocasionados, por casi medio siglo, impelieron a los tratadistas del crimen a optar por caminos filosóficos. Desde esta perspectiva se definió delito como el quebrantamiento de la justicia o la violación de un deber. Dicha concepción es vaga, porque “Existen tantas violaciones al orden jurídico establecido, que no necesariamente constituyen un delito”.<sup>28</sup>

El criterio natural sociológico parte de la teoría de que el delincuente trae una inclinación nata para cometer delitos, y por lo consiguiente, éste no viola la ley penal sino que la cumple, es decir, lo que viola son las normas prohibitivas, subyacentes dentro de dicha norma. “El criterio natural sociológico consiste en las acciones

---

<sup>27</sup>De León Velasco, y De Mata Vela. **Ob. Cit.** .Pág. 124.

<sup>28</sup> **Ibid.** Pág. 126.



determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado”<sup>29</sup>

El criterio técnico-jurídico enarbola con exactitud el sentido intrínseco de jurisprudencia al reafirmar que el derecho penal es una ciencia jurídica igual que las demás ciencias humanas. En otras palabras, la esencia de este criterio radica en liberar al derecho penal de una malformación científica e independizarla de otras disciplinas como la biología, la sociología, entre otras. En opinión de los autores recién citados en el párrafo anterior, este criterio “...fruto de la dogmática alemana y del empleo del método analítico, se aparta de los extremos positivistas, para dedicarse de lleno al examen lógico del delito, dando vida a lo que en la doctrina se ha denominado la construcción técnico jurídica de la infracción”.<sup>30</sup>

Los cuatro criterios de delito esbozados anteriormente confirman que el derecho penal está sujeto a cambios perfectibles en cada momento social e histórico con el solo fin de brindar certeza jurídica, tanto a gobernantes como a gobernados.

### 2.1.2. Teoría general del delito guatemalteco

Se entiende que esta teoría se ocupa de las condiciones básicas y comunes a todos los delitos, ya que la acción prohibida mencionada en el Código Penal vigente no basta para determinar si un hecho es delito o no. De allí que, su creación es de manufactura

---

<sup>29</sup> **Ibid.** Pág. 127.

<sup>30</sup> **Ibid.** Pág. 128.



doctrinaria. Por lo cual se dice que, “La conducta humana es la base de la teoría general del delito, por ser obviamente la base de los hechos delictivos. Se puede decir que, el derecho penal guatemalteco es un derecho penal de acto, debido a que en términos generales solo la conducta traducida en actos externos se considera como delito, generar la persecución penal y posteriormente al juicio legal”.<sup>31</sup> Por lo consiguiente, existe consenso entre los entendidos al aceptar que los elementos comunes del delito son la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

#### 2.1.2.1. Utilidad de la teoría del delito

El provecho que se obtiene de la teoría en mención es que crea un sistema de análisis ordenado y lógico con el fin de poder determinar si una conducta cuenta con los elementos necesarios para considerarla delictiva. Además, uniforma la interpretación de la norma, reduciendo así, el margen de arbitrariedad a la fiscalía y al juez. Se deduce entonces que, su utilidad pone su acento en “...explicar qué es el delito en general y cuáles son sus características”,<sup>32</sup> permitiendo resolver cuando un hecho es calificable de delito.

#### 2.1.2.2. Niveles analíticos de la teoría del delito

Partiendo de la premisa genérica de que el delito se da dentro del marco de la conducta humana, se afirma que habrá delito cuando dicha conducta se adecúe a alguno de los

---

<sup>31</sup> **Ibid.** Pág. 140.

<sup>32</sup> González, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Pág. 28



tipos legales, la cual presenta la característica de tipicidad, siendo a su vez también, contraria al orden jurídico. Esta característica se define técnicamente como antijuricidad. Entretanto, a esta conducta típica y antijurídica, doctrinariamente se le denomina como un injusto penal, porque para que se dé la culpabilidad es menester reprocharle al autor que tuviera la posibilidad de actuar de otra manera. A esta característica de reprochabilidad del injusto al autor, es a lo que se le denomina culpabilidad y constituye el tercer carácter específico del delito.

De lo anteriormente anotado se puede deducir que, los niveles analíticos de esta teoría construyen esquemáticamente el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable.

### 2.1.2.3. La acción o conducta

Dado su amplitud y que solo existe inacción en la muerte y en la nada, se tomará esta voz exactamente solo en su acepción jurídica, entendiendo que acción consiste en “todo comportamiento que se deriva de la voluntad y que implica siempre una finalidad”.<sup>33</sup> Este primer elemento de la teoría del delito constituye el eje axiológico del hecho punible. Además, una de las principales funciones de este concepto es servir de filtro en cuanto a considerar aquellas acciones que puedan tener trascendencia jurídica.

Por lo tanto, esta acción o conducta humana se lleva a cabo en dos fases, una interna y otra externa, las cuales, definen el *iter criminis*, es decir, “Comprenden todo el proceso

---

<sup>33</sup> De León Velasco, y De Mata Vela. **Ob. Cit.** .Pág. 140.



psicológico de incubación del propósito delictivo hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actividad y del sujeto”.<sup>34</sup>

Entonces se deduce que, ni las ideas, ni los pensamientos, ni tampoco la intención de delinquir pueden constituir el delito, sino solo aquellos actos que se traducen en externos, es decir, el derecho penal se encarga de juzgar a aquellas personas por lo que hacen y no sencillamente por lo que son.

#### 2.1.2.4. La tipicidad

Varios autores, como Cabanellas y Ossorio, concuerdan que la tipicidad es un concepto muy discutido en derecho penal por guardar relación con el derecho penal liberal, el cual se vincula con el principio *nullun crimen sine praevia lege*, o sea, no hay pena sin ley previa. Empero, existe consenso al definirla como “Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo...Por lo tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que se ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios del hecho que se cataloga en la ley como delito...no hay tipos de hecho sino sólo tipos legales...”<sup>35</sup>

Consecuentemente, la tipicidad es la historia del tipo, remontado su origen a los primeros años del siglo XX, donde autores como Beling y Ernesto Mayer, consideran al

<sup>34</sup> Cabanellas de Torres, **Ob. Cit**; Pág. 213.

<sup>35</sup> **Ibid**, Pág. 385



tipo como una manera de descripción. Es, sin embargo, Mezger quien va más allá y la conceptualiza como la *ratio essendi* o razón de ser de la antijuricidad.

En síntesis, tipicidad es toda conducta que conlleva una acción u omisión y que es la adecuación de la conducta al tipo. En otras palabras, es el encuadramiento de una conducta con la descripción abstracta de lo prohibido en la ley.

#### 2.1.2.5. La antijuricidad

Es otro de los elementos estructurales del delito, y sucintamente se define como todo lo contrario a lo establecido en la norma jurídica. No obstante, su aparente definición simple, determinar su contenido resulta más complicada, porque reconocer cuándo una acción de índole humana es opuesta al derecho es subjetiva. Por ejemplo, matar es un acto antijurídico por antonomasia, sin embargo pueden darse circunstancias en que matar sugiera un acto loable y que efectivamente represente un derecho. De allí que “los casos deben ser juzgados por los jueces en su justa dimensión contextual, facultad reservada a ellos con el fin de que establezcan su juricidad o antijuricidad”.<sup>36</sup>

Buscando sus antecedentes históricos, se puede decir que esta conceptualización lingüística se da allende a las fronteras guatemaltecas y constituye en el presente un neologismo que trata de traducir una expresión alemana como contrario al derecho. Ha habido intentos por describir tal vocablo como ilicitud. Sin embargo, tal definición es vaga porque trasciende el ámbito jurídico. Por lo tanto, “antijuricidad son aquellos actos

---

<sup>36</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; Pág. 76.



de importancia descritos en el tipo penal, ya que no todo lo antijurídico es penalmente importante”.<sup>37</sup> Lacónicamente se puede deducir que, para que la acción de un individuo sea delictiva, es necesario que ésta encuadre en el tipo penal, y además, sea antijurídica.

#### 2.1.2.6. La culpabilidad

Culpabilidad ostenta la categoría de último elemento en la teoría del delito, siendo una *conditio sine qua non* del mismo, es decir, es indispensable la culpabilidad del individuo para que le sea imputado algún delito. Usando la definición más lata se dirá que culpabilidad “significa la posibilidad de imputar a una persona un delito”.<sup>38</sup>

A su vez, su andamiaje lo forman tres elementos: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la cual presupone que el autor reconoce lo injusto, dándole la posibilidad de actuar de otra manera. La antijuricidad, por su parte, permite conocer lo injusto de un acto concreto. Y por último, la exigibilidad de un comportamiento, lo cual exige un proceder distinto como juicio de reproche al haber elegido una conducta antijurídica.

La culpabilidad tampoco soslaya el aspecto biológico y psicológico del individuo, sino que para que la persona sea imputada de delito debe cumplir con la mayoría de edad, comprender la realidad y no estar bajo efectos de drogas.

---

<sup>37</sup> *Ibid*, Pág. 77.

<sup>38</sup> *Ibid*, Pág. 103.



Por último y con respecto a este concepto desarrollado a finales del siglo XIX, se deduce que es un juicio de reproche, ya que el autor optó por cometer una acción típica y antijurídica, antes de actuar de otra forma distinta, no prestándole la debida atención a la prohibición legal.

#### 2.1.2.7. La punibilidad

Es entendida como la acción impuesta al individuo por haber cometido una infracción delictiva. Más puntualmente es la acción típica, antijurídica y culpable que configura el presupuesto principal de la pena. También ha de entenderse que punibilidad, en el terreno de la coerción, no es una característica del delito, sino es el resultado de la existencia de sus elementos citados anteriormente. De allí que, todo hecho punible es culpable por antonomasia, es decir, el delito es la condición de la pena.

#### 2.1.3. Naturaleza del delito

Entendiendo naturaleza como la “Esencia y propiedad característica de cada ser”<sup>39</sup> y delito como “Acción típicamente jurídica, culpable y adecuada a una figura legal”,<sup>40</sup> se podría tentativamente decir que, la naturaleza del delito consiste en llevar a cabo contumazmente una actitud prohibida por la ley. Sin embargo, muchos entendidos en el tema y en épocas y lugares diversos no han podido uniformar un concepto que sea

---

<sup>39</sup> *Ibid*, Pág. 615.

<sup>40</sup> *Ibid*, Pág. 275.



aplicable para las sociedades de todos los tiempos y lugares, porque dicha naturaleza está sujeta al dinamismo de las realidades sociales de los pueblos.

Por lo tanto, se toman conceptos un tanto vagos. La escuela clásica considera que el delito es una idea de relación entre el hecho del hombre y la ley. Por su parte, la escuela positiva define al delito como "la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, como un hecho o fenómeno natural y no jurídico ni social".<sup>41</sup>

Por lo anteriormente anotado, se deduce que la definición de la naturaleza del delito, por ser cambiante, debe ser definida a la luz de la realidad de cada contexto socio-jurídico y en constante dialogo con el *statu quo* penal, y cuya configuración se define según las necesidades del pueblo mediante el poder legislativo.

#### 2.1.4. Elementos característicos del delito

Se entiende por elementos característicos a aquellos objetos distintivos que configuran una cosa o asunto. En el caso aludido, se entienden como aquellos fundamentos sustantivos que estructuran el delito, siendo los mismos, la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, cuyas definiciones ya se dieron con anterioridad de manera individual y amplia.

Entonces, dichos elementos relacionados secuencialmente entre sí, constituyen el andamiaje esencial del delito. A saber, la acción consiste en un comportamiento volitivo

---

<sup>41</sup> **Ibid**, Pág. 278.



humano, la tipicidad es una definición abstracta de lo prohibido en ley, la antijuricidad se contempla como todo lo que es contrario a la ley y la culpabilidad que expone al individuo ante la posibilidad de ser responsable de un delito. En este sentido, la teoría del delito engrana todos estos elementos con el fin de que se adecúe la infracción a una figura legal, habilitando así, al *ius puniendi*.

## 2.2. De las penas

La pena es una consecuencia jurídica del delito, producto de transgredir las normas que configuran la prohibición. Ahora bien, no existe un criterio uniforme en cuanto a la finalidad de la pena. La definición de que la pena es un mal impuesto por el Estado encuentra objeciones formuladas por los correccionalistas, quienes prefieren describirla como un bien que tiene por objeto reformar al delincuente. Es decir, está revestida de un aspecto correctivo y rehabilitador. Lo cierto es que, la pena sea un mal impuesto por el Estado o un bien reformador, necesariamente tiene que ser soportada por el sujeto culpado por la ley.

### 2.2.1. Definición de penas

Atendiendo su sentido etimológico, "pena es una transliteración de la voz latina *poena* y ésta del griego *poinë* que sencillamente se traduce como multa".<sup>42</sup> En español, pena se entiende como el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces a los responsables

---

<sup>42</sup> Corominas, Joan, **Breve diccionario etimológico de la lengua castellana**, Pág. 784.



de un delito. Y, en el sentido útil para la presente tesis, se atiende una definición de Mezger, para quien la pena es “la imposición de un mal proporcionado al hecho”.<sup>43</sup>

A la luz de la historia, se ve cómo la imposición de penas va evolucionando: la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, el período humanitario y llegando finalmente a la era científica, donde generalmente se apela al criterio técnico para dictar sentencia. También, es importante acotar que ideas del período humanitario influyen, todavía y de manera contundente, el criterio penal moderno.

A saber, la faena jurídica en su peregrinaje sancionador incurrió en excesos punitivos en su momento histórico, el criterio talionar trató de limitar, pero a su vez creaba un mal de igual intensidad. Luego, la pena se verticaliza y se juzga en nombre de la divinidad. En ese mismo trajín, se abrió paso la venganza pública que juzgó en nombre de la colectividad, cuya distinción fue la crueldad. No obstante la ignominia de la facultad castigadora de estos tiempos, “surgen ideas conspicuas en el siglo XVIII enarboladas principalmente por Montesquieu, Voltaire, Rosseau y el criminalista italiano César de Beccaria; quienes humanizaron las penas, entronizando en el derecho, las garantías constitucionales”,<sup>44</sup> tan básicas hoy para los pueblos civilizados a la hora de legislar y de aplicar sanciones.

Entonces, se puede deducir que la pena es un medio instrumental con que el Estado cuenta para reaccionar frente al delito, entendiendo que la pena tiene que ser

---

<sup>43</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; Pág. 708.

<sup>44</sup> Agudelo Betancur, **El principio de la personalidad de la responsabilidad penal**.



proporcional a la gravedad del delito. Por lo tanto, esta interpretación es de carácter legislativo, soslayando la voluntad de tribunales y de jueces a la hora de castigar.

### 2.2.2. Clasificación de las penas

Esta clasificación se da con el fin de que una se complemente con la otra. Y, en función de que la pena accesoria no tiene autonomía, se tiene que subordinar a la principal.

#### 2.2.2.1. Penas principales

Se les denomina principales porque son autónomas, es decir, no prescinden de la imposición de otra pena, y por lo tanto, su definición tiene carácter axiomático. Es, “La que el Código señale como correspondiente a cada delito. Se denomina así porque a veces esa pena principal puede ir acompañada de otra pena accesoria”.<sup>45</sup>

Por su parte, el Código Penal guatemalteco vigente, Decreto 17-73 en el Artículo 41 establece que, “Son penas principales: la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa”.

#### 2.2.2.2. Penas accesorias

Son aquellas que se imponen además de la pena principal y no están expresamente previstas de manera especial para ser aplicadas independientemente a las figuras delictivas concretas, es decir, se aplican como consecuencia de la pena principal, antes

---

<sup>45</sup> *Ibid*, Pág. 710.



mencionada. Es “Aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas. Así, por ejemplo, la inhabilitación absoluta, cuando tiene carácter accesorio, puede prorrogarse por determinación judicial por un período limitado posterior a la extinción de la pena principal. Se consideran también penas accesorias la privación de la patria potestad, la de la administración de los bienes y la del derecho a disponer de ellos por actos ínter vivos, mientras dure la condena”.<sup>46</sup>

Por lo tanto, el Código Penal guatemalteco vigente, Decreto 17-73 en el Artículo 41 indica que, “Son penas accesorias: inhabilitación absoluta; inhabilitación especial; comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen”.

---

<sup>46</sup> *Ibid*, Pág. 708.





## CAPÍTULO III

### 3. Del delito de posesión para el consumo

#### 3.1. Del delito para posesión para el consumo

El delito de posesión para el consumo tomó como punto de partida el efecto pandémico que han cobrado las drogas a escala mundial. Es un fenómeno de carácter individual con claras incidencias en lo colectivo que afecta el tejido social allende a cualquier frontera geopolítica, y que como tal, su jurisdicción no se circunscribe solo a lo nacional, sino que ha sido legislado en escenarios internacionales. Es decir, la configuración del delito en sí es tarea de todos los países afectados: productores y consumidores. Empero, en Guatemala cuando se redactó la normativa, ésta puso su acento más en el narcotráfico que en el consumo, porque se consideró este punto geográfico solo como un corredor de estupefacientes. Sin embargo, en los últimos años el país sigue siendo un lugar importante de trasiego de drogas, pero también ya cuenta con una taza considerable de consumidores.

No obstante su condición de consumidor, hoy en Guatemala, todo aquel que sea sorprendido portando una droga ilegal, por pequeña que sea la cantidad, debe enfrentar un proceso legal cuya sentencia es la prisión y multa, dado que la posesión de drogas para el consumo personal es un delito contenido en la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92. Este criterio es esgrimido, a su vez, en la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente del Artículo 93, el cual reza: "El goce de la



salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna”. Empero, no hay una línea divisoria legal que separe con exactitud el delito de la posesión para el consumo y el de la posesión para el comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, vacío legal que potencializa decisiones espurias a la hora de imponer sanciones tanto a consumidores como a traficantes.

### 3.1.1. Definición

El Congreso de la República de Guatemala en la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92, ha definido que, “droga es toda sustancia o agente farmacológico que, introducido en el organismo de una persona viva modifique sus funciones fisiológicas y transforma los estados de conciencia, también considera droga las semillas, fluorescencias, plantas de ellas y cualquier sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas”. Y, consumo como “uso ocasional, periódico, habitual o permanente de la sustancia a que se refiere la presente ley”.

La palabra droga, en el aspecto lingüístico, traza su etimología hasta una voz árabe, cuyo equivalente en español es charlatanería para luego definirla, en su segunda acepción, como “Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico, o alucinógeno”.<sup>47</sup> Es, a la misma vez, útil para el contenido de la presente tesis, definir el término adicción, la cual según la ley especial ya citada, es “la dependencia física o psíquica entendida la primera como sujeción que obliga a la persona a consumir drogas y que al suspender su administración provoca

---

<sup>47</sup> De Toro y Gisbert, **Ob. Cit**; Pág. 373.



perturbaciones físicas y/o corporales, y la segunda como el impulso que exige la administración periódica y continua de drogas para suprimir un malestar psíquico”.

La Organización Mundial de la Salud, por su parte, clasifica las drogas según su grado de dependencia en duras como la cocaína, el alcohol, los opiáceos, entre otros y blandas como el cannabis o marihuana y la cafeína, solo por mencionar algunos. Las primeras causan adicción física y psíquica, mientras que las segundas solo pueden ocasionar un solo hábito; ya sea el físico o el psíquico, pero no los dos a una misma vez. Por su parte, el punto de vista farmacológico las agrupa por sus efectos en: “narcóticas, estimulantes y alucinógenas”.<sup>48</sup> Es preciso acotar que, la línea divisoria de lo legal e ilegal no pasa a través de estas clasificaciones, sino que se circunscribe a las legislaciones particulares, autónomas y contextualizadas de cada país, entendiendo que éstas representan la voluntad del pueblo, cuyo deseo parte de la necesidad de proteger los bienes jurídicos de todos los ciudadanos.

Dado su gravedad en la actualidad, pareciera ser que la drogadicción es un flagelo propio de los tiempos modernos. Pero según las pesquisas históricas, esta suposición es anacrónica, puesto que el hombre de todos los tiempos, más unos que otros, tienen grados de dificultad para soportar males existenciales, tales como el aburrimiento o la mediocridad, y, en ese sentido ha recurrido al escape ficticio que proporcionan las drogas. Ya en el Antiguo Testamento existe suficiente información acerca de la ingesta de vino o sidra con fines recreacionales y hasta con propósitos de sedar a una persona para poder obtener algún beneficio sin su consentimiento. De allí que, el Nuevo

---

<sup>48</sup> Escohotado, Antonio, **Historia general de las drogas**, Pág. 189.



Testamento ya condicione su uso al aspecto terapéutico y no al recreativo propiamente. Estos antecedentes bíblicos ya registran implícitamente lo nocivo que pueden ser las sustancias que alteran el comportamiento humano.

Entretanto, legislativamente se clasifican en legales e ilegales. Entendiendo por legales aquellas que tienen propiedades menores de estimulación como por ejemplo el alcohol en pequeñas medidas, el tabaco y los psicofármacos bajo prescripción médica. A saber, las ilegales son aquellas que producen en el individuo un estado mayor de estimulación y alienación, y por ende, son más adictivas. Entre este grupo están, solo por mencionar las más comunes en Guatemala: la cocaína y sus derivados, la marihuana y la heroína. La principal diferencia de distribución se halla en el hecho de que las legales se pueden adquirir con mínimas restricciones, mientras que las ilegales solo se pueden comprar en el mercado negro so pena de ser sancionado por las autoridades competentes en caso de ser sorprendido.

Atendiendo las definiciones citadas, el común denominador de estas sustancias es su potencialidad dañosa, cuyos efectos socavan la integridad física, el aspecto económico y social de los consumidores, y a la vez, tiene una proyección indiscriminada hacia terceros, siendo el núcleo familiar el más vulnerable por su proximidad. También entendiendo que el abuso de drogas, sean legales o ilegales, peligrosas o inocuas afectan las funciones y la estructura del cuerpo, y por ende, la manera de actuar del hombre. Cualquier psicoactivo que altera la conciencia del hombre no es la panacea para combatir los males sociales ni los conflictos individuales, sino su efecto es solo



analgésico y momentáneo y a la misma vez generan efectos secundarios altamente peligrosos para la salud.

### 3.1.2. Elementos que tipifican el delito de posesión para el consumo

El consenso de los tratadistas en esta materia es unánime, puesto que han definido tales elementos como material y subjetivo, circunscribiendo ambos aspectos a la capacidad delictiva del hombre, es decir, “sólo (sic) el hombre puede ser sujeto del delito; sólo (sic) el hombre puede ser delincuente”<sup>49</sup>

El elemento material, entonces, se configura a partir de la efectiva posesión de cualquier droga ilegal para el consumo, ya que para el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad es suficiente la tenencia de una cantidad razonable de la sustancia prohibida para que dicha acción sea antijurídica.

El elemento subjetivo, por su parte, está sustentado en la hipotética presunción de que el sujeto activo tiene la intención de consumir dicha droga en un período inmediato, en virtud de que se le sorprendió en plena posesión de la sustancia ilegal. En otras palabras, según la normativa que contempla esta ley citada en el párrafo anterior, basta con la tenencia para interpretar que es para el consumo e inmediatamente se entiende como delito. De allí que, lo único importante para la norma es el hecho de tenerla por parte del individuo sin que se llegue necesariamente a su consumo. En relación con lo tratado, se deduce que el delito se consuma “cuando el hecho concreto realizado

<sup>49</sup> Cuello Calón, **Ob. Cit**; Pág. 318.



corresponde de manera exacta y completa al tipo legal contenido en el Código o en leyes especiales".<sup>50</sup>

Empero, es importante subrayar que si una persona fue sorprendida por las autoridades bajo la influencia de una droga ilegal pero no le encontraron la misma, ya no se podría tipificar dicha acción como delito, a menos que concurra en la comisión de una falta, lo cual quedaría tipificada de acuerdo con lo cometido. Además, para la comisión del delito de posesión para el consumo, es sujeto activo, cualquier persona con capacidad establecida en el Artículo 8 del Código Civil.

Ahora bien, del análisis del elemento material y subjetivo, se deduce que el espíritu de la ley en mención es la tenencia de la droga ilegal *per se* y de conformidad con lo que reza el Código Penal, Decreto 17-73, el delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación.

### 3.1.3. Bien jurídico tutelado afectado por el delito

Los bienes jurídicos tutelados por el Estado son aquellos intereses apreciados por la mayoría de la población. No obstante, su propósito no es la protección de determinados individuos, sino la de la población en general. Éstos pueden ser tangibles o intangibles y en muchos casos son inherentes al hombre desde el momento de su concepción como lo son la salud y la libertad, solo por mencionar algunos. Dado su importancia humana, dichos bienes no han estado delimitados por fronteras geopolíticas, sino que

---

<sup>50</sup> Jiménez de Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal**, Pág. 961.



se han creado en escenarios internacionales, siendo ratificados a su vez por los países democráticos en el mismo seno de sus constituciones, eso sí, en diálogo con cada contexto social y cultural.

A saber, la Carta Magna es el ente rector del Estado, cuyo *sui generis* es fijar límites al quehacer social. Se deduce, entonces, que es la que define cuales son los bienes jurídicos que se deban tutelar por representar éstos vulnerabilidad ante potenciales acciones lesivas que pongan en riesgo la convivencia pacífica de los ciudadanos. En el caso del delito de posesión para el consumo, esbozado en el presente capítulo, el bien jurídico tutelado afectado es, sin dudas, la salud pública.

Ahora bien, en este caso, dicha salud debe ser entendida como pública más que individual, porque la función básica de la normativa está orientada a evitar el peligro de la difusión masiva de la sustancia prohibida, por su misma capacidad que tiene de originar graves perjuicios en lo individual, y por extensión, en lo colectivo. Así que, los delitos tocantes al comercio, tráfico y almacenamiento ilícito y al de posesión para el consumo, redactado en los Artículos 38 y 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, lesionan el mismo bien jurídico. Por lo consiguiente, se podría sostener que dicho bien con carácter macrosocial es afectado por tal delito, pero de manera indirecta.

#### 3.1.4. Regulación y pena del delito de posesión para el consumo

El ordenamiento jurídico guatemalteco, en cuanto a regular dicho delito, atiende leyes creadas en convenciones internacionales, porque se entiende que tal conducta



promueve, fortalece y encubre al crimen de tráfico ilegal de estupefacientes a escala mundial. En este sentido, se ha mantenido un diálogo permanente con los convenios redactados por las Naciones Unidas de 1961, 1971 y especialmente con el 1988. El carácter de este último es imperativo, porque solicita por primera vez a los países firmantes, que se tipifique la posesión para el consumo como delito; pero dejando subordinada dicha norma a los principios y conceptos de los sistemas jurídicos nacionales. De allí que, cada país debe legislar el asunto libremente, creando las medidas coercitivas pertinentes para el fortalecimiento del estado de derecho en los contextos propiamente locales.

Como consecuencia de lo anterior, Guatemala como país firmante, se vio obligada a aprobar medidas legales para la posesión de drogas para consumo personal, aunque no de manera uniforme en relación con los demás países miembros, sino aplicadas a las necesidades latentes nacionales. De allí que, en el año 1992 se redactó lo se conoce como Ley Contra la Narcoactividad, estableciendo la prohibición en el Artículo 39, el cual reza: "Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q 200.00 a Q 10000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal".

De la normativa anotada se puede deducir que su penalidad es de carácter mixto, ya que explícitamente señala pena de prisión y multa en el caso de incurrir en el delito



tipificado. Sin embargo, en la actualidad parece que dicha ley no cumple hoy a cabalidad con su cometido original: evitar la propagación de la drogadicción, porque se considera que la tasa porcentual de adictos a las drogas ilegales creció, no obstante la prohibición. De allí que, dicha normativa no sirvió de acicate para la abstinencia, sino que se potencializó su consumo, creando un radio de acción de carácter epidémico. Y por otro lado, ha atiborrado las cárceles guatemaltecas de consumidores, mas no de traficantes, es decir, lo prescrito en ley no atacó el fondo del problema, sino solo sus efectos.

Ahora bien, “algunos países europeos como España, Holanda y Bélgica, solo por mencionar algunos, no penalizan dicho delito como la normativa guatemalteca, sino que aplican sanciones de carácter administrativo. Esto debido a que la norma internacional redactada en 1988 y conocida como la Convención de Viena, deja margen de maniobra para que se pueda configurar de acuerdo a los ordenamientos jurídicos nacionales y a la idiosincrasia de cada sistema legislativo”.<sup>51</sup>

En Latinoamérica, por su parte, México es el primer país que descriminalizó la portación de sustancias ilegales, entendiendo la diferencia que radica entre un consumidor y un narcotraficante, cuya división la proporciona la cantidad de droga en posesión. Se entiende por posesión “de marihuana para el consumo hasta un máximo de 5 gramos por persona, y de otras drogas como la cocaína (500 miligramos), la heroína (50

---

<sup>51</sup> Hurtado, Paola. “¿Y si tenerla no fuera delito?”. 13 de septiembre de 2009, *elperiódico*, <http://www.elperiodico.com.gt/es/20090913/pais/113957> (25 de febrero de 2011)



miligramos), el LSD (0.015 miligramos) y la metanfetamina (40 miligramos)”<sup>52</sup> En otras palabras, las personas que porten estas dosis no serán objeto de persecución penal, sino que las primeras dos veces se les conminarán a que se sometan a un programa de rehabilitación. Pero, si le sorprende por tercera vez, el tratamiento será obligatorio.

De ninguna manera esta acción apunta a la despenalización de las drogas, sino que enfatiza que el adicto no comete delito, mientras no incurra en acciones tipificadas como antijurídicas. También la Corte Suprema de Argentina declaró inconstitucional la norma que castiga con prisión la tenencia para el consumo, argumentó que esta medida implica una intromisión en el ámbito privado y en la libertad individual, expresando que dicha acción particular no lesiona a terceros, al menos, no directamente.

Lo cierto es que, a pesar de que las drogas han acompañado al hombre desde tiempos ignotos, exaltándole su espiritualidad, curándole males y aliviándole angustias; hoy las legislaciones se enfrentan al mal que produce su abuso. Y, al intentar detener su uso desmedido, dichas prohibiciones lesionan otros bienes jurídicos apreciados por el hombre como lo es la libertad. La palabra final en materia legislativa es relativa a cada momento histórico, ya que cada jornada trae consigo su propio afán y cada prohibición trae delatores y defensores quienes se aproximan a los límites del paroxismo al abordar el tema de los estupefacientes, especialmente, aquellos que son ilegales.

---

<sup>52</sup> **ibid.**



### 3.1.5. Criterio jurista del delito de posesión para el consumo

Es, sin lugar a dudas, el criterio jurista el que tiene la última palabra en materia de declarar procedente o improcedente un caso de posesión para el consumo. Es el juez, quien en su recinto de operador de justicia, califica que dicha acción es típicamente antijurídica y por lo consiguiente culpable. En este sentido, "Corresponde al juez el gobierno del proceso...debe poseer autoridad práctica y capacidad profesional ejercida funcionalmente, condiciones que cobran mayor validez en el ramo penal, donde se pone en juego el más caro anhelo del ser humano: su libertad".<sup>53</sup>

Ahora bien, no es que la presente tesis sea un argumento apologético de la tenencia de drogas ilegales para el consumo, pero una lectura con cuidado del principio de intervención mínima lleva a la conclusión de que para que exista responsabilidad por los hechos, debe haber una acción previa. Y, en el caso en mención, la mera posesión constituye solo una presunción de un acto peligroso, que potencialmente se pueda cometer por el poseedor de la sustancia prohibida, pero no una conducta propiamente.

De allí que, esta ambigüedad constituye un vacío legal a la hora de dictar sentencia. Además, aparecen dos bienes en conflicto: el derecho a la privacidad y el otro que es de orden colectivo. De lo anotado aquí, bien se puede decir que este punto ciego del Artículo citado, nubla el horizonte del dinamismo jurídico, lo cual favorece el aspecto prohibitivo de resolver por analogía.

---

<sup>53</sup> Valenzuela, **Ob. Cit**; Pág. 81.



La ambigüedad en mención se presta para que fiscales y jueces cometan arbitrariedades al conocer casos con pruebas no idóneas, o sea, la norma deja margen de maniobra para que existan interpretaciones espurias en relación con la evidencia presentada. Un reportaje periodístico investigativo va más allá al recoger un relato de un juez quien afirma que, “los casos de implantación de droga ilegal por parte de la Policía Nacional Civil (PNC) son tan frecuentes que muchos jueces desestiman el delito porque no creen en los reportes policiales...”.<sup>54</sup> Dada esta modalidad, es sumamente complicado para los jueces definir con certeza jurídica estos casos.

En definitiva, dado que los delitos de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, así como, el de posesión para el consumo contenidos respectivamente en los Artículos 38 y 39 en el Decreto 48-92 de la Ley Contra la Narcoactividad no atienden el concepto de cantidad para configurar la prohibición, es difícil para el criterio jurista definir exactamente, cuando la droga en tenencia es para consumo o para el tráfico. Se parte, entonces, del criterio del juez para establecer cuál es el delito que corresponde aplicar.

Al momento de redactar la presente tesis, la violencia en Guatemala ha cobrado decenas de miles de vidas humanas, escalada que tiene como telón de fondo el narcotráfico, dado que el país es un punto geoestratégico importante para los cárteles que trafican estupefacientes de Colombia hacia Estados Unidos. Recientemente hubo una cumbre en esta capital, cuyos participantes provenían tanto de la región centroamericana, de Colombia y México, como representantes del gobierno de Barak Obama. En dicha reunión se trató específicamente el tema de las drogas, llegando a la

---

<sup>54</sup> Hurtado, **Ob. Cit.**



conclusión de que todos los países son corresponsables en su lucha por erradicar dicho flagelo social. Empero, académicos y algunos políticos subrayan que dicha guerra no se debe enfrentar con armas punitivas, sino mejor legalizando el consumo, porque el problema no es policial, sino social.







## CAPÍTULO IV

### 4. Medidas de coerción en el proceso penal

#### 4.1. Las medidas de coerción

Con excepción de la prisión preventiva, las medidas de coerción son, en esencia, en el derecho moderno, un instrumento idóneo de inhabilitación transitoria que le permite al sindicado ser juzgado en pleno uso de garantías constitucionales, cuyo andamiaje legal lo constituye, el estado de inocencia y la valiosa libertad, inherentes ambos, al ser humano desde su concepción. No obstante su dosis de pietismo, dispensa, tanto a acusado como a acusante, un horizonte de justicia, en un claro anhelo por alcanzar la convivencia pacífica.

##### 4.1.1. Origen, objeto y significado de medidas de coerción

El origen de las medidas de coerción se da en el siglo XX, siendo Alemania el primer país en adoptarlas para restringir el ejercicio de los derechos personales. Esta disposición penal tiene por objeto aplicar un procedimiento cautelar e instrumental, puesto a disposición de órganos jurisdiccionales con el propósito de poder legalmente condicionar a la persona sindicada de la comisión de un delito. Sobre todo, estas restricciones tienen la finalidad de evitar que la actuación del derecho no sea ilusoria después de transitar las etapas del proceso. En otras palabras, su principal objetivo es evitar el peligro de fuga o la obstaculización para la averiguación de la verdad por parte



del imputado, o sea que, no evada su responsabilidad, en caso de obtener una sentencia condenatoria.

De allí que, su significado para el derecho penal es de carácter restrictivo e impositivo, en virtud de asegurar que se llegará a una conclusión y a una realización del derecho sustantivo; y por ende, a un concreto ejercicio del *ius puniendi*. Esta diligencia sancionadora se configura en diálogo permanente con la presunción de inocencia de toda persona, contenido en el Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del hombre del Ciudadano y en el 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Las medidas de coerción, entonces, se entienden como el conjunto de actuaciones que, en el curso de una persecución penal, pueden imponerse al sospechoso, con las cuales se limitan temporalmente sus derechos fundamentales, y tienden a asegurar el efectivo cumplimiento del proceso en todas sus etapas y que la decisión judicial que recaiga sea eficaz.

En este orden de ideas, se deduce que dichas medidas favorecen al imputado, otorgándole el beneficio de la duda. No obstante, solo pueden acceder a ellas aquellas personas que no han sido “reincidentes o delincuentes habituales, o cuando se trate de juzgar homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, calificada o de menor de doce años, plagio o secuestro, sabotaje, robo y hurto agravado, y los delitos que contiene la Ley Contra la Narcoactividad...”<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Valenzuela, **Ob. Cit**; Pág. 151.



#### 4.1.2. Definición de medidas de coerción

Atendiendo su carácter lingüístico, coerción puede definirse latamente como “Acción de coercer o contener”.<sup>56</sup> Entonces, se puede decir que tal vocablo, para usos jurídicos, es sinónimo de restricción o de imposición, aunque a menudo su significado se compara al de coacción. Empero, sus respectivos enunciados generales dan una distinta connotación a la hora de aplicarlos a la medida de coerción propiamente.

A saber, coerción solo restringe o refrena, mientras que coacción es una “fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla a que diga o ejecute alguna cosa, y en este sentido su empleo origina múltiples consecuencias de orden civil, ya que los actos ejecutados bajo coacción adolecerían del vicio de nulidad, y en el orden penal, porque daría lugar a diversos delitos; especialmente los atentatorios contra la libertad individual”.<sup>57</sup>

En el sentido lato de la expresión, dichas medidas se pueden definir como actuaciones judiciales que deben de practicarse o adoptarse preventivamente en determinados casos permitidos por la ley o como sanciones impuestas a una persona física por su peligrosidad delictiva o criminal, ya que se le atribuye la comisión de un hecho ilícito con el objeto de prevenir el delito.

---

<sup>56</sup> De Toro y Gisbert, **Ob. Cit**; Pág. 232.

<sup>57</sup> Osorio, **Ob. Cit**; Pág. 174.



De lo anteriormente anotado, se puede decir que las medidas de coerción son actos que limitan la libertad de una persona durante el curso de un proceso penal. Entendiendo que lo tradicional de esta regulación es proclamar que la libertad solo puede restringirse en los límites de la más absoluta necesidad y para alcanzar el descubrimiento de la verdad y asegurar la efectiva actuación de la ley penal, debiendo ejecutarse del modo que perjudiquen lo menos posible la persona y la reputación de quienes las sufran. Todo esto se lleva a cabo como consecuencia de la inherente presunción de inocencia del imputado.

#### 4.1.3. Características de las medidas de coerción

Sin lugar a dudas, la principal característica de estas medidas radica en el hecho de que solo son instrumentales al no tener un fin en sí mismas. Su carácter cautelar preserva los fines del proceso y tiende a evitar los peligros que puedan obstaculizar su consecución, sin constituirse en decisiones punitivas o de adelanto de la jurisdicción respecto del objeto de la litispendencia. A saber, garantizan el ejercicio efectivo y definitivo del derecho para juzgar, de modo que protegen el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. En otras palabras, los elementos que la integran no tienen naturaleza sancionatoria sino que solo son una herramienta preventiva.

Así mismo, se impondrán solo en el caso que sean necesarias con el objeto de lograr aquellos fines que se persigan y que sean proporcionales con el peligro que se trate de evitar, es decir, las medidas de coerción son indispensables para asegurar el desarrollo normal del procedimiento. Lo común será, entonces, que se restrinja la libertad mientras



que el sindicato no sea declarado culpable, a menos que se fundamente la necesidad de garantizar el proceso con una acción de seguridad cautelar. De allí que, su aplicación se condiciona a la existencia de un mínimo de culpabilidad.

Entretanto, dichas medidas deben ser también provisionales o transitorias, ya que se resuelven en función de las circunstancias concretas, es decir, su vigencia se circunscribe a la duración en la cual se diligencia el proceso. Ahora bien, si en dicho lapso existen variaciones deben antes modificarse, ser sustituidas o dejadas sin efecto de oficio y/o a requerimiento de la parte interesada. La idea, en este caso, es que sean mínimamente lesivas, y que no deban apartarse de la necesidad de su aplicación en relación con su duración, la cual tiene un carácter limitado. Puntualizando este criterio se puede decir que, en cuanto el plazo de las mismas desaparezca, la medida de coerción deberá cesar, es la nota de provisionalidad tocante a esta característica.

Son, además, excepcionales en el sentido que se adoptan y mantienen en tanto y en cuanto sean procedentes porque el aseguramiento cautelar del proceso las requiere fundadamente para evitar un daño irreparable. De modo que, lo normal será el trámite sin su utilización, salvo que se verifique la posibilidad cierta de un riesgo. De allí que, deban apreciarse con un criterio restrictivo y decidirse prudentemente a fin de prevenir limitaciones abusivas por parte del juzgador. Entonces, por afectar derechos de quien goza de un estado jurídico de inocencia, ocasionándole además serios perjuicios, deben interpretarse dentro de las colindancias limitadoras de las medidas en mención.

Por último, se debe tomar en cuenta su carácter jurisdiccional, ya que como regla deben ser adoptadas o, al menos, controladas por los órganos jurisdiccionales



competentes, ya que limitan o restringen derechos básicos de los individuos sin tener el sustento de una decisión final acerca del conflicto. En este sentido, también puede evocarse su carácter coactivo, ya que su concreción puede implicar el empleo de la fuerza pública. Empero, la privación de la libertad del imputado debe ser excepcional, es decir, no puede ser la regla general durante su tramitación, sino más bien se entiende como la excepción a la misma.

#### 4.1.4. Naturaleza y fines de las medidas de coerción

Como ya se anotó, el carácter medular de las medidas de coerción es instrumental, naturaleza que, a su vez, es configurada por los principios de, proporcionalidad, de legalidad, de prueba suficiente, de necesidad, de provisionalidad y el de judicialidad.

Según el principio de legalidad solo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en la forma y por el tiempo señalado en ella. Es decir, tanto en el momento de solicitarse como al dictarse una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta imprescindible que ésta esté prevista y regulada. Y, en este sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala no soslaya este punto básico del estado de derecho, sino que lo ratifica en el Artículo 17 al establecer que “no hay delito ni pena sin ley anterior”, o sea que, no son punibles las acciones que no estén tipificadas como delito.

La proporcionalidad, por su parte, se circunscribe al hecho de que sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley. O sea que aquí, este principio sustenta sus



bases en referencia al grado de peligro procesal que representa el sindicato, porque si dicho riesgo es eminente se le debe de imponer la medida de coerción más acorde al sindicato. Además, se rige porque toda resolución, fallo u orden que emita el juez debe de dar razón de sus motivaciones que lo llevaron a emitir tal resolución. Asimismo, la razonabilidad constituye los motivos y los argumentos que se tienen para determinar y aplicar la medida.

En cuanto al principio de prueba suficiente, para imponer cualquier medida coercitiva, debe existir una razonable y fundada presunción respecto de la vinculación del imputado con el hecho punible y la necesidad cautelar. En este sentido, el principio aludido opera en concordancia con el de proporcionalidad, es decir, en cuanto más grave sea la medida, mayor será la exigencia de elementos probatorios que acrediten la necesidad de su aplicación.

A su vez, el principio de necesidad es aquel que asegura la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley. La verificación, en cada caso, de la necesidad para disponerlas, es un imperativo que exige considerarlas, solicitarlas e imponerlas después de una cuidadosa comprobación, soslayando por supuesto, un mero trámite formal o burocrático. Esta naturaleza coercitiva está ligada a la presunción de inocencia, cuyo principio es rector en cuanto a determinar los límites de dichas medidas en contra del imputado.

En otras palabras, esta imperatividad subraya el hecho de que las autoridades jurisdiccionales no cambien las formas del proceso. El Artículo 3 del Código Procesal



Penal regula que: “Los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias”.

Otro elemento insoslayable de la naturaleza coercitiva lo constituye el principio de provisionalidad, cuyo carácter instrumental las hace provisorias en tanto están sometidas al proceso, a su progreso y a cualquiera de sus formas de culminación; pueden extinguirse o modificarse por otra, según el avance del proceso. Es decir, una determinada medida de coerción tiene su justificación en tanto subsistan las razones que le dieron lugar.

Y por lo consiguiente, su naturaleza también la constituye el principio de judicialidad, cuyo espíritu emana de la misma Constitución Política de la República de Guatemala. A saber, las medidas coercitivas solo pueden dictarse por orden judicial en el marco del proceso penal y en el modo y forma establecidos por la ley. De allí que, las acciones cautelares deben ser ordenadas por la autoridad judicial, a solicitud del Ministerio Público, o de la parte agraviada.

Entretanto que, los únicos fines de las medidas en mención, según el Código Procesal Penal, Decreto 51-92, son asegurar la presencia del imputado en el proceso ante el inminente peligro de fuga e impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad.

En conclusión, la naturaleza de las medidas de coerción es instrumental, cuyo fin persigue la realización del proceso en un contexto donde reine el imperio de la ley, apegado al estado de derecho.



#### 4.1.5. Clasificación de las medidas de coerción

Atendiendo lo contenido en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92, las medidas de coerción se clasifican en personales y reales. En el primer caso, se busca restringir la libertad o el movimiento del sindicado y en el segundo se le limita la libre disposición sobre bienes muebles o inmuebles para garantizar la consecución de los fines del proceso, es decir, conservan los bienes sobre los cuales se ejecutaría una eventual multa o indemnización.

Ahora bien, las medidas de coerción personal, como ya se dijo, restringen la libertad ambulatoria del sindicado. Los Artículos 254 a 277 del Código Procesal Penal norman las distintas maneras como el Estado puede limitar la libertad durante el proceso. En primer lugar, están la citación y la aprehensión o detención. En el segundo están la prisión preventiva y las medidas sustitutivas.

En el primer grupo aludido, se parte con la citación que, “es el acto por el cual ordena la comparecencia de una persona, sea parte, testigo perito o cualquier otro tercero, para realizar o presenciar una diligencia que afecte a un proceso”.<sup>58</sup> Si la persona citada hace caso omiso a este primer imperativo, lo que procede es la aprehensión del sujeto, en el cual se hace uso de la fuerza pública, porque se declara al procesado en rebeldía, es decir, “la aprehensión sólo (sic) procede por orden judicial y no únicamente para el

---

<sup>58</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; Pág. 163



imputado de momento, sino para aquel que se fugue estando en prisión preventiva o cumpliendo condena, lo que se registra en el Artículo 258<sup>59</sup> del Código citado.

En el segundo grupo aludido tocante a las clases de coerción personal está la prisión preventiva, cuya aplicación nace de la necesidad de afianzar el proceso. O sea que, trata de asegurar la sujeción del imputado al mismo, neutralizando el riesgo de fuga. De allí que, es tarea de los tribunales adoptar criterios interpretativos acordes con los principios contenidos en el Código Procesal Penal, para impedir que dicha acción se utilice como adelanto de la pena, y para resguardar los derechos fundamentales de personas jurídicamente consideradas inocentes. "La coerción procesal afecta, en general, al imputado, pero también puede afectar a terceros. Por otro lado, la coerción procesal puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales. Esas diferencias dan lugar a la clasificación tradicional entre coerción personal y coerción real".<sup>60</sup>

No obstante, los aplicadores de justicia deben observar con diligencia los principios constitucionales a la hora de aplicar la prisión preventiva, puesto que esta acción limita el derecho de libre locomoción contenido en el Artículo 26 de la Carta Magna. Es decir, a la hora de hacer uso de esta medida han de tenerse "en cuenta principios como la excepción y la proporción para no violentar el estado de derecho".<sup>61</sup> A saber, dentro de las medidas de coerción contenidas en el Código en mención, la aquí descrita es la más drástica.

---

<sup>59</sup> Valenzuela, **Ob. Cit**; Pág. 150

<sup>60</sup> Cafferatas Nores, José Ignacio. **Medidas de coerción en el proceso penal**, Pág. 63.

<sup>61</sup> *Ibid.*

Entretanto, las medidas sustitutivas son alternativas a la prisión preventiva contenidas en el artículo 264 del Código Procesal Penal, cuyo espíritu emana principalmente de la libertad inherente a todo ser humano. Es decir, se apelará a aquellas vías menos gravosas para el sindicado, que a saber son:

- 1) El arresto domiciliario.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- 4) La prohibición de salir sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada.

De lo redactado, es importante anotar que para ejecutar cualquiera de las medidas en mención, se levantará imperativamente un acta conforme a lo dispuesto en el Artículo 265 del Código en mención. Además, como ya se ha indicado, estas medidas no podrán concederse según supuestos contenidos en el mismo Artículo citado.

Las medidas de coerción reales, por su parte, recaen sobre bienes muebles o inmuebles, y, al igual que las personales, su fundamento genérico es asegurar el resultado del juicio y evitar la obstaculización de la investigación durante el proceso.



Asimismo, tienen carácter regente, para ellas, los principios de excepcionalidad y el proporcionalidad.

Entretanto, su finalidad es asegurar las responsabilidades pecuniarias y garantizar, por ende, el derecho a la víctima a ser indemnizada. Empero, no se pueden confundir con la medida sustitutiva de prestación de caución, la cual tiene como fin evitar la fuga del imputado, mientras que las descritas como reales o patrimoniales buscan asegurar la reparación o la multa. En otras palabras, las primeras no pueden usarse para reparar el daño ni las segundas podrán ejecutarse sin que haya sentencia.

En definitiva, tales medidas se pueden conceptualizar como toda restricción transitoria al ejercicio de derechos patrimoniales impuesta al imputado por parte del órgano jurisdiccional en el trámite del proceso de un ilícito penal.

#### 4.1.6. Incidencias del sistema procesal y perfil del juez para imponer medidas de coerción

Sin lugar a dudas, la Carta Magna establece un marco legal insoslayable para que el sistema procesal guatemalteco contenga los elementos básicos *sui generis* de un estado de derecho, y por ende, se apliquen a la hora de imponer medidas de coerción. Tales incidencias son entendidas como transparencia, sencillez, igualdad de las partes e imparcialidad del juez. Además, se establece la división de funciones entre el juzgador, defensor y el acusador o Ministerio Público; siendo éste último, el encargado de ejercer la acción penal, dejando al juez únicamente el deber de juzgar o decidir entre



el acusador y el defensor. Dicho sea de paso, en el proceso inquisitorio se tendía a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concentraran en el juzgador, y, de este modo, se socavaba la imparcialidad y la independencia del conflicto sometido a su competencia.

Así que, en el sistema procesal penal, las medidas de coerción o cautelares son concebidas como excepcionales, fundadas e indispensables restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales, que los órganos jurisdiccionales pueden decidir o aceptar provisionalmente con anterioridad a la sentencia, al único efecto de asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley, nunca para sustituir o anticipar el juicio o la decisión definitiva. De allí que, queda consagrada la locución latina *in dubio pro reo*, que expresa “un eventual beneficio procesal que, frente a la incertidumbre judicial, nadie puede ser inculcado, enjuiciado o condenado, ya que el aforismo está sustentado en el estado de inocencia que protege a todo imputado”.<sup>62</sup> Sin ambigüedad, el Artículo 14 del Código Procesal Penal lo resume, indicando que: “la duda favorece al imputado”.

Del mismo modo, el perfil del juez para imponer medidas de coerción se circunscribe a su disposición profesional y a su condición absolutamente moral, que a su vez, ha de responder a un ordenamiento legal de proyección eminentemente social. Por lo tanto, no puede asumir actitudes y diligencias *ex officio* que comprometan su imparcialidad. Es decir, su función de director del proceso no le da libertad para interferir en la

---

<sup>62</sup> Valenzuela, **Ob. Cit**; Pág. 69.



estrategia de alguna de las partes en conflicto, aunque tal acción tenga como fin la reconstrucción veraz de los acontecimientos en discusión.

No está demás anotar que otrora, el modelo institucional totalitario de carácter inquisitivo anulaba el presupuesto de la bilateralidad y la contradicción, dando soluciones anticipadas por el atajo de las medidas cautelares, sin cumplir las condiciones del debido proceso. Felizmente, la jornada procesal actual es democrática y liberal, la cual no permite administrar justicia fuera del proceso, ni que se usen las medidas de coerción con fines punitivos, aunque a menudo en la faena jurisdiccional, estos principios se ven violentados por intereses individuales en abierto desafío al paradigma constitucional de garantías a favor de los ciudadanos.

Se deduce, entonces, que la razón de las medidas de coerción es apuntalar la consecución del debido proceso. Así pues, son una herramienta jurídica al servicio de la averiguación de la verdad y diligencian un medio de obstaculización ante un eventual peligro de fuga del acusado, procurando su presencia hasta la sentencia condenatoria o absolutoria.



## CAPÍTULO V

5. Servicio comunitario como medida de coerción para el delito de posesión para el consumo cuando se dicta auto de falta de mérito, para combatir el narcomenudeo en Guatemala

### 5.1. Servicio comunitario

Es visto como una sanción socioeducativa, aplicado a aquel individuo que ha cometido una infracción leve. Es eminentemente un servicio social, que puede ser llevado a cabo, por orden de un juez, en una institución benéfica, limpieza de calles o parques, entre otros.

#### 5.1.1. De las resoluciones judiciales con relación al servicio comunitario

La legislación vigente guatemalteca no permite emitir resoluciones judiciales aplicando el servicio comunitario como sustitución a la prisión y multa en el delito de posesión para el consumo. Lacónicamente, exceptúa todo lo contenido en la Ley Contra la Narcoactividad.

Por aparte, el servicio social, como tal, es visto desde una óptica desjudicializadora en los Artículos 25 y 25 Bis del Código Procesal Penal. Es decir, en dicha tipificación no se subraya el sentido judicial, sino que procede un criterio desjudicializador cuando el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o



amenazados. Este mecanismo es esgrimido de la idea kantiana de que la pena debe ser la exacta correspondencia al desvalor de la conducta del autor. O sea, "no todos los hechos punibles son objeto de persecución debido al proceso de selección,...".<sup>63</sup>

El anterior es un planteamiento alternativo que se da con el fin de descongestionar la faena fiscalizadora, el cual no le da trato igualitario a todos los casos, los cuales parten del nivel de gravedad que representen, es decir, se eligen aquellos que ameritan una persecución penal y en los de poca gravedad el fiscal se inhibe de ejercitarlos. A saber, "Existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan hechos punibles de la persecución penal, criterios que la ciencia empírica ha verificado y que por cierto no se opone a los fines de la aplicación del poder penal del Estado".<sup>64</sup> No obstante, los delitos tocantes a la narcoactividad no tienen tampoco cabida en esta aplicación.

Ahora bien, el punto de la presente tesis no se centra en querer desjudicializar tal delito, sino que busca que se incluya el servicio comunitario como una medida de coerción substitutiva a la prisión y multa, punto tratado ulteriormente con mayor detalle.

5.1.2. De la efectividad de la medida de coerción de servicio comunitario en el delito de posesión para el consumo

En efecto, la efectividad de la medida coercitiva contenida en un servicio comunitario en el caso del delito de posesión para el consumo, hundiría sus raíces en dos aspectos

---

<sup>63</sup> Maier, Julio. **Derecho procesal penal**, Pág. 161.

<sup>64</sup> **Ibid**, Pág. 162.

genéricos al aplicarlo: no se sobre poblarían las cárceles y el sindicado pagaría su pena resarciendo directamente al agraviado, sanción que se centraría también en la reinserción social del acusado.

Ahora bien, la efectividad primaria del servicio comunitario aplicado a aquel sujeto que incurrió en el delito tipificado como posesión para el consumo, sería que su caso fuera resuelto por una vía alterna menos gravosa a la prisión y multa, es decir, la aplicación de una medida sustitutiva, modalidad usada con frecuencia en los Estados modernos. A saber, este atajo penal encuentra su justificación en el hecho de que en la actualidad, la tenencia de drogas para uso inmediato tiene otras connotaciones de carácter social. La prisión y multa ya no son idóneas, dado el alto costo de la reclusión por cada reo para el Estado, el hacinamiento de los centros carcelarios, y por supuesto, la insolvencia económica reinante en la población guatemalteca.

Por otra parte, el servicio comunitario le daría la oportunidad al sindicado de solucionar el conflicto por medio de la reparación del daño, y de paso, le evitaría verse sometido a los rudimentos que implica la reclusión.

En definitiva, la efectividad de este mecanismo es que busca la solución del conflicto, auxiliándose en disciplinas de naturaleza laboral, aspecto que no menoscaba lo psicológico del sindicado, sino que su fin es el de persuadirlo a que no reincida. Estas medidas, aunque tienen ciertas dosis de pietismo, son de beneficio para la sociedad, porque le permiten al transgresor enmendar su error. Así que, el servicio comunitario aplicado al delito de posesión para el consumo equivaldría a reintegrar al transgresor a



la sociedad en lugar de aislarlo más en el oscuro rincón de la indiferencia social. No obstante, se debe tener presente que tales acciones coercitivas son atípicas en el contexto legal y rompen el paradigma tradicional del sistema de justicia guatemalteco.

### 5.1.3. De la inversión del Estado al implementar el servicio comunitario con relación al delito de posesión para el consumo

Los recursos que el Estado invertiría al aplicar tal servicio en el delito de posesión para el consumo, serían los mismos que invierte en ilícitos de diferente naturaleza. Es decir, la maquinaria estatal prepara todas las condiciones necesarias, tales como la tipificación del delito en lo legislativo, proporciona bienes muebles e inmuebles, insumos y personal calificado, para que se procese todo aquello que amerita una persecución dentro de los linderos de la juricidad, siendo los jueces y sus auxiliares, el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil; quienes le dan trámite a toda aquella acción que se considere lesiva para terceros. A saber, todo lo anotado tiene un costo, ya sea en la adquisición de un bien material o el pago efectuado por servicios prestados.

Además de toda esta inversión descrita, está aquella tocante a los gastos netos que conlleva la permanencia de los reos en los centros carcelarios que, de acuerdo con informes rendidos hasta el 30 de septiembre de 2010 por el Sistema Penitenciario guatemalteco, “cada reo le cuesta al Estado un promedio de Q 43.35 diarios...”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Valdez, Sandra. “Cada reo le cuesta al Estado de Guatemala Q43.35 diarios” 29 de diciembre de 2010, *PrensaLibre* [http://www.prensalibre.com.gt/noticias/reo-cuestaQ4335diarios\\_0\\_398960140.html](http://www.prensalibre.com.gt/noticias/reo-cuestaQ4335diarios_0_398960140.html) (15 de abril de 2011).



Empero, tal inversión de recursos se vería sustancialmente reducida con la aplicación del servicio comunitario con relación al delito aludido, en dos vías: no aumentaría la población carcelaria y el infractor repararía el daño ocasionado. En ambos casos, tal acción coercitiva es plausible porque se estaría implementando una medida idónea en la actualidad y el agraviado, en este caso el pueblo de Guatemala, se vería compensado por el trabajo prestado por el ofensor.

De lo anotado se deduce que, con la aplicación del servicio social como una medida de coerción, los recursos invertidos por el Estado se verían afectados positivamente, porque se ahorrarían los costos de la reclusión y el ofensor pagaría al ofendido sus deudas de manera productiva.

#### 5.1.4. Análisis comparativo de la medida de coerción de servicio comunitario en el delito de posesión para el consumo de otros países con relación a Guatemala

Es de suma importancia determinar que el origen del paradigma jurídico a escala mundial, tocante a la penalización de estupefacientes, lo configuró el liderazgo de Estados Unidos en conjunto con las Naciones Unidas en su lucha contra las drogas. Ahora bien, el margen de maniobra de la normativa internacional permite configurar la posesión para el consumo, tomando en cuenta también los contextos nacionales de los países firmantes. De allí que en Europa, países como España, Portugal, Italia, entre otros no consideran la tenencia en mención como un delito punible. Entretanto, países como Suecia y Francia, solo para citar algunos, los tribunales imponen multas administrativas o bien se les obliga a someterse a un tratamiento; es decir, las políticas



represivas están cayendo en desuso y se está optando por medidas que sustituyen la prisión o se apuesta por la despenalización del delito.

Entretanto, en el contexto latinoamericano se ha considerado la posesión para el consumo personal un delito punible, soslayando que la drogadicción es una enfermedad de carácter social más que un problema estrictamente policial. Empero, esta tendencia punitiva y rígida venida del país del norte ha empezado a tener cambios en América Latina.

A saber, se está llegando a conclusiones que apuntan a despenalizar tal delito por considerar que se está obteniendo una victoria pírrica nada más, pues las cárceles están atiborradas de consumidores, pero no de narcotraficantes, cuya reclusión le cuesta caro al Estado, como ya se anotó.

México, por su parte, fue el primer país latinoamericano que descriminalizó la posesión para el consumo el 9 de agosto del 2009, eliminando todas las sanciones por cantidades para uso personal: 5 gramos de marihuana, 500 miligramos de cocaína, 40 miligramos de metanfetamina, entre otras. Es decir, ya no serán sujeto de detención policial ni de persecución penal las personas que porten estas dosis, solo se les conminará a que sometan a un programa de rehabilitación y solo si se les sorprende por tercera vez el tratamiento será obligatorio. A saber, el país ha diferenciado entre un consumidor, un adicto y un narcotraficante, interpretando que los primeros dos no cometen delito. En este mismo sentido, también la Corte Suprema argentina declaró



inconstitucional el delito de tenencia para el uso inmediato por considerar que viola el ámbito privado y la libertad personal.<sup>66</sup>

Ahora bien, en Venezuela las sentencias de prisión son reemplazadas por servicio comunitario, cuando la cantidad de droga en posesión no exceda la cantidad de 2 gramos de cocaína o 20 gramos de mariguana, por ejemplo. Chile, por su parte, despenalizó parcialmente el delito de posesión con multas, tratamiento forzado, servicio comunitario o la suspensión de la licencia de conducir. Y, Brasil ha determinado cambiar las penas por medidas educativas y servicio comunitario.

No obstante lo conspicuo de las reformas de los países citados, en Guatemala la normativa contenida en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad sigue contemplando la posesión para el consumo como un delito punible, cuya sanción es de cuatro meses a dos años en prisión y una multa que va de Q 200.00 a Q 10,000.00. Y, lo alarmante no es solo lo obsoleto de la norma en mención, sino que en el horizonte legislativo ni siquiera se vislumbran propuestas con miras a descriminalizar tal delito o a crear atajos penales. Parece ser que el Congreso no se ve motivado a discutir si hay necesidad de regular la tenencia de drogas para uso personal a pesar de que está provocando daños colaterales muy serios.

Visto así el panorama, la tendencia pareciera indicar que Latinoamérica está flexibilizando tales sanciones, sin radicalizar la legalidad o ilegalidad, sino proponiendo un punto intermedio entre prohibición y legalización. Así que, dado lo galopante del

---

<sup>66</sup> Hurtado, **Ob. Cit.**



problema aquí esbozado, el Congreso de la República de Guatemala deberá considerar, a manera de referencia, aquellas legislaciones que han flexibilizado sus políticas en cuanto a la posesión para el consumo y que utilizan medidas *ad hoc* para enfrentar un fenómeno social *sui generis* del ansia de escape que ha acompañado al hombre desde tiempos ignotos.

5.1.5. De la necesidad de reformar los Artículos 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto número 48-92 y el 264 del Código Procesal Penal del Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

Como ya se mencionó, en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad se sanciona con prisión y multa a todo aquel individuo que posea cualquier porción de droga ilegal para el consumo, sin indicar qué dosis pueden ser consideradas prohibidas, solo se menciona ambiguamente que no se debe exceder la cantidad razonable para el consumo inmediato. Se entiende que en su momento (1992), lo configurado en esta ordenanza cumplía sus propósitos, pero en la actualidad está obsoleta para ser aplicada en un contexto donde no solo se trafica sino que también se consume. En esencia, el problema radica en que tal figura es incierta al no trazar límites claros entre narcotraficante y consumidor.

Aparte, el Artículo 264 del Código Procesal Penal exceptúa indiscriminadamente todo lo contenido en la Ley Contra la Narcoactividad, soslayando que la substitución es pertinente para poder ser aplicada al sindicado del delito de posesión para el consumo. Específicamente, las medidas sustitutivas no contemplan el servicio comunitario como



una acción coercitiva para poder ser aplicado a las personas portadoras de drogas para su uso personal.

Por lo anteriormente expuesto se deduce que, los Artículos mencionados taxativamente soslayan programas de rehabilitación, de educación y concretamente no permiten que se aplique el servicio comunitario como medida de coerción en el delito aludido. No obstante, dicha modalidad es usada por otros países con márgenes superiores de éxito a los obtenidos por la reclusión y multa. A saber, dicho atajo penal sería eficaz en dos sentidos principalmente: no se sobre poblarían las cárceles, evitando así el hacinamiento y el deudor pagaría su daño tangiblemente al agraviado, en este caso al pueblo de Guatemala.

Por lo tanto, en la presente tesis se propone que se reforme el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad en materia de describir con exactitud en qué consiste el delito de posesión para el consumo, indicando las cantidades máximas exactas de drogas ilegales, cuyas dosis puedan determinar con justa medida la diferencia entre un consumidor y un narcotraficante. Además, se plantea que se sustituya la pena y la multa, permitiendo, que por medio de la ley procesal, se pueda aplicar una medida sustitutiva al transgresor, punto tratado aparte en el párrafo siguiente.

Es necesario, así mismo, que se encuadre en el campo legislativo la ley especial de narcoactividad y la procesal. Específicamente, se propone que en el Artículo 264 del Código Procesal Penal no se exceptúe el delito de posesión para el consumo, sino que se deje margen de maniobra para que el juez pueda sancionar al imputado con una



medida de coerción, cuando el caso así lo amerite. Sucintamente, se plantea que se incluya el servicio comunitario como una medida sustitutiva en el apartado que corresponde en el cuerpo legal aludido. Ahora bien, estas dos reformas tienen que darse simultáneamente, porque la reconfiguración de una, definitivamente, afectaría a la otra, ya que la primera modificación sustituiría la prisión y multa por el servicio social en mención, es decir, subordinaría la sanción a lo ordenado por la ley adjetiva.

De allí que, tomando en cuenta que todo delito debe ser entendido no en una definición filosófica estática sino mejor en una dinámica y contextual, este planteamiento de carácter reformativo y con competencia legislativa, se apega insoslayablemente a los principios anotados en el primer capítulo los cuales subrayan que tal figura delictiva sea prevista sin ambigüedad en ley, que no se resuelva por analogía, se deben juzgar las acciones y no a las personas, la pena debe ser proporcional a la culpa, entre otros. Los Artículos citados se deben configurar en un diálogo inteligente que tome como base las necesidades latentes de la población con el anhelo de fortalecer el estado de derecho en una sociedad donde lo permanente sigue siendo el cambio.

En conclusión, esta propuesta se hace con el fin de que el juez se pueda amparar, en fundamentos claros a la hora de aplicar justicia, y que el sindicado sea tratado en una dimensión menos gravosa, la cual potencialice su grado de productividad laboral. Además, la reforma sugerida busca que no se estigmatice a los consumidores, sino persuadirlos a que se reintegren a la sociedad productivamente, sin que lleven sobre sus hombros todo el peso de la ignominia que causa el hecho de consumir drogas ilegales en un contexto conservador como lo es el guatemalteco.



## 5.2. Falta de mérito

Es una figura jurídica procesal originada, principalmente, por la falta de pruebas contundentes y que consta básicamente de dos posibles acciones: liberar al sindicado, y si fuera absolutamente imprescindible, condicionarlo por medio de una medida de coerción.

### 5.2.1. Definición

Atendiendo la definición más genérica, falta de mérito se produce cuando no se reunieron pruebas suficientes para sindicarlo al acusado, siendo en una acepción más técnica, una figura procesal que promueve la libertad del sindicado cuando no concurren los elementos necesarios de culpabilidad en el delito que se le imputa.

Asimismo, es una facultad que posee el juez, cuyo ejercicio lo puede dar de oficio o a solicitud de parte. Ahora bien, en este ejercicio jurídico, el juzgador puede otorgar la libertad a la persona sindicada por no existir motivos racionales para creer en su participación o, ante la duda sobre la investigación, se puede aplicar una medida de coerción que sustituya la prisión preventiva con el fin de esclarecer el caso, evitando a la vez, el peligro de fuga.<sup>67</sup> Empero, esta figura es improcedente para poder ser aplicada en el punto esbozado en la presente tesis, dado que todos los sindicados de dicho delito son sorprendidos con flagrancia por la policía.

---

<sup>67</sup> Mutzus Villanueva, Julio César. **Las consecuencias jurídicas de la falta de mérito en el ordenamiento jurídico guatemalteco.** Págs. 43 y 44.



### 5.2.2. Regulación legal

Esta normativa encuentra su sustento legal en el Artículo 272 del Código Procesal Penal, el cual reza: “Si no concurren los presupuestos para dictar auto de prisión preventiva, el tribunal declarará la falta de mérito y no aplicará ninguna medida de coerción, salvo que fuera absolutamente imprescindible para evitar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, caso en el cual sólo (sic) podrá ordenar alguna de las medidas previstas de sustitución de prisión preventiva”.

### 5.2.3. Aplicación en caso concreto del delito de posesión para el consumo

Partiendo de la misma naturaleza de la acción antijurídica, la falta de mérito es difícil de poder ser aplicada en su expresión más simple al delito de posesión para el consumo, o sea que no se puede liberar al sindicado por falta de pruebas suficientes, dado que la mayoría de personas acusadas de la violación en mención son sorprendidas *in fraganti* por la policía. Es decir, concurren todos los presupuestos para dictar prisión preventiva ya que en las medidas sustitutivas se exceptúan a todo lo contenido en la Ley Contra la Narcoactividad. El juez, entonces, se ve necesariamente obligado a procesar al sindicado. Y, en este punto es donde la medida sustitutiva tendría una pertinencia *ad hoc*, porque se evocaría la salvedad de la norma en su enunciado exacto.

Ahora bien, si los Artículos 39 de la Ley Contra la Narcoactividad y el 264 del Código Procesal Penal se reforman como se ha propuesto, el juez tendría a su disposición un andamiaje jurídico que le permitiría aplicar la sanción en una dimensión clara y menos

gravosa para el sindicato, con reales incidencias en la economía del Estado, y además, el transgresor pagaría su ofensa en una justa medida.

#### 5.2.4. Aplicación de medida de coerción al dictarla

En este orden de ideas, el sindicato sí sería hallado culpable de tal delito, con la diferencia que no se confinaría a prisión preventiva sino que el juez podría dictar la medida coercitiva de servicio comunitario, herramienta *ad hoc* tanto para el agresor como para el agraviado, porque integra aspectos sociales y jurídicos.

Ahora bien, dicho servicio social sería prestado según criterio del juzgador, ubicando al transgresor para el cumplimiento de dicha medida, a disposición de entidades como la municipalidad del lugar donde se infringió la ley.

### 5.3. El narcomenudeo

El narcomenudeo es el comercio de drogas ilegales a pequeña escala, cuyo fenómeno amalgama una variedad de actividades delictivas, que en esencia es el eslabón final del narcotráfico.

#### 5.3.1. El narcomenudeo como fuente

En una definición mercadológica, bien se puede decir que es una actividad en la cual el vendedor ofrece una mercancía y es interpelado por un comprador que la consume con



la variante que dicha transacción está tipificada como delito. Ahora bien, las condiciones para que se dé el narcomenudeo consiste en el hecho de que los narcotraficantes no pagan los servicios en efectivo a sus socios en Guatemala, sino que lo hacen con droga. A su vez, el receptor quien ha sido compensado en especie, que dicho sea de paso es de alta pureza, diluye la droga mezclándola con bicarbonato o laxante, multiplicando la misma cantidad hasta cuatro veces. Esta mercancía ya procesada es empacada en dosis individuales y vendida al menudeo de lo cual se obtienen grandes ganancias.

Los vendedores son jóvenes, incluso menores de edad, a quienes primero se les envicia y luego se les ofrece vender droga para que puedan pagarse su propia adicción. Es importante señalar que estos pequeños narcotraficantes y adictos a la vez son triplemente estigmatizados. Por un lado, provienen de la marginalidad y por el otro se les etiqueta como drogadictos y delincuentes, condición que los convierte en proscritos sociales, lugar reservado históricamente para locos, brujas y herejes.

### 5.3.2. El narcomenudeo en Guatemala

Es verdad que, el telón de fondo de este comercio ilegal es, sin lugar a dudas, la marginalidad, desventaja social en la que vive un creciente número de guatemaltecos. Pero, todo el fenómeno que gira alrededor de las drogas es una consecuencia que tiene su origen en contextos ajenos; es decir, la posición geográfica de este país lo convirtió, a primera instancia, en el corredor natural de sustancias prohibidas, cuyo destino era el gran mercado estadounidense. Los consumidores no eran nacionales. Es por eso que



se aplicaron políticas antidrogas establecidas en otras latitudes con el fin de frenar el narcotráfico. No obstante en la actualidad, Guatemala es un país consumidor y un lugar estratégico importante para el trasiego de estupefacientes, usado por narcotraficantes colombianos y mexicanos principalmente.

Ahora bien, el narcomenudeo en Guatemala es una dinámica mercadológica que se usa con el fin de llevar dicho producto ilegal al consumidor final. De allí que, dicho micro negocio cuenta con centros de distribución, lugares que se conocen en el argot callejero como *puntos*, los cuales se ubican a menudo en domicilios particulares, discotecas, donde se venden golosinas (chicleros) y últimamente hasta las personas que venden tarjetas telefónicas prepago, solo para mencionar los más representativos. El narcomenudeo, es pues, el eje principal de distribución de drogas ilegales. Otrora, El Gallito en la zona 3 capitalina era el lugar idóneo para comprar dichas sustancias, pero en la actualidad la misma demanda ha hecho que tal actividad se expanda, principalmente por todas las áreas urbanas del país.

### 5.3.3. Formas ecuanímes de erradicar el narcomenudeo en Guatemala

La ambigüedad de lo contenido en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad y la inflexibilidad de lo relacionado con la substitución redactado en la normativa 264 del Código Procesal Penal han arrojado resultados pírricos en la lucha por erradicar la droga del seno de la sociedad guatemalteca, acción que ha atiborrado las cárceles con un elevado número de consumidores más que de traficantes callejeros. A saber, esto ha beneficiado a las personas que venden droga al menudeo, porque lo legislado no



diferencia idóneamente al consumidor del narcotraficante, sino que ha satanizado indiscriminadamente todo lo relacionado con los estupefacientes y se está encarcelando al sujeto equivocado. Además, se soslaya expresamente una medida substitutiva a la prisión y multa en el delito de posesión para el consumo.

En otros países se está viendo este flagelo con otros ojos. En algunos ya se despenalizó la portación para el consumo, en otros se sanciona con medidas que no incluyen la prisión preventiva. Por su parte, la mayoría de académicos y algunos políticos están a favor de que se legalicen las drogas, aduciendo que es el aspecto ilegal lo que favorece al narcotráfico y sus muchos efectos dañinos adyacentes. Además, proponen que este problema no es policial, sino social. Es decir, ven al consumidor como una víctima de la adicción y no como un delincuente al que haya que encarcelar.

Ahora bien, a la luz de todo lo expuesto en la presente tesis, se deduce que la forma más ecuánime para erradicar el narcomenudeo es no polarizar el asunto del consumo, ya sea con leyes rígidas o con una despenalización absoluta, la cual eventualmente abriría una ventana a lo desconocido. Lo más sensato, sería empezar a ver este flagelo de una manera más contextual que integre aspectos sociales, psicológicos, culturales y económicos. O sea, entenderlo penalmente en una definición menos gravosa para el consumidor y más provechosa para el agraviado. Por aparte, no se debe soslayar la realidad de que toda vez persista la demanda, habrá quien venda la droga ilegal por doquier; es decir, todos los consumidores son la razón de ser del narcotráfico nacional e internacional.



En síntesis, se deduce que lo estricto de las leyes no constituye una panacea legal, sino que en este sentido, la maquinaria legislativa tiene que enfrentar los males sociales, en este caso el de posesión para el consumo, tomando en cuenta todas las aristas posibles. El narcomenudeo, entonces, tiene que combatirse empezando con coacer al portador de sustancias ilegales con medidas que le permitan reintegrarse a la sociedad de manera útil y que a la vez lo persuadan de la nocividad de las drogas.

#### 5.4. Trabajo de campo

Para la realización de este trabajo se usaron fuentes que tienen relación con el narcomenudeo, el consumo y el ejercicio judicial. El primer foco de información proviene de tres consumidores de las distintas clases de drogas ilegales. El segundo lo conforman cinco jueces quienes ejercen en el campo penal; asimismo, se recurrió a estadísticas del tema, rendidas por el Organismo Judicial. Se acota que, la autora de la presente tesis no tiene como fin presentar historias de vida de los informantes, sino solo los momentos y circunstancias vinculadas a la posesión para el consumo y al narcomenudeo.

##### 5.4.1. Resultados de entrevistas

###### 5.4.1.1. Los consumidores

A los tres entrevistados se les hicieron siete preguntas relacionadas con la frecuencia y las motivaciones del consumo, las veces que han sido arrestados y con qué cantidad



han sido sorprendidos. Además, se les preguntó si la prisión y multa los persuadía a dejar de consumir, o si eventualmente, el servicio comunitario les favorecería. Y por último, se abordó el tema acerca del grado de dificultad que representa el hecho de conseguir las respectivas drogas ilegales.

Con relación a la frecuencia, las respuestas se redujeron al aspecto de que consumen cuando tienen problemas personales, cuya salida inmediata la encuentran en dicha práctica. Asimismo, lo que los motiva a entrar en ese submundo, existe unanimidad al declarar que se drogan a causa de su soledad.

Entretanto, los tres entrevistados han estado en prisión una, dos y cuatro veces sin experimentar ninguno de ellos la falta de mérito. Indicaron que cuando los sorprendieron con la droga, la cantidad que llevaban era la de una dosis inmediata. O sea que, Luis llevaba cuatro gramos de marihuana; Pablo cuatrocientos miligramos de cocaína y Jorge portaba una dosis de *crack* lo que en la jerga callejera se conoce como *una sellada*. Todas las cantidades son aproximadas, según lo relatado por las personas entrevistadas.

Cuando se les preguntó acerca de que si la prisión y multa los persuadía a que dejaran de consumir, las respuestas fueron: "No, no mucho y es inútil". Empero, al cuestionarles acerca del servicio comunitario como una medida substitutiva a la prisión, respondieron: no sé, creo que sí y me sentiría mejor. Ratificando, en ambas respuestas que lo drástico de las leyes no constituye una panacea legal, es decir, los resultados de la prisión y multa son sencillamente estériles.



Y por último, se indagó acerca del grado de dificultad que tienen para comprar las drogas ilegales. Dos de los entrevistados contestaron que lo más difícil era conseguir el dinero y el otro dijo que el problema tenía que ver con que dichos puntos estaban ubicados en áreas peligrosas y que la actividad generalmente conllevaba la posibilidad de ser sorprendidos y aprehendidos por la policía.

Este trabajo de campo (las preguntas están en el anexo B), realizado con la colaboración de tres consumidores activos, corrobora dos cosas: la prisión y multa no es la pena que corresponde al delito de posesión para el consumo, y dado que los narcotraficantes pagan los servicios en especie, la droga es una sustancia que se puede obtener en Guatemala con relativa facilidad. Sintetizando lo recabado en la presente investigación, la modificación de los Artículos en mención es de carácter urgente, por un lado porque le facilitarían el trabajo al juez y las cárceles no se verían sobrepobladas con reos de los cuales se considera que son más víctimas que victimarios, y por el otro, el atajo penal mencionado serviría como acicate para que los consumidores reconsideren su problema en un horizonte jurídico que les ofrece otra alternativa que no consiste en la restricción absoluta de su libertad.

#### 5.4.1.2. Los jueces

Las preguntas realizadas a los jueces consultados (anotadas con mayor detalle en el anexo A) fueron basadas en cinco aspectos: cantidad de casos conocidos en relación con otros delitos, cómo diferencian a un consumidor de un narcotraficante, con qué frecuencia dictan falta de mérito, si le facilitarían su trabajo si se reformara el Artículo 39



de La Ley Contra la Narcoactividad y si sería idóneo el servicio comunitario como medida de coerción en lugar de la prisión y multa.

Según lo recabado, de diez casos que los jueces conocen, de dos a cuatro son de posesión para el consumo. En cuanto a diferenciar a un narcotraficante de un consumidor, indicaron que dado que en el delito no se describen cantidades, se basan en interpretaciones puramente personales dentro de los mismos linderos legales, sólo que son criterios que rondan lo inexacto. Con relación a la falta de mérito, relataron que se dicta con muy poca frecuencia, dado que tal acción no se presta para que sea aplicada dicha figura procesal, porque en la mayoría de los casos las pruebas son contundentes y los sindicados son sorprendidos *in fraganti* por parte de la Policía Nacional Civil.

Por lo consiguiente, consintieron en que es imperioso que se reforme tanto el Artículo 39 de la ley especial como el 264 del Código Procesal Penal, dado que el primero desvanecería la incertidumbre legal y el segundo sancionaría al agresor con una medida de coerción menos drástica a la prisión y multa. Acotaron también que, el servicio comunitario tendría que ser abordado tomando en cuenta la reincidencia, es decir, las primeras dos veces sería una conminación y ya una tercera el sujeto sería sentenciado a prisión, dado la poca progresión.

En síntesis, en opinión de los jueces entrevistados, lo aquí propuesto es pertinente dado lo obsoleto y rígido de las leyes citadas. Además, se deduce que lo legislado en 1,992 solo logró vislumbrar la punta del *iceberg*, dado que en la actualidad el problema



de las drogas tiene muchos tentáculos y que se le tiene que hacer frente tomando en cuenta todas las aristas posibles.

#### 5.4.1.3. Estadísticas del Organismo Judicial

Según informes rendidos en el año 2,008 por el Centro Nacional y Documentación Judicial (CENADOJ) en estadísticas realizadas del año 2,003 al 2,006 se reporta que los casos relacionados al delito de posesión para el consumo ascienden a la cantidad de 20,466 y los de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito a 3,640. Estos datos se tomaron de lo que comprende solo el área metropolitana, cuyo resultado confirma que se está encarcelando en mayor proporción al consumidor y no al narcotraficante.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> "Boletín estadístico, ramo penal 2003-2006" 2008, *Centro Nacional y Documentación Judicial (CENADOJ)* <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/boletines/Penal%202003-2006.pdf> (27 de junio de 2011)



## CONCLUSIONES

1. Guatemala ya no es únicamente un punto geoestratégico para el tráfico de drogas ilegales, sino que también en la actualidad es un país consumidor de dichas sustancias, foco delincuenciales que está sobre poblando los centros carcelarios, provocando el hacinamiento, y por ende, que colapse la rehabilitación de los reos, propósito *sui generis* de la reclusión.
2. El Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad está configurado de manera imprecisa, al no mencionar cantidades, sino que solo establece que cualquier cantidad de droga incautada convierte al individuo en infractor. Con esta configuración jurídica al juez no le queda otra opción, sino la de enviar a prisión a toda aquella persona que sea sorprendida con alguna droga ilegal, así sea mínima la cantidad.
3. El Artículo 264 del Código Procesal Penal excluye expresamente cualquier medida sustitutiva para el sindicado de posesión de drogas para el consumo. Esta proscripción es arbitraria, ya que el juez no cuenta con herramientas procesales idóneas, esto lo obliga a enviar a prisión al acusado de tal delito. No tiene otra alternativa.
4. En el horizonte jurídico internacional, la posesión de drogas para el consumo se está empezado a ver como un problema social más que policial, y en este sentido, se está conminando a los transgresores solo con sanciones administrativas, modalidad que está dando como resultado una mejor rehabilitación social y los centros de reclusión están con menor población carcelaria.



5. Los consumidores de drogas ilegales son estigmatizados por las leyes vigentes y por las autoridades, condición que ha provocado que se les persiga y juzgue *a priori*, considerándoseles como delincuentes *per se*. Este aspecto le viola al sindicado su garantía constitucional de presunción de inocencia, y por ende, el debido proceso al considerarlo culpable, antes de haber sido citado, oído y vencido en juicio.





## RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República de Guatemala, a la hora de legislar en materia del consumo de estupefacientes, tome en cuenta que Guatemala ya no es solo un lugar geoestratégico para trasegar drogas, sino que también es consumidor. Y por lo tanto, enfocar la rehabilitación en una dirección distinta a la reclusión para disminuir el caudal de reos hacia los centros carcelarios.
2. Que en la actualidad el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad e indique con precisión en qué consiste el delito de posesión de drogas para el consumo, determinando las cantidades máximas de drogas ilegales con exactitud; dicha descripción taxativa le daría al juez certeza jurídica a la hora de juzgar a personas que portan estupefacientes
3. Que, asimismo, el Congreso de la República de Guatemala incluya en el Artículo 264 del Código Procesal Penal el servicio comunitario como medida de coerción para ser aplicada al individuo que posea solo una dosis para el consumo inmediato. Este atajo penal le daría al juez margen de maniobra a la hora de fallar y al transgresor se le sancionaría idóneamente.
4. Que el Congreso de la República de Guatemala analice los resultados obtenidos por la experiencia internacional en materia coercitiva y que legisle tomando como referencia estos aciertos, y asimismo, los contextualice en los cuerpos legales correspondientes.



El énfasis de esta comparación radica en que no se parta de cero a la hora de reformar el delito de posesión para el consumo.

5. Que los jueces juzguen a los poseedores de droga para el consumo según las pruebas recabadas por el Ministerio Público y no según la estigmatización que existe alrededor de ellos, en virtud que el derecho moderno es objetivo, en el cual se juzgan las acciones y no a las personas.



ANEXOS





## ANEXO A

### PREGUNTAS REALIZADAS A JUECES

Esta entrevista fue realizada a cinco jueces que ejercen en el ramo penal en distintos juzgados del área metropolitana guatemalteca. Estas preguntas están orientadas a indagar sobre la pertinencia de un atajo penal a la prisión y multa en el delito de posesión para el consumo, así como recabar información acerca de la frecuencia de dichos casos en comparación con el ilícito de tenencia para el comercio y tráfico de drogas. Entonces, esta investigación se llevó a cabo con el fin de proponer una reforma a los Artículos en cuestión, cuyo resultado ha sido planteado con antelación en la presente tesis, lo cual pueda impeler al legislativo a crear un escenario jurídico más apropiado, tanto para juzgador y ente acusador como para los sindicados del delito en mención.

1. De diez casos que se ventilan en el tribunal que dirige, ¿cuántos conoce como delito de posesión para el consumo?
2. ¿Cómo diferencia el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito del de posesión para el consumo contenidos en los Artículos 38 y 39 respectivamente de la Ley Contra la Narcoactividad?
3. ¿Con qué frecuencia cree usted que se dicta auto de falta de mérito en el delito de posesión para el consumo?



4. ¿Le facilitaría su labor de juzgador si se reformara el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, indicando las cantidades exactas de droga para el consumo inmediato?

5. ¿Considera pertinente que se incluya el servicio comunitario como medida de coerción, substituyendo la prisión y multa en el delito en mención?



## ANEXO B

### PREGUNTAS REALIZADAS A CONSUMIDORES DE LAS DISTINTAS DROGAS ILEGALES.

Esta investigación se realizó con un grupo de tres jóvenes, quienes en una micro escala, representan al grueso de personas que consumen las distintas drogas ilegales de mayor uso en el contexto nacional: Luis consume marihuana, Pablo cocaína y Jorge *crack*. Los dos primeros son de la clase trabajadora, cuyo estatus social ronda la clase media baja. Se consideran asimismos como consumidores casuales en una etapa donde todavía disfrutaban lo que hacen. Entretanto, Jorge pertenece a la clase pobre. Está desempleado y la familia lo abandonó a causa de su reincidencia en el consumo de *crack*. Relata que su nivel de adicción es crítico. Los tres son residentes de la ciudad de Guatemala y han estado en prisión por el delito de posesión para el consumo.

Las preguntas realizadas están orientadas a obtener información acerca de la idoneidad de la prisión y multa, comparada al servicio comunitario en aquellas personas que fueron encarceladas por el delito de posesión para el consumo. También se focaliza el aspecto que los lleva a drogarse, y por supuesto, se indagó acerca del grado de dificultad que conlleva adquirir drogas ilegales en Guatemala

1. ¿Con qué frecuencia consumes drogas ilegales?
2. ¿Qué te motiva a drogarte?



3. ¿Te han aprehendido por poseer alguna droga ilegal para el consumo inmediato?
4. ¿Con qué cantidad te han sorprendido?
5. ¿Crees que la prisión y multa son eficaces y persuasivas para que abandones el consumo?
6. ¿Crees que sería más eficaz y persuasivo el servicio comunitario para que dejes de consumir; crees que tendrías un mayor margen de rehabilitación con esta medida que substituye la prisión?
7. ¿Qué grado de dificultad tienes para comprar drogas?



# elPeriodico

GUATEMALA

## Portada

---

### *¿Y si tenerla no fuera delito?*

**Paola Hurtado**

---

Llevar en la bolsa de la chaqueta 1, 2 y hasta 3 puros de marihuana dejó de ser un delito en México desde el 20 de agosto pasado. Los seguidores del cannabis pueden fumar tranquilos. La modificación a algunas disposiciones legales mexicanas descriminalizó la portación de marihuana para el consumo, hasta un máximo de 5 gramos por persona, y de otras drogas como la cocaína (500 miligramos), la heroína (50 miligramos), el LSD (0.015 miligramos), el opio (2 gramos) y la metanfetamina (40 miligramos).

La persona que porte estas dosis ya no será sujeto de detención policial ni de proceso penal, sólo se le conminará a que se someta a un programa de rehabilitación. Si se le sorprende por tercera vez el tratamiento será obligatorio, aunque las normativas no establecen si habrá sanción para los que incumplan.

México es el primer país latinoamericano que descriminaliza la portación de



estupefacientes para consumo personal. No significa una despenalización de la droga, ni siquiera en cantidades pequeñas, han insistido con énfasis sus autoridades gubernamentales; la lucha mexicana contra el narcotráfico continúa. Se trata de que el país ha diferenciado entre un consumidor, un adicto y un narcotraficante, y estableció que los dos primeros no cometen delito.

En el último mes, Argentina sentó un precedente importante para el consumo de drogas. La Corte Suprema declaró inconstitucional la norma que sanciona con prisión la tenencia para el consumo personal por considerar que implica una “intromisión en el ámbito privado y la libertad personal” cuando no genera peligro o daño para terceros.

El esperado fallo, que se demoró un año de vaivenes y presiones, derivó de una investigación sobre narcotráfico en la ciudad de Rosario. Los jueces habían confirmado una condena de prisión para dos distribuidores de droga, pero debían decidir el destino de cinco muchachos condenados a un mes de cárcel en suspenso porque se les sorprendió en la calle con algunos cigarrillos de marihuana en los bolsillos.

Los magistrados argentinos resolvieron finalmente que los jóvenes no cometieron ningún delito, que cada quien es libre de decidir “si quiere tener o consumir drogas” (marihuana o las que desee) y que la persecución penal no debe apuntar al consumidor de estupefacientes, que es un enfermo, sino a los distribuidores.

Planteado así el panorama, la sentencia Argentina ha preparado el terreno para una posible reforma legislativa al igual que en México, donde una propuesta planteada por



el presidente Felipe Calderón a principios de 2009 generó la reforma de la Ley General de Salud y de los códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales.

### **La situación en Guatemala**

En Guatemala, la posesión de drogas para el consumo personal es un delito contenido en la Ley contra la Narcoactividad (aprobada en 1992) y está sancionado con prisión de 4 meses a 2 años y multa de Q200 a Q10 mil, sin derecho a medida sustitutiva.

Todo aquel que sea sorprendido portando una droga ilegal, por ínfimas que sean las cantidades, debe enfrentar un proceso penal y cárcel. El vacío que alberga esta ley es qué cantidad puede ser considerada para consumo propio o para tráfico y comercialización (que supone penas mucho más severas). Y así la situación, son los fiscales del Ministerio Público quienes deben definirlo y los jueces, también bajo su criterio, lo aceptan o modifican.

Las cárceles guatemaltecas están llenas de usuarios de drogas, pero no de traficantes. De las casi 17 mil causas ingresadas en el Organismo Judicial de 2005 al segundo trimestre de 2009, el 77 por ciento (12 mil 840) se debieron al delito de posesión de drogas para el consumo y tan sólo el 13 por ciento (2 mil 103), al tráfico, comercio y almacenamiento ilícito.

Una de las razones por la que los mexicanos despenalizaron la tenencia de drogas fue porque, aunque la Policía no podía consignar a los portadores, quedaba a criterio de las autoridades si se les podía acusar o no, lo cual se prestaba a extorsiones y corrupción.



En Guatemala la situación no es diferente. La ambigüedad legal se presta para el abuso de jueces y fiscales y los casos de implantación de droga ilegal por parte de la Policía Nacional Civil (PNC) son tan frecuentes que muchos jueces desestiman el delito porque no creen en los reportes policiales, cuenta un juez de paz penal del departamento de Guatemala, que pidió no ser citado con su nombre en este artículo.

En lo que va del año, la PNC ha registrado la detención de 472 personas por tenencia de estupefacientes, de las cuales el 96 por ciento era hombres. Es imposible precisar cuántas personas que llevaban drogas en el bolso o el automóvil se libraron de una detención policial tras llegar a un “acuerdo amistoso” con el agente.

Ni las decisiones tomadas en los países latinoamericanos (precedidas por algunos europeos) ni las ambigüedades bajo las cuales se juzga a los usuarios de drogas han motivado que en Guatemala se discuta si hay necesidad de regular la tenencia de estupefacientes. A la Comisión de Salud del Congreso no ha llegado ninguna propuesta de ese tipo, asegura el jefe de esa mesa de trabajo, Víctor Manuel Gutiérrez Longo. El diputado y ex Ministro de Salud considera que despenalizar la tenencia de drogas fomentaría el consumo, pero admite que algunos grupos en la sociedad podrían estar interesados en plantear propuestas distintas.

“Entonces tendríamos que evaluar cómo está el consumo de drogas y si fuera muy alto, consensuarlo con expertos para evaluar qué efectos tendría”, dice.



El problema es que Guatemala no sabe cómo se encuentra el consumo de drogas ilícitas entre sus habitantes. Las estadísticas más recientes de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas (SECCATID), el órgano estatal obligado a recopilar y difundir información relacionada con el problema de drogas, provienen de 2 encuestas realizadas hace 7 y 4 años. La más completa es la de 2002. Según este estudio, la droga ilícita de más uso es la marihuana (2.68 por ciento de prevalencia) seguida por los solventes o inhalables (0.86 por ciento) y de la cocaína y el crack (0.79 por ciento cada una).

Pero esos datos no concuerdan con la información sobre consumo de drogas que brindan los usuarios de la línea telefónica de crisis 1545. Según los reportes de este centro de atención a cargo del Patronato Pro Rehabilitación del Drogadicto, después del alcohol, las drogas de mayor consumo son la cocaína (22 por ciento), la marihuana (18 por ciento) y el crack (7 por ciento). Los estudios disponibles no permiten determinar a qué ritmo anual aumenta o disminuye el consumo de drogas en el país, y por lo tanto, no se conoce la magnitud de la problemática.

### **Asunto de salud, no de seguridad**

Hay quienes opinan que Guatemala está lista para plantear el debate de la descriminalización de la tenencia de estupefacientes para el consumo, y que incluso es necesario. “Los consumidores de drogas deben verse como un problema de salud, no de seguridad pública. Nuestras leyes desprotegen a los ciudadanos de la corrupción



policial y de la penalización de hábitos privados”, dice Marco Cerezo, economista y ex candidato presidencial con una maestría en economía del crecimiento y desarrollo. “Yo creo que debería empezarse por vaciar las cárceles pues en ellas hay muchísima gente por posesión de drogas que en realidad llegó por actos de venganza o corrupción del sistema”, opina Emilio Goubaud, director regional de Poljuve-Interpeace, un proyecto que aborda la problemática de las maras en El Salvador, Guatemala y Honduras.

Goubaud propone que en vez de meter presos a los adictos, estos ayuden a dar pistas de dónde se consigue la droga, quién la trafica y quién la distribuye. Su moción es también la de algunos penalistas argentinos que argumentan que cuando se incrimina al consumidor puede ampararse en el derecho a no declarar. Pero si es un testigo, está obligado a indicar quién le suministra estupefacientes.

Hay quienes se oponen de tajo a cualquier tipo de descriminalización de las drogas, como Armando de la Torre, director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad Francisco Marroquín, que opina que en la cárcel se puede rehabilitar a la gente y no es impedimento estar preso para salir de las drogas.

El académico apunta que el costo humano del uso y tráfico de drogas es demasiado alto en comparación con los beneficios. “Es más caro ser permisivo: las familias se destruyen, el trabajo se hace mal, hay más accidentes y sube la criminalidad. Se pierde el criterio del bien y del mal y se daña a otra gente, y lo mismo pienso de las borracheras (con alcohol)”, explica.



“La mayoría de mis amigos, muy inteligentes y honestos, opinan diferente que yo, pero no me han convencido”, dice.

En Guatemala tampoco hay consenso acerca de si habría que considerar a un portador de droga un usuario o delincuente, o si se debería mandar a la cárcel al que lleva en la mochila medio “colmillo” de cocaína (que equivale a los 500 miligramos) o de una diminuta dosis de LSD (un kilo contiene hasta 10 millones de dosis).

Enrique Godoy, ex concejal primero de la Municipalidad capitalina y actual presidente de la Asociación Propuesta Urbana que promueve la convivencia en armonía y los valores, enfatiza que el argumento mexicano de descongestionar el sistema de justicia y las prisiones no es válido. “Como no pudimos luchar contra el mal, hagamos que ya no sea ‘malo’. ¡Entonces despenalicemos un montón de cosas que congestionan los juzgados como las deudas, la violencia intrafamiliar y los robos menores! Lo que hay que hacer es un esfuerzo porque el consumo no sea una realidad”, expone.

El cineasta Elías Jiménez, el productor de la película guatemalteca VIP: la otra casa, está convencido, en cambio, que la adicción no puede ser un delito y que ir a la cárcel por llevar droga en la bolsa sólo conseguirá que la persona “se perfeccione” en el arte. “Cuando hicimos la película (que incluye escenas en la prisión) encontramos que la droga en las cárceles sólo es ilegal antes de que ingrese. Adentro circula de manera natural y libre”. El consumo es una realidad y eso lo conoce muy de cerca Alfredo Asturias, director del proyecto de rehabilitación Ariadna y terapeuta especializado en



adicción. Su postura es más mesurada. Él no está de acuerdo en que se legalice ninguna cantidad de droga para consumo personal, “sería avalar su uso”, dice. Pero tampoco aprueba el que manden a prisión a los adictos. Él propone que la primera vez se le invite al consumidor a buscar ayuda. Si reincide, que se le impongan sanciones económicas o arresto domiciliario. Lo importante es prevenir que sea un peligro en las calles, dice, y aclara que el alcohol, igual de dañino que los estupefacientes ilícitos, debería recibir el mismo tratamiento.

### **Llevarle la contraria al cocinero**

Las recientes modificaciones legales en México pueden entenderse como un claro rompimiento con la política tradicional impulsada desde Estados Unidos hacia América Latina de combate a las drogas y una política prohibicionista que incluye la criminalización del consumo, opina en una entrevista telefónica Juan Carlos Hidalgo, el coordinador de Proyectos para América Latina del Centro de Estudios Políticos en Washington, Cato Institute. “Las disposiciones mexicanas ciertamente no cayeron bien en Washington”, advierte el analista costarricense.

La tendencia de México y Argentina se apega más a la estrategia de reducción de daños seguida por Europa donde algunos países como Portugal han despenalizado la tenencia de drogas ilegales, mientras que Estados Unidos sigue firme en su política de prohibición absoluta. Sin embargo, dice Hidalgo, no significa que México desista de su guerra contra el narcotráfico, sino que está optimizando sus recursos para combatirlo,



en vez de gastarlos persiguiendo consumidores. En Brasil y Ecuador se han escuchado propuestas similares, especialmente con el caso de la marihuana.

Guatemala está bastante más lejos de esa discusión. En sus más de 20 años de trabajo como legislador en el Congreso de la República, el uneísta Mario Taracena nunca ha escuchado una propuesta de este tipo en el hemiciclo. “Y faltarán unos 50 años para que eso pase”, opina.

“Nada detiene a Guatemala para adoptar una política como en México, siempre y cuando estemos claros que despenalizar el consumo no significa legalizar las drogas. La ventaja es que México, un gran aliado de Estados Unidos en la guerra contra las drogas, ya tomó la decisión.

Y si no tomó represalias contra él, ¿por qué habría de hacerlo con un país más pequeño como Guatemala?”, colige Hidalgo. Hay que tomar también en cuenta que en Estados Unidos ha habido también algunos cambios, como la legalización de la marihuana para uso terapéutico en 12 Estados.

El debate en Guatemala debería abordarse de forma madura y muy técnica para evitar posturas moralistas o represivas que no contribuyen a la lucha contra el narcotráfico y al tratamiento de los problemas de salud, propone Cerezo. Y enfatiza que una reforma legal como la tomada en México –y que posiblemente adopte Argentina– debe estar



incluida en un contexto de políticas de lucha contra el narcotráfico, del lavado de dinero, de una ley de extinción de dominio.

Y sobre todo, dice, en ser muy claros en que no se trata de legalizar la droga, sino de despenalizar el consumo privado para no distraer los recursos de la verdadera lucha antidroga.

Una lucha que, como insiste Hidalgo, debe seguirse mientras el mayor consumidor de estupefacientes del mundo, Estados Unidos, no flexibilice sus políticas y sigamos siendo los países donde se produce, transita, comercializa y se quedan las drogas.

Copyright © 2009 Aldea Global, S. A. Todos los Derechos Reservados.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nódier. **El principio de la personalidad de la responsabilidad penal.** 17 de febrero de 2010, [http://www.procuraduria.gov.co/html/opciones/op\\_polprivacidad.htm](http://www.procuraduria.gov.co/html/opciones/op_polprivacidad.htm) (08 de febrero de 2011).
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Bien jurídico y Constitución.** (s.e.), pág. 5 Cuadernos de política criminal. No. 43; Madrid, (junio 1991).
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Ed. Magna Terra; Guatemala 1995. Págs. 259.
- Boletín estadístico, ramo penal 2003-2006.** 2008, Centro Nacional y Documentación Judicial (CENADOJ) <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/boletines/Penal%202003-2006.pdf> (27 de junio de 2011).
- BOSCH CASTRO, Homero. **Principios generales de derecho.** 2ª ed. (s.e); Guatemala, 1995. Págs. 126.
- BOVINO, Alberto. **Temas de derecho procesal penal guatemalteco.** Ed. F&G; Guatemala, 1996. Págs. 215.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Ed. Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 2005. Págs.360.
- CAFFERATAS NORES José Ignacio. **Medidas de coerción en el proceso penal.** Ed. Torayca; Perú, 1993.
- COROMINAS, Joan. **Breve diccionario etimológico de la lengua castellana.** Ed. Gredos; Madrid, 1976. Págs. 627.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal español.** Ed. Bosch; Barcelona 1926. Págs. 575.



DE TORO Y GISBERT, Miguel. **Pequeño Larousse ilustrado**. 5ª ed. Ed. Larousse; Buenos Aires, Argentina, 1969. Págs. 1663.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 1ª. ed.; Ed. Espasa-Calpe, S.A.; Madrid, España, 2008. págs. 1544.

GONZÁLEZ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Ed. Myrna Mack; Guatemala, 2003.

HURTADO, Paola. **¿Y si tenerla no fuera delito?** 13 de septiembre de 2009, *elperiódico*, <http://www.elperiodico.com.gt/es/20090913/pais/113957> (25 de febrero de 2011)

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Tratado de derecho penal**. Ed. Lozada; Buenos Aires, Argentina, 1950.

LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 12ª ed. Ed. Llerena; Guatemala, 2000. Págs. 310.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. (s.e.) Tomo II; Guatemala, (s.f.) Págs. 306.

MAIER, Julio. **La reforma del procedimiento penal**. Ed. Del puerto; Buenos Aires, Argentina, 1996.

MARIOTTINI, Claude y otros. **Levítico, números y deuteronomio**, comentario bíblico, 3t.; 2ª ed.; Ed. Mundo hispano; Colombia, 2004. Págs. 358.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. (s.e.); Barcelona, 1990.

MUTZUS VILLANUEVA, Julio César. **Las consecuencias jurídicas de la falta de mérito en el ordenamiento jurídico guatemalteco**. 1ª.ed.; (s.e.); Guatemala, 2002.

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



ROSALES BARRIENTOS, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala**. Ed. Fénix; Guatemala, 1995.

VALDEZ, Sandra. **Cada reo le cuesta al Estado de Guatemala Q43.35 diarios** 29 de diciembre de 2010, *PrensaLibre*, [http://www.prensalibre.com.gt/noticias/reocuestaQ4335diarios\\_0\\_398960140.html](http://www.prensalibre.com.gt/noticias/reocuestaQ4335diarios_0_398960140.html) (15 de abril de 2011).

VALENZUELA O., Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. Ed. Oscar de León Palacios; Guatemala, 2000. Págs. 323.

### **Legislación:**

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

**Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

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

**Código Civil**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 106, del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

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

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

**Ley Contra la Narcoactividad**. Decreto 48-92, Congreso de la República de Guatemala, 1992.