

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



**GUATEMALA, MARZO DE 2019**

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

**FALTA DE APLICACIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE  
POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL CONSUMO COMO VIOLACIÓN AL  
PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MARCO IVÁN DARÍO CASTRO VÁSQUEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo de 2019

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE EXAMINÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**PRIMERA FASE:**

Presidente: Lic. Cruz Munguia Sosa

Vocal: Lic. Rubén Alfonso Trejo Martínez

Secretaria: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

**SEGUNDA FASE:**

Presidente: Lic. Francisco Neftalí Herrera Herrarte

Vocal: Lic. Jesús Augusto Arbizú Hernández

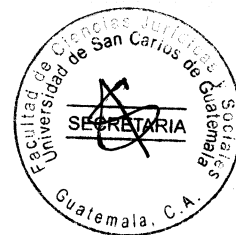
Secretaria: Licda. Lidia Judith Urizar Castellanos

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



**USAC**  
**TRICENTENARIA**

Universidad de San Carlos de Guatemala



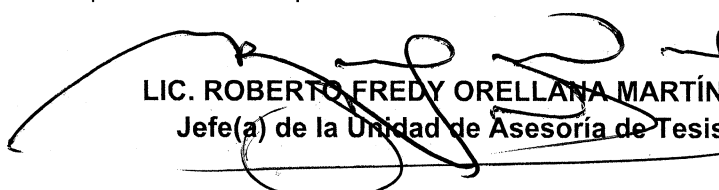
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,**  
**05 de abril de 2018.**

Atentamente pase al (a) Profesional, EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA  
\_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
MARCO IVÁN DARÍO CASTRO VÁSQUEZ, con carné 201211837,  
intitulado FALTA DE APLICACIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS  
PARA EL CONSUMO COMO VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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



Fecha de recepción 05/05/2018 f)

  
Asesor(a)  
(Firma y Sello)

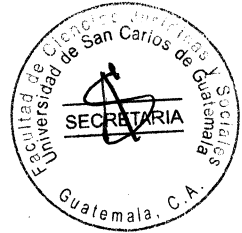
**Edgar Armindo Castillo Ayala**  
Abogado y Notario

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala

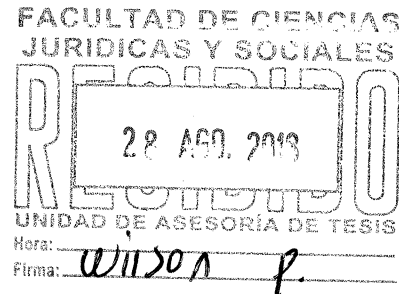


*Edgar Armino Castillo Ayala*  
*Abogado y Notario*  
3ª. Avenida 13-62 zona 1, ciudad de Guatemala  
Teléfono 2232-7936



Guatemala, 07 de agosto de 2018.

**Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez**  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Señor Jefe de la Unidad:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis del bachiller **MARCO IVÁN DARÍO CASTRO VÁSQUEZ**, la cual se intitula **FALTA DE APLICACIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL CONSUMO COMO VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA** ; motivo por el cual emito el siguiente:

#### DICTAMEN

1. Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos de cómo fundamentar las decisiones judiciales contenidas en los autos de medidas sustitutivas en los casos relacionados con el delito de posesión para el consumo y evitar que se aplique la prisión preventiva de oficio.
2. Los métodos utilizados en la investigación fueron el análisis comparativo y la inducción; mediante los cuales el bachiller no sólo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con su tema de tesis.
3. La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo el bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para los lectores; asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
4. El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca, puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.

*Edgar Armindo Castillo Ayala*  
*Abogado y Notario*  
*3ª. Avenida 13-62 zona 1, ciudad de Guatemala*  
*Teléfono 2232-7936*



5. En la conclusión discursiva, el bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda un cambio en la fundamentación de las resoluciones judiciales y que sea realizado desde la perspectiva de los principios, la jurisprudencia y convencionalidad.
6. La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como de extranjeros.
7. El bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.
8. Declaro que no soy pariente del bachiller dentro los grados de ley.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite subsiguiente.

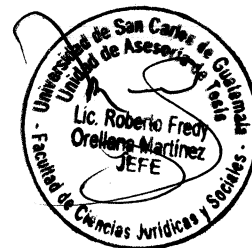
Atentamente,

  
Edgar Armindo Castillo Ayala  
Abogado y Notario  
Colegiado No. 6,220

Edgar Armindo Castillo Ayala  
Abogado y Notario



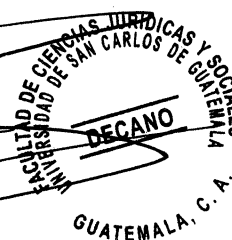
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de febrero de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARCO IVÁN DARÍO CASTRO VÁSQUEZ, titulado FALTA DE APLICACIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS EN EL DELITO DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL CONSUMO COMO VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

Por ser el mayor tesoro que hay en mi vida, quien me levantó cuando estaba caído y lleno de gozo mi corazón. A Él sea todo honor y toda gloria.

### **A MIS PADRES:**

Que me inspiraron y creyeron en mí. Quienes me inculcaron no solo los valores fundamentales que moldean el espíritu de un hombre, sino el verdadero significado de lo que es el amor.

### **A MI FAMILIA:**

Que con un espíritu inquebrantable me acompañó en mis luchas hasta llegar aquí. El éxito es el fruto de ese esfuerzo colectivo, no es por mí, es por nosotros.

### **A:**

José Santiago Jeréz García, Eloísa Gabriel Revolorio, Domingo Castillo Paz, Carmen Sicaja de Castillo, Manuel Asunción Castro Alvarado, María Romelia Monterroso Santos e Isabel Raxhuleu Ixmata. Por mostrarme que el amor trasciende más allá de la vida. Por siempre en mi corazón.

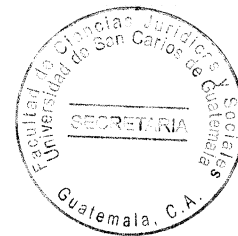
### **A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y nutrir mi vida de ese deseo inalcanzable que es el saber y el conocimiento.

### **A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, todo mi agradecimiento y gratitud, por ser el lugar en el que aprendí que sobre todo interés, la mayor aspiración de un letrado en leyes, debe ser alcanzar la justicia, pues dignifica al ser humano.

## **PRESENTACIÓN**



Este estudio es un abordaje de tipo mixto en el cual se analizaron estadísticas judiciales que permitieron determinar patrones al momento en que los jueces entran en conocimiento de un caso relacionado con posesión de narcóticos para el consumo durante la audiencia de primera declaración y deben decidir sobre la aplicación de una medida sustitutiva o la prisión preventiva. A la vez se analizó la legislación vigente, doctrinas, informes y convenios internacionales que guardan relación con el problema a investigar.

La delimitación geográfica se circunscribe a la jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia de Turno del municipio de Guatemala y la temporalidad a las carpetas fenecidas que fueron judicializadas entre los años 2015 al 2017. El objeto de la investigación es la falta de aplicación del principio de insignificancia y la no afectación de bienes jurídicos tutelados en el delito de posesión de narcóticos para el consumo, con el cual el juzgador pueda entrar en el análisis concreto del caso para determinar si existe algún peligro procesal que justifique la necesidad de una medida cautelar.

El sujeto de la investigación son las personas que son procesadas por el delito de posesión de narcóticos para el consumo, cuya insignificancia no justifica la represión a través del aparato de justicia y el aporte del estudio consiste en que los jueces puedan aplicar los principios sustantivos, procesales y constitucionales para fundamentar sus resoluciones judiciales.



## HIPÓTESIS

Existe falta de aplicación de medidas sustitutivas en el delito de posesión de narcóticos para el consumo, ya que el Código Procesal Penal lo prohíbe expresamente para los delitos comprendidos en la Ley Contra de la Narcoactividad, con lo cual se limitan las funciones del juez a tener que dictar la prisión preventiva como regla general y no como la excepción, lo que violenta el principio de insignificancia.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Al concluir el estudio se comprobó la hipótesis al verificar que el Estado de Guatemala violenta el principio de insignificancia y de inocencia fijando la prisión preventiva de oficio en el delito de posesión de narcóticos para el consumo, desvirtuando las finalidades de las medidas cautelares y la naturaleza del derecho penal como último recurso para resolver la conflictividad social.

El método empleado fue analítico inductivo que permitió realizar un estudio jurisprudencial a partir de estadísticas judiciales sobre autos de medidas sustitutivas emitidas durante la primera declaración en procesos judicializados entre los años 2015 al 2107 por el delito de posesión de narcóticos para el consumo y determinar criterios en las practicas judiciales.

# ÍNDICE



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

## CAPÍTULO I

|                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Las drogas y su lucha en América Latina .....                                          | 1  |
| 1.1. Colombia.....                                                                        | 3  |
| 1.2. Bolivia.....                                                                         | 6  |
| 1.3. México.....                                                                          | 7  |
| 1.4. ¿Quién define la política de la lucha contra las drogas?.....                        | 9  |
| 1.5. La narcoactividad en Guatemala.....                                                  | 10 |
| 1.5.1. Antecedentes históricos de la lucha contra las drogas en Guatemala.....            | 10 |
| 1.5.2. Situación actual de la posesión de narcóticos para el consumo en<br>Guatemala..... | 14 |

## CAPÍTULO II

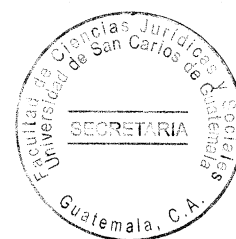
|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. El delito y el proceso penal.....                                                             | 15 |
| 2.1. La posesión de narcóticos para el consumo con una conducta delictiva.....                   | 15 |
| 2.2. Estructura del tipo penal.....                                                              | 16 |
| 2.2.1. La exclusión de la punibilidad como una política alternativa.....                         | 18 |
| 2.2.2. La cantidad razonable dentro del delito de posesión de narcóticos<br>para el consumo..... | 19 |
| 2.2.3. Delito inexcusable según la doctrina.....                                                 | 21 |

|                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2.4. Principios constitucionales y procesales afectados por la definición de la posesión para el consumo como delito inexcusable..... | 23 |
| 2.3. Proceso penal en el delito de posesión de narcóticos para el consumo.....                                                          | 29 |
| 2.3.1. El castigo y el proceso penal.....                                                                                               | 30 |
| 2.3.2. Sistema procesal penal.....                                                                                                      | 31 |
| 2.3.3. Estructura del proceso penal guatemalteco.....                                                                                   | 38 |

### CAPÍTULO III

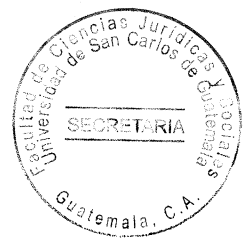
|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. La prisión preventiva en el delito de posesión de narcóticos para el consumo.....                               | 51 |
| 3.1. La oficina de medidas alternativas y sustitutivas como una solución para disminuir la prisión preventiva..... | 55 |
| 3.1.1. Definición.....                                                                                             | 56 |
| 3.1.2. Historia.....                                                                                               | 57 |
| 3.1.3 Servicios que brinda la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas OMAS.....                             | 58 |
| 3.1.4. Posicionamiento institucional.....                                                                          | 60 |
| 3.2. Derecho comparado sobre el delito de posesión de narcóticos para el consumo.....                              | 60 |
| 3.2.1. Procesos de despenalización, descriminalización y legalización del consumo como política alternativa.....   | 61 |

## CAPÍTULO IV



**Pág.**

|                                                                                                                                                                           |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. Falta de aplicación de medidas sustitutivas en el delito de posesión de<br>narcóticos para el consumo como violación al principio de insignificancia .....             | 81         |
| 4.1. ¿Qué justifica la limitación de un derecho humano?.....                                                                                                              | 83         |
| 4.2. Posesión para el consumo, un problema de criminalidad o del ámbito de<br>Salud.....                                                                                  | 87         |
| 4.3. La función del juez dentro del proceso penal.....                                                                                                                    | 90         |
| 4.4. Propuesta para la fundamentación de las decisiones judiciales en los<br>Autos de medidas sustitutivas en el delito de posesión de narcóticos para el<br>consumo..... | 91         |
| 4.5. Apertura a un diálogo sobre constitucionalidad.....                                                                                                                  | 95         |
| <b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>                                                                                                                                         | <b>99</b>  |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>                                                                                                                                                  | <b>101</b> |



## INTRODUCCIÓN

La criminalización de las personas que consumen drogas de manera recreativa, medicinal o por adicción y su represión a través del sistema de justicia estableciendo la oficiosidad de la prisión preventiva como mecanismo de prevención y de pena anticipada, vulnera no solo los derechos de quién es privado de su libertad sino de aquellos principios que fundamentan el ordenamiento jurídico, como el de insignificancia de inocencia, e incide directamente en el crecimiento de la población penitenciaria y que los centros penales sobrepasen su capacidad, hacinamiento.

El objetivo general del estudio se enfocó en comprobar que la falta de aplicación de medidas sustitutivas en el delito de posesión de narcóticos para el consumo, viola el principio de insignificancia. Mismo que fue alcanzado a través del análisis doctrinario al establecerse que en dicha conducta no se vulneran bienes jurídicos de terceros y que su escasa trascendencia social no justifica la represión a través del sistema de justicia estableciendo la oficiosidad de la prisión preventiva en el delito.

En la hipótesis se planteó que existe falta de aplicación de medidas sustitutivas en el delito de posesión de narcóticos para el consumo ya que el Código Procesal Penal lo prohíbe expresamente para los delitos comprendidos en la Ley Contra de la Narcoactividad, con lo cual se limitan las funciones del juez a tener que dictar la prisión preventiva como regla general y no como la excepción, lo que violenta el principio de presunción de inocencia. Esto fue comprobado con el análisis de estadísticas judiciales que evidencio el uso desmedido de la prisión preventiva en la mayoría de los casos.

La investigación se estructuró en cuatro capítulos: En el primero, se desarrolla la historia del prohibicionismo en América Latina y los antecedentes de la lucha contra las drogas en Guatemala; el segundo, contiene un análisis del delito de posesión para el consumo y del proceso penal; en el tercero, se presenta el análisis de las estadísticas judiciales sobre los casos relacionados a posesión para el consumo y un apartado de derechos comparado y en el cuarto, se plantea una propuesta para la fundamentación de las



decisiones judiciales contenidas en los autos de medidas sustitutivas en el delito de posesión para el consumo.

Para la consecución de la investigación se emplearon los métodos analítico, comparativo e inductivo, apoyándose en la técnica bibliográfica a través de la revisión documental y la entrevista a profesionales en derecho.

Con el estudio se plantea la recomendación de utilizar no solo el ordenamiento jurídico ordinario en la fundamentación de las resoluciones judiciales, sino aplicar el principio de insignificancia y la no afectación de bienes jurídicos de terceros, complementándolo con convenios y tratados en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## CAPÍTULO I

### 1. Las drogas y su lucha en América Latina

Son diversas las interrogantes que surgen en torno al tema de las drogas por las variantes que presenta o por el enfoque que se le da en las sociedades. Una de estas sería: ¿Cómo surge el consumo de las drogas? Cuestión, que fácilmente puede pensarse o confundirse con un tema actual, creyendo que la respuesta se deriva desde un determinado espacio territorial o una época. Hasta el día de hoy se desconoce que la utilización de sustancias que alteran el estado psicológico y anímico es tan antigua, como el desarrollo del ser humano.

Otra inquietud que debe aclararse es: ¿Qué son las drogas? Según la Organización Mundial de la Salud es “toda sustancia que introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce de algún modo una alteración del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y además es susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas”<sup>1</sup>

La política antidroga ha creado una esfera de prejuicios que opaca la historia que gira en torno a su utilización en las diferentes culturas. No como una actividad aberrante, que desplaza la razón y sumerge la conciencia de las personas, alejándolos de la realidad, sino, la utilización que se le ha dado en diferentes campos, por ejemplo en la medicina. Desde bebidas vigorizantes como el vino creado por Mariani hasta la Coca-Cola en sus inicios; el masticar hoja de coca como forma de estimulante para caminar y

---

<sup>1</sup> <https://www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1> (Consultado: 16 de junio de 2018)



soportar el mal de altura para aquellas comunidades que habitan los Andes y como parte de su identidad cultural; la morfina utilizada por los médicos durante la primera y segunda guerra mundial, para aliviar el dolor de los soldados heridos durante el combate. Sin olvidar aquellos movimientos sociales que emplearon el consumo de drogas como un icono de rechazo y rebeldía contra el gobierno y su política de guerra.

Con el desarrollo de las sociedades a través de la historia, se observa como un conjunto de acciones que anteriormente eran criminalizadas y recrudescidas por el Estado a través de normas de carácter punitivo, en la actualidad, son solo un vago recuerdo que no amerita el ejercicio de la acción penal, tal es el caso de la brujería o la hechicería, cuya percepción era de tal magnitud que era retribuida con la muerte; o la responsabilidad penal que se le reconocía a algunos objetos como rifles de guerra, campanas, animales o incluso cadáveres. Caso contrario serían, aquellas conductas que por miles de años fueron aceptadas socialmente y que hoy en día son perseguibles penalmente por considerarse lesivas para los ciudadanos y para la seguridad de los estados.

Lo anterior permite analizar y plantear la interrogante sobre en qué momento de la historia se inician las políticas prohibicionistas en torno al tema de las drogas, teniendo presente su utilidad social en las diferentes culturas. Qué puede justificar su prohibición, es acaso que representa una amenaza a la seguridad estatal, regional, continental o es por la lesividad que provoca el consumo de las mismas a la salud de los ciudadanos. O es por las economías paralelas que minan la soberanía y desestabilizan los Estados.



Cualquiera que sea la razón, es importante tenerla clara, por las repercusiones sociales que acarrearán este tipo de políticas y por los costos económicos que representan.

Es claro que en la actualidad no existe un solo país en América Latina que no regule en su legislación lo relativo al consumo, la posesión, producción, fabricación y tráfico de drogas incluyendo las regalías de estas actividades. Lo que sí varía de país a país es su experiencia como mercado productor, como zona tránsito, lugar del almacenamiento o zona de lavado de activos.

El protagonismo de algunos países en estas actividades ha tenido repercusiones sociales de gran magnitud para cada uno, por la responsabilidad a nivel internacional y los costos que representa la lucha contra las drogas. Entre los más destacados se tiene a Colombia, Bolivia y México. Esto no significa que estos países sean pioneros de la política prohibicionista y que hayan sido el génesis de todo el problema, sino su situación económica, social o su ubicación geográfica que automáticamente los hizo vulnerables en un momento determinante cuando el mercado de las drogas presentaba una gran demanda, llegando a ser el foco de atención de la comunidad internacional y ser el campo de prueba de varias estrategias con bandera de lucha contra la narcoactividad.

### **1.1. Colombia**

Siendo uno de los exponentes a nivel internacional por la producción que se centró en su territorio, “el país comenzó a figurar en el escenario internacional de drogas cuando



algunos cultivos mexicanos y jamaicanos de marihuana, fumigados por la autoridades norteamericanas durante la operación Cóndor, fueron trasladados a otros puntos cercanos del mapa. Así, el parque natural de la Sierra Nevada de Santa Marta, situada en el litoral caribe colombiano a mil kilómetros de distancia de Bogotá y considerado territorio ancestral de las etnias indígenas kogui y arhuaca, se convirtió en productor de un cultivo que llegaba expulsado de otras latitudes. Cuando la marihuana –“marimba” en la jerga popular- arribó al país a mediados de los años 70, era poco conocida, aunque algunas comunidades la consumían desde tiempos precolombinos.”<sup>2</sup>

Contrario a lo que podría suponerse sobre la entrada en acción de Colombia en el mercado de las drogas, no fue a través de la cocaína sino de la marihuana, producto de actividades intervencionistas dirigidas por Estados Unidos en otros países de la región que desplazó la zona de producción a puntos cercanos.

Posteriormente se inicia la siembra de la hoja de coca, por las regalías superiores que representaba. Al inicio, únicamente se trataba de la siembra y el traslado de la hoja para su procesamiento, pero con el tiempo fueron adquiriendo los conocimientos necesarios y los utensilios para montar laboratorios clandestinos en zonas poco transitadas en medio de la selva para poder producir la pasta de coca.

Varios factores fueron determinantes para que Colombia se convirtiera en uno de los mayores productores de cocaína a nivel mundial. Uno de estos fue el desplazamiento de campesinos a lugares remotos al ser despojados de sus tierras, lo que dio como

---

<sup>2</sup> Samper, Ernesto. **Drogas. Prohibición o legalización.** Pág. 46



resultado el surgimiento de las FARC, “el 27 de mayo de 1964, durante una operación militar en la región de Marquetalia, el gobierno conservador de la época despojó a los campesinos liberales de sus parcelas y les propuso para resarcirlos, que colonizaran terrenos baldíos, para no comprometer los grandes intereses terratenientes. Los tímidos intentos de reforma agraria iniciados en los años 60 quedaron derogados, un par de décadas más tarde cuando los actores armados del conflicto, apoyados por el dinero del narcotráfico, convirtieron la propiedad rural en un objetivo estratégico para asegurar territorios de combate y abrir canales de exportación de las drogas.”<sup>3</sup>

Comunidades desplazadas; la insurgencia de las FARC que se ocultaban en las zonas selváticas y su militancia en favor de algunos carteles para procurar sus recursos económicos que les permitía continuar operando; mano de obra barata de campesinos que veían en la hoja de coca y de marihuana otro más de sus cultivos, con la diferencia de los beneficios que obtenían; falta de políticas estatales que brindaran una alternativa a los agricultores para reemplazar la hoja de coca por otro cultivo que les permitiera subsistir; la represión y la intervención de parte de Estados Unidos que obligaba a las autoridades a invertir recursos policiales y militares en la lucha contra el narcotráfico. El surgimiento de carteles como el de Medellín y el de Cali cuyas conexiones a nivel internacional les permitieron agenciarse de tal poder que desestabilizaron la economía y el poder político, al incursionar mediante el financiamiento electoral ilícito. La combinación de cada uno de estos factores dio como resultado que Colombia se convirtiera en uno de los mayores productores a nivel global.

---

<sup>3</sup> Ibid. Pág. 64

## 1.2. Bolivia

El problema inicia según Jaime Malamud con “la caída de los precios del estaño y gas en los mercados internacionales, ocurrida en los años setenta y ochenta, destruyó la economía del altiplano y originó un nivel de desempleo asombroso entre los coyas, los habitantes de la región, estimulando la emigración al Chapare.”<sup>4</sup>

El Chapare es una provincia del departamento de Cochabamba, conocida por el amplio cultivo de la hoja de coca y por ser punto estratégico de múltiples esfuerzos de las autoridades bolivarianas en conjunto con agentes de la Administración para el Control de Drogas DEA para erradicarlo.

Semejante a la experiencia colombiana el cultivo de la hoja de coca surge en el campo como parte del trabajo de los agricultores, a diferencia que en Bolivia el cultivo de la hoja de coca era una actividad que se desarrollaba desde tiempos ancestrales, mucho antes que el químico alemán Albert Niemann aislara el alcaloide de la coca y naciera así la cocaína.

El proceso para la producción de la pasta de coca involucra diferentes actores sociales pertenecientes a grupos culturales, como los Coyas y los Cambas. Unos se dedicaban al cultivo y a la elaboración de la pasta, que era el trabajo peor pagado, para luego

---

<sup>4</sup> Humo y espejos. Pág. 43

vender el producto a quienes se encargaban del refinamiento y preparación para su distribución.

Independientemente de lo que representaba la hoja de coca culturalmente para las comunidades bolivarianas, les provoco serias consecuencias y ser el centro de atención para Estados Unidos que propugnaba una política antidroga en el continente americano, trayendo consigo acciones intervencionistas de la mano de las autoridades en turno, iniciando con la erradicación de los cultivos en varias hectáreas. Estas actividades provocaron el descontento de los sindicatos cocaleros, por considerarlo un abuso de parte de las autoridades, lo que trajo consigo levantamientos y manifestaciones.

### **1.3. México**

Por su ubicación geográfica y pasos fronterizos, lo convierte en uno de los puntos de transito de droga proveniente de Sudamérica y Centroamérica hacia los Estado Unidos y como territorio propicio para el cultivo.

Según Mabel González “el origen de la industria de los narcóticos puede rastrearse hasta principio del siglo XX, cuando existía una producción limitada de marihuana y de opio. El cultivo era una actividad rural y para el traslado a EE UU se utilizaban viejas rutas del contrabando, algunas de la época colonial. A la vez, esas sustancias eran consumidas por turistas estadounidenses que las buscaban en México ya que en su

país eran ilegales, y ciertas autoridades vieron en ellas una oportunidad de negocio, aun cuando el tráfico a EE UU se declaró ilegal en 1928.”<sup>5</sup>

Las alianzas entre carteles mexicanos (de Guadalajara, Sinaloa, Juárez) y colombianos (Medellín, Cali, del Norte del Valle) permitieron disponer de suficientes recursos para trasladar hacia Estados Unidos grandes cantidades de droga, esto requería de la participación de algunos agentes del orden público, para asegurar las entregas. Sin tomar en cuenta algunos desertores del ejército mexicano y guatemalteco (Kaibiles) que fueron reclutados para brindar seguridad a estos grupos.

A diferencia de la experiencia de Colombia sobre el cultivo de la hoja de coca en zonas remotas de la selva y su procesamiento en pasta para posteriormente refinarla, en México el negocio se centraba en el “tráfico”<sup>6</sup>.

El costo que ha pagado México es alto en comparación con otros países, por la ola de violencia que se ha desatado producto de los enfrentamientos entre carteles de droga y el ejército, que ha sido uno de los actores puestos en escena por recomendación de la política prohibicionista impulsada por Estados Unidos, no solo en México sino a nivel de América Latina.

---

<sup>5</sup> Narcotráfico y crimen organizado. Pág. 126

<sup>6</sup> *Ibíd.* Pág. 126

#### 1.4. ¿Quién define la política de la lucha contra las drogas?

Como puede observarse la lucha contra las drogas ha sido una política que se ha desarrollado en varios países del continente americano, su punto de partida se encuentra en Estado Unidos, diversos autores coinciden en que son dos momentos claves los que definen el curso de esta política, uno según Ernesto Samper se da cuando el presidente Richard Nixon “declaró la guerra contra las drogas un “asunto de seguridad nacional” para Estados Unidos, este dejó de ser un problema social y se convirtió en un problema político. La zona andina de América del Sur se convirtió en el principal objetivo geográfico de la lucha antinarcótica y unos años más tarde se transformó en la lucha antiterrorista, de la misma forma como en los años 50 lo había sido la lucha anticomunista.”<sup>7</sup> El segundo momento se desarrolla cuando se asocia el narcotráfico con el terrorismo, naciendo así lo que se denominó como narcoterrorismo.

Son miles de millones de dólares los que Estados Unidos ha destinado de su presupuesto para financiar la lucha contra las drogas, realizando actividades de cooperación con varios países de América Latina, brindando tecnología de punta, armamento, capacitación militar, recursos económicos para establecer instituciones especializadas en la lucha contra las drogas, entre otros. Pero, porqué intervenir otros países cuando esos recursos podrían utilizarse en su propio territorio y la respuesta es simple, por mucho tiempo se ha asociado que el mercado de las drogas funciona porque existe la oferta, lo que automáticamente centra la atención en aquellos países productores. Esta idea ha alimentado la política prohibicionista por muchos años,

---

<sup>7</sup> Op. Cit. Pág. 23

cargándole la responsabilidad a quienes participan en la oferta del mercado, propugnando la eliminación de raíz de cualquier cultivo que sirva para producir droga de cualquier tipo y perseguir a aquellos grupos que participan y lucran de estas actividades.

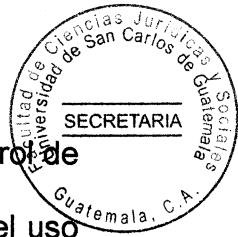
Actualmente se discute la eficiencia de la política prohibicionista por los resultados que se han observado a lo largo de los años, ya que el mercado de las drogas se ha mantenido casi intacto y el consumo de la población ha aumentado considerablemente, por lo que se propugnan políticas alternativas que ayuden a reducir el fenómeno de las drogas.

### **1.5. La narcoactividad en Guatemala**

Al igual que en el resto de países de América Latina, la política prohibicionista en torno a las drogas es adoptada a través de fuentes externas, como convenios y convenciones internacionales. Al ratificarlos obligan al Estado a legislar de una manera adecuada que sirva de plataforma para propugnar la lucha contra las drogas y Guatemala no ha sido la excepción, al pertenecer a la región centroamericana y ser identificado como punto de tránsito, era necesario que tomara parte en la batalla.

#### **1.5.1. Antecedentes históricos de la lucha contra las drogas en Guatemala**

La historia del prohibicionismo a nivel internacional puede situarse con la integración de la Comisión Internacional del Opio en Shanghai, en 1909, que creó y firmó la Convención



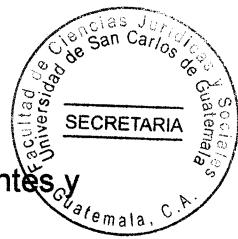
Internacional del Opio en 1912 dando vida al primer instrumento en regular el control de las drogas. Posteriormente se firmaron otros convenios que propugnaban limitar el uso de algunas drogas, regular los mercados y definir qué cantidades serian destinadas para usos médicos. La obligación de los Estados era llevar un control y reportar la cantidad de droga que estaban produciendo y la creación de organismos internacionales que velaran por el cumplimiento de las normas.

Durante las negociaciones hubo países inconformes por intereses culturales, económicos y sociales que impedían integrarlos como parte de los instrumentos que se desarrollaban.

Son múltiples las convenciones, acuerdos y protocolos que se firmaron a nivel internacional entre los países, hasta que en el 1961 se creó la Convención Única Sobre Estupeficientes, enmendada por el protocolo de 1972, que abrogó y sustituyó toda la normativa hasta en ese entonces dispersa en varios instrumentos. En la cual se incluyen cuatro listas que clasifican los estupeficientes o preparados.

Posteriormente se aprueba el Convenio sobre Substancias Sicotrópicas en 1971, en el cual se legisla de manera más ligera sobre las llamadas drogas sintéticas, que habían quedado en entredicho con la regulación que se estableció en la Convención Única Sobre Estupeficientes, por presiones que ejerció la industria farmacéutica.

Por último, en 1988 con el auge del mercado de las drogas y con el fin de reprimir a aquellos grupos que lucraban de actividades ilícitas relacionadas con el narcotráfico se



crea la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, como instrumento jurídico de cooperación internacional.

Guatemala aprobó mediante el Decreto 1585 del Congreso de la República publicado el 2 de febrero de 1968, los 51 Artículos que integran la Convención Única Sobre Estupefacientes, siendo el primer antecedente normativo la lucha contra las drogas, ya que a nivel interno no existió ninguna regulación de la materia hasta la entrada en vigencia del Código Penal el 15 de septiembre de 1973. En el anterior Código Penal de 1936 únicamente se legislo en el Título IV, párrafos II, Artículos 233 al 238, lo relativo a quienes se dedicaran a la elaboración de productos químicos nocivos para la salud sin autorización o adulteraren medicamentos. En el Código Penal de 1973, que actualmente se encuentra vigente, se regula en libro segundo, título VII, capítulo IV, de los Delitos Contra la Salud Pública, lo relativo a la siembra y cultivo de plantas productoras de sustancias estupefacientes, el tráfico ilegal de fármaco, drogas o estupefacientes, la facilitación del uso de estupefacientes y la inducción del uso de estupefacientes.

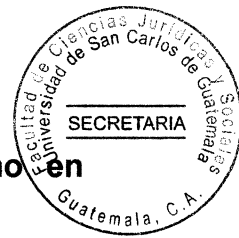
Las actividades sociales cambian y se transforman con el transcurso del tiempo, lo hace también el crimen, esto explica lo variable del marco normativo que debe ir adaptándose durante cada época. Si bien, en Guatemala existía un marco legal en contra de actividades ilícitas relacionadas con drogas y estupefacientes en el Código Penal, no abarcaba la gama de delitos que se estaban cometiendo no solo a nivel nacional sino internacional, sin tomar en consideración, la responsabilidad del Estado al



ratificar los instrumentos internacionales en la lucha contra la drogas y la presión ejercida por Estados Unidos en América Latina por recrudecer cualquier actividad relacionada con el narcotráfico. Esto trajo como consecuencia la creación de una ley que regulara la materia de una manera amplia, creándose la Ley Contra la Narcoactividad que entro en vigencia en 1992, que por su especialidad seria la norma aplicable en cualquier proceso.

La reforma hasta ese momento no fue únicamente en el ámbito sustantivo sino también procesal, con la creación del Decreto 32-96, que en su Artículo 18, párrafo segundo, adicionó al Código Procesal Penal en el Artículo 264 el siguiente apartado: También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad. Con la emisión de esas normas, se consideró que la lucha contra el crimen organizado y en especial en contra de aquellos grupos dedicados al narcotráfico estaba declarada.

Con el afán de prevenir la comisión de delitos relacionados con el narcotráfico, se llevó a cabo una prevención general a través de las normas de carácter jurídico, sin tomar en consideración que dentro de los tipos encuadrados se incluían conductas de escasa trascendencia social que no constituirían una amenaza real a la seguridad del Estado. Dentro de estas se encuentra en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, la posesión de narcóticos para el consumo que consiste en que una persona tenga en su poder una cantidad mínima de droga que pueda suponerse está destinada para su propio consumo, sin que su objetivo sea lucro o comercialización.



### **1.5.2. Situación actual de la posesión de narcóticos para el consumo en Guatemala**

La posesión de narcóticos para el consumo fue penalizada con la entrada en vigencia de la Ley Contra la Narcoactividad en 1992, regulándose en el Artículo 39, estableciendo que 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 una multa de Q.200.00 a Q 10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato. Cuya sanción es de tal magnitud que permite una gama de opciones procesales para la defensa técnica, que impediría llegar a debate oral público.

La problemática imperante en torno a esta conducta de escasa trascendencia social es que al establecerse en el Código Procesal Penal la exclusión de cualquier medida sustitutiva en los delitos relacionados con el narcotráfico se incluyó la posesión para el consumo, lo que vedó la posibilidad a los juzgadores sobre un estudio concreto del caso, definiendo la prisión preventiva como regla general y no como la excepción. Esto contradice los estándares internacionales de derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no permitir que el juez escuche al sindicado en la audiencia de primera declaración y de conformidad con la información que es producida en la misma, evaluar si existe un peligro procesal que justifique la aplicación de una medida cautelar para garantizar la efectividad del proceso.

## CAPÍTULO II

### 2. El delito y el proceso penal

El delito se define como una: “conducta típica, antijurídica y culpable constitutiva de infracción penal.”<sup>8</sup> El establecer una conducta como delito es una de las facultades que ejerce el Estado y que canaliza por conducto del Organismo Legislativo, que puede obedecer a una decisión político criminal que proteja determinado orden social, un bien jurídico tutelado que se encuentra amenazado o por considerar lesiva determinada acción que compromete la seguridad del Estado y de la ciudadanía. Como se señala en el capítulo anterior, Guatemala ha sido uno de los tantos países de América Latina que ha adoptado la política prohibicionista auspiciada por los Estado Unidos, adaptando su legislación, sancionando de manera drástica cualquier conducta relacionada con las drogas. Se considera drástica por incluir la pena capital entre una de las sanciones que se regulan en la Ley Contra la Narcoactividad, así como la prisión preventiva de oficio para cualquier persona que cometa alguno de los delitos del capítulo VII del mismo cuerpo legal.

#### 2.1. La posesión de narcóticos para el consumo con una conducta delictiva

La posesión se define como: “estrictamente, el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por un elemento intencional o *ánimus* (la creencia y el propósito de tener la cosa como propia) y un elemento físico o *corpus* (la tenencia o

---

<sup>8</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito/delito.htm> (Consultado: 16 de octubre de 2018)

disposición efectiva de un bien material)...”<sup>9</sup> es decir, quien tiene en su poder determinado objeto y puede disponer de él, en este caso de una cantidad de droga de cualquier tipo, sea sintética (metanfetaminas, éxtasis, ácidos) o natural (cocaína, marihuana, cafeína). El consumo, que viene siendo el ingerir o suministrar dentro del organismo determinada sustancia, como los alimentos, agua, etc. Con los elementos aportados puede establecerse que la posesión de narcóticos para el consumo consiste en que una persona tenga en su poder cualquier tipo de droga destinado exclusivamente para suministrarlo dentro de su propio organismo sin el ánimo de comercialización, distribución o cualquier actividad lucrativa.

La definición legal la aporta la Ley Contra la Narcoactividad en el Artículo 39, que establece: “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 una multa de Q.200.00 a Q 10, 000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato...”. Misma que permite desentrañar los elementos que componen el tipo, pero a la vez, deja al descubierto una cuestión que será analizada en la estructura del delito y es, cuál es la cantidad razonable que se menciona en la ley.

## **2.2 Estructura del tipo penal**

Partiendo de la premisa, que delito es toda conducta típica, antijurídica y culpable, el delito de posesión de narcóticos para el consumo revierte su elemento de tipicidad al

---

<sup>9</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 311

ser incluido dentro del Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, penalizando la posesión para el consumo. Dentro de sus elementos objetivos se encuentra al autor que puede ser cualquier persona que adquiera o posea droga. El bien jurídico tutelado, tal y como se menciona en el Artículo 1, es la salud. La víctima o persona que debe tolerar la afectación del bien jurídico tutelado ha sido un tema de debate, por dos posturas que se han planteado; la primera consiste en que la víctima es la sociedad, por considerar que se trata de una conducta contra la moral y las buenas costumbres, que afecta el orden público. La segunda postura, que parece las más acertada, es de quienes consideran que la única víctima es el consumidor, por ser su organismo el único en recibir los embates que produce el consumo de drogas.

Las consideraciones morales para la creación de delitos, no van acorde a los principios de mínima intervención y de exclusiva protección de bienes jurídicos del derecho penal, por sobrepasar la esfera de la privacidad y libertad de las personas, tampoco lo es la representación de un Estado paternalista que al querer sobreproteger a las personas de sí mismas, deja de tomar en cuenta que de ser así, tendría que penalizar conductas como el ingerir bebidas alcohólicas o el fumarse un cigarrillo, que han cobrado víctimas mortales a lo largo de los años.

Volviendo a la estructura del delito, están los elementos normativos como las drogas, que por no encontrarse determinadas en el Artículo, circunscribe automáticamente a lo que se establece en el Artículo 2 de la Ley Contra la Narcoactividad. Entre los elementos descriptivos está el consumo, adquirir o poseer, cuyas definiciones fueron aportadas anteriormente. En la relación de causalidad, entendiéndose esta como

aquellas conductas necesarias e idóneas que produzcan como resultado una afectación del bien jurídico tutelado, este delito es lo que se conoce en la doctrina como de mera actividad, lo que quiere decir que no es necesario que se produzca un resultado, porque desde el momento que la persona adquiera o posea drogas en su poder, cuya cantidad sugiera que es para el propio consumo, el delito se tiene por consumado, independientemente si logra o no ingerirla, fumarla, inyectarla etc. En el elemento subjetivo es necesario que exista la intencionalidad o dolo de adquirir o poseer drogas para consumirlas.

Existe un elemento normativo que sirve para diferenciar entre un delito y otro, que es la cantidad razonable, que se desarrollará de manera independiente.

### **2.2.1. La exclusión de la punibilidad como una política alternativa**

Diversos países han optado por aplicar políticas alternativas como mecanismo para regular el mercado ilícito y el consumo de drogas, creando políticas de prevención y clínicas de rehabilitación para aquellos que sufren de alguna dependencia crónica. A nivel global no ha sido efectiva la política prohibicionista, pese a la cantidad de recursos que se han invertido para hacerla funcionar. Uno de los primeros pasos ha consistido en despenalizar, descriminalizar o legalizar la posesión para el consumo.

Se le ha dado múltiples enfoques a la regulación de la posesión para el consumo, desde decisiones de carácter político criminal, constitucional, dogmático penal. Existe una modalidad desarrollada desde la teoría del delito, por el profesor Jürgen Wolter,

que consiste en excluir los elementos del tipo basado en causales constitucionales, y así: “el tráfico de cannabis en pequeñas cantidades con fines de autoconsumo es impune porque se interpone una causa jurídico-constitucional de exclusión del tipo. Dicho comportamiento es socialmente adecuado. Implica un riesgo mínimo y socialmente aceptado.”<sup>10</sup> Lo que significa, que al tratarse de una conducta de escasa trascendencia social cuyo daño o afectación únicamente recae en el consumidor sin lesionar bienes jurídicos de terceros, al entrar en la esfera del derecho a la libertad consagrado en la Constitución política de la República de Guatemala en el Artículo 5, lo convierte en una conducta atípica, basado en causales constitucionales que permiten a las personas decidir libremente sobre sus vidas y salud sin temor a represiones de carácter penal.

### **2.2.2. La cantidad razonable dentro del delito de posesión de narcóticos para el consumo**

Existe un vacío legal en el delito de posesión para el consumo regulado en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, es lo referente a la cantidad de droga que una persona podría portar para que sea considerado este y no otro delito. Pero bien, podría considerarse una ley penal en blanco o abierta, cuya descripción pudiera encontrarse inserta en otra ley, como en el caso de México, que en su Ley de Narcomenudeo remite a una Tabla de Orientación, regulada en el Artículo 479 de la Ley General de Salud, que indica la dosis máxima y el tipo de droga que debe portar un individuo para que se considere de su propio consumo. En el caso particular de Guatemala, al remitirse en el Código de Salud, en el capítulo III, los Productos Farmacéuticos y otros

---

<sup>10</sup> Cuestiones actuales de la teoría del delito. Pág. 11

Afines, sección III, los Estupefacientes y sus Precursores, se limita únicamente a prohibir los cultivos de algunas drogas como la dormidera, la coca, el cáñamo y la marihuana, también al regular el consumo para usos terapéuticos, sin exponer ningún dato que pudiera arrojar luz a lo que debe considerarse como cantidad razonable.

La problemática imperante sobre lo que debe entenderse como cantidad razonable puede abordarse desde dos puntos, una es la delgada línea entre ser procesado por el delito de posesión para el consumo o por comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, cuyas sanciones son diferentes en cuanto al factor de prisión y multa. El otro punto es la afectación del principio de legalidad regulado en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece que no hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificados como delitos o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Al no establecerse una cantidad y separar una conducta de otra, se violenta este principio, por la inseguridad jurídica a que se somete a la persona al momento de ser presentada ante un juez competente en la primera declaración.

El obviar la regulación de lo que se entiende por cantidad razonable, puede obedecer a una postura acorde a la política prohibicionista que ve en el establecimiento de estos parámetros una amenaza que llevaría a la despenalización o descriminalización de la posesión para el consumo, como en la experiencia de México, Costa Rica, Colombia y Uruguay.

En la tramitación de los casos de posesión de narcóticos para el consumo se ha dejado a criterio del juzgador el determinar si es o no la cantidad de droga incautada, lo razonable para el propio consumo, lo que podría de algún modo volverse arbitrario, por los diferentes criterios existentes. En un caso hipotético, un juez que tiene el hábito de fumar cigarrillos, podría considerar que siete puros de marihuana pueden ser una dosis para consumo personal. Caso contrario, aquel que no fuma, puede considerar que cuatro puros es demasiado para una sola persona, indicio de otro tipo de actividad delictiva. El dejar que los juzgadores determinen lo que debe entenderse por cantidad razonable podría ser indicio de una integración por analogía, al existir un vacío legal.

### **2.2.3. Delito inexcusable según la doctrina**

Lo que convierte inexcusable a un delito, no es su estructura o elementos sustantivos, sino su regulación en el ámbito procesal. Cuando el Congreso de la República de Guatemala creó el Decreto 32-96, que en su Artículo 18, párrafo segundo, adicionó al Código Procesal Penal en el Artículo 264 el siguiente apartado: También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad. Vedo de la posibilidad de aplicar una medida sustitutiva a cualquier persona que sea procesada por un delito relacionado con el tema de las drogas, incluyendo la posesión de narcóticos para el consumo, teniendo que decretarse la prisión preventiva de oficio por parte del juzgador, sin importar que represente una conducta de escasa trascendencia social.

El delito de posesión de narcóticos para el consumo es lo que se define como un tipo inexcusable, porque desde el momento en que una persona es ligada a proceso por este delito, deberá guardar prisión preventiva hasta que el Ministerio Público concluya su investigación y se decida en la etapa intermedia si se abre o no a juicio oral y público o se le conceda una medida alternativa.

Cabe razonar si una respuesta punitiva por parte del Estado resulta efectiva para una persona que consume drogas, tomando en cuenta los efectos que produce la privación de libertad o si es necesario incluir políticas alternativas como la rehabilitación en centros especializados que traten este tipo de problemas que aporten positivamente a su salud.

Según informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la creación de delitos definidos como inexcusables incide en el incremento de la población carcelaria, produciendo que los centros penales sobrepasen su capacidad por el hacinamiento latente<sup>11</sup>. Esto impide que puedan brindarse los servicios esenciales a las personas que guardan prisión preventiva o por condena y que el sistema penitenciario pueda cumplir con sus finalidades como la readaptación y reeducación de los reclusos.

No debe olvidarse el costo económico que representa para el Estado tener a una persona privada de libertad.

---

<sup>11</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf> (Consultado: 23 de junio de 2018)

#### **2.2.4. Principios constitucionales y procesales afectados por la definición de la posesión para el consumo como delito inexcusable**

Principio se define como el: “fundamento de algo”<sup>12</sup>. Los principios son los límites establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala que protegen a las personas de las arbitrariedades a que pudieran ser sometidas por parte del Estado. También sirven como base del ordenamiento jurídico, ya que se utilizan como directriz al momento de crear normas jurídicas y son aquellos arquetipos que fundamentan el ordenamiento legal que pueden ser utilizadas como herramienta para desentrañar el significado del espíritu de las normas, que debe ser acorde a la constitución.

En resumen directrices de protección, de creación e interpretación de normas jurídicas. La creación de figuras jurídicas como los delitos inexcusables violenta principios constitucionales y procesales y representa una actividad que atenta directamente contra los derechos de los ciudadanos, porque los limita y los restringe, por lo que es necesario utilizar la interpretación de los arquetipos para contrarrestar sus efectos y defender así el Estado de derecho.

##### **a) Principio de presunción de inocencia**

Se encuentra regulado en el Artículo 14 de la Constitución Política de República de Guatemala y establece que toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado

---

<sup>12</sup> [https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction\\_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Políticas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf](https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Políticas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf) (Consultado 23 de junio de 2018)

responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada y se define como:  
“Una garantía Constitucional que establece que toda persona es inocente hasta que el Estado le demuestre que es culpable a través de una sentencia debidamente ejecutoriada...”<sup>13</sup>

Esto quiere decir que desde el momento en que a una persona se le impute o señale por la comisión de un hecho definido previamente como delito, debe ser considerada de manera primitiva como inocente, independientemente de los juicios de valor que pudieran emitirse y de la facultad de persecución penal que se le ha delegado al Ministerio Público. Hasta el momento en que se lleve a cabo un juicio oral y público, con todas las garantías del caso y se declare su responsabilidad penal en sentencia debidamente ejecutoriada, es decir que ha sido ejercido el derecho de revisión de las decisiones judiciales y se han agotado todo los recursos legales a su alcance, puede considerársele como culpable.

Quien ha sido ligado a proceso, no tiene la obligación de comprobar su inocencia, porque está en pleno ejercicio de ese derecho hasta que una sentencia declare lo contrario y la obligación del Estado es comprobar mediante los mecanismos legales, que es culpable, por conducto de la investigación que debe desarrollar el Ministerio Público como órgano facultado.

Al establecerse en el delito de posesión de narcóticos para el consumo, la prisión preventiva de manera automática o de oficio, se violenta la presunción de inocencia por

---

<sup>13</sup> De Mata Vela, José Francisco y Héctor De León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 69

desvirtuar la finalidad de las medidas cautelares dentro del proceso penal, utilizándolo como medio de represión y como pena anticipada, presuponiendo de alguna forma la culpabilidad del sujeto. De nada sirve analizar la funcionalidad de las medidas cautelares y si se cumplen los parámetros legales que justifiquen su aplicación, si como único argumento para dictar la prisión preventiva se utiliza: **porque así lo define la ley.**

## **b) Principio de independencia e imparcialidad judicial**

La independencia judicial se enmarca en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. Consiste en que: “la independencia de los jueces no es una prerrogativa profesional, se trata en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como, el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones. No hay que olvidar que es una garantía prevista en favor de los ciudadanos y no en favor de los jueces.”<sup>14</sup>

La independencia judicial proviene de la teoría de pesos y contrapesos del estado, de Montesquieu, que consiste en la fragmentación del poder en tres ramas que son: el Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Para garantizar la funcionalidad del aparato estatal, evitando el monopolio del mando, que podría devenir en una dictadura.

---

<sup>14</sup> Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal.** Pág. 149

La independencia judicial se proyecta en varios aspectos, uno es la independencia como organismo, que significa que no debe estar sujeto a presión ni control de ninguno de los otros dos poderes estatales, Ejecutivo y Legislativo, lo que se garantiza con una independencia funcional, económica, estructural y administrativa. Funcional porque rige su actuar únicamente a lo que establece la constitución y las leyes; económica porque posee un presupuesto propio y obtiene recursos por la administración de justicia; estructural porque aplica su propia Ley Orgánica que establece como debe organizarse y estructurarse; y administrativa, porque dirige de manera independiente los sistemas de nombramientos y la carrera judicial, sus recursos financieros y los bienes adscritos al organismo.

Existe una independencia de manera individual o personal, que se refiere a los jueces y magistrados, quienes en la tramitación de los asuntos que les han sido encomendados, están sujetos únicamente a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes, sin presiones externas que dirijan su actuar de alguna manera. La importancia de garantizar este principio puede observarse en la protección por normas de carácter jurídico penal que se le ha dado.

Crear delitos inexcusables, como el de posesión de narcóticos para el consumo, violenta la independencia judicial porque interfiere en el ejercicio de los jueces, limitando su campo de actuación, mecanizando su función y circunscribiéndolos únicamente a ser voz de la ley, sin criterio ni razonamiento previo. Esto afecta la fundamentación de las decisiones judiciales, porque convierte el control judicial en una representación simbólica, siendo suficiente para dictar la prisión preventiva que el

Ministerio Público impute a la persona uno de los tantos delitos del ordenamiento jurídico en los cuales se limita la concesión de medidas sustitutivas. Al aplicar la prisión preventiva de oficio en los delitos inexcusables como en la posesión para el consumo, también se encuentra en juego la imparcialidad judicial. No hay que olvidar que la política prohibicionista que fue adoptada por Guatemala, se alimenta de cuestiones morales como por ejemplo, el proteger a la población porque las drogas son malas, tenga o no sustento científico esta afirmación y generalización. Al legislar en esa línea de pensamiento, se da lo que se conoce como el prejuicio legislativo, por parte de aquellos que se encargaron de dar vida al proyecto de ley, muestra de esto es la manera drástica en que se sanciona cualquier actividad relacionada con el tema de las drogas.

### **c) Principio de insignificancia**

Barillas cita a Roxin y explica como herramienta para la exclusión de la tipicidad, el principio de insignificancia: “opera cuando dentro de una conducta típica que en principio es suficientemente grave pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante, lo que puede suceder por mínimo de desvalor objetivo del hecho (lesiones producidas por un empujón mínimo) o del resultado (una defraudación fiscal por una cuantía insignificante) o también por mínimo desvalor subjetivo de la acción (existe culpa leve).”<sup>15</sup> Lo que se da es una ponderación entre la conducta realizada y la lesión al bien jurídico tutelado, que por su poca o nula trascendencia podría considerarse como atípica.

---

<sup>15</sup> Manual de derecho penal guatemalteco. Pág. 186

Roxín considera que la atipicidad de una conducta puede lograrse mediante una “interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido”<sup>16</sup>. Es decir, no basta que se haya producido una lesión en el bien jurídico tutelado para que opere el aparato de justicia y se sancione a la persona, sino debe examinarse la conducta, la afectación del bien jurídico y el grado intencionalidad.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco es posible observar como algunas conductas definidas como delitos, dependiendo de una serie de supuestos, pueden dar cavidad a declarar su atipicidad por el transcurso del tiempo, un año para ser específicos. Esto se observa en el criterio de oportunidad regulado en el Artículo 25 del Código Procesal Penal, que establece: Cuando el Ministerio Público considere que el interés o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal.

Cuando se analiza el delito de posesión para el consumo desde su estructura, es posible observar que la afectación que se produce en el bien jurídico tutelado, cuyo titular es únicamente la víctima, es mínima, porque no se vulneran intereses sociales, lo que podría propugnar su atipicidad. Esto podría alcanzarse utilizando como herramienta el criterio de oportunidad en el ámbito procesal, que permita una salida alternativa al proceso penal, evitando congestionar el sistema de justicia con casos de bagatela.

---

<sup>16</sup> Roxin, Claus. **Derecho penal parte general**. Tomo I. Pág. 297

El problema en la legislación procesal penal guatemalteca, es que no se distinguió entre un consumidor y un narcotraficante, por lo cual se legislo de manera general para todos los casos relacionados con las drogas. Son dos reformas las que sancionan de manera drástica la posesión para el consumo, uno es el Decreto 32-96, que impide la concesión de medidas sustitutivas a todos los casos relacionados con drogas, menciona a los delitos del Capítulo VII de la Ley Contra la Narcoactividad pero este los desarrolla todos y el Decreto 51-2002 que establece: En lo delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad. Lo que impide que se pueda conceder un criterio de oportunidad.

Una manera de abordar el tema para conceder una medida sustitutiva o un criterio de oportunidad en el delito de posesión para el consumo, es desde la perspectiva dogmática penal, que permita una interpretación de la norma, desentrañando el espíritu de la misma y aplicar el derecho fundamentándose, no en lo que se regula en el ordenamiento ordinario sino aplicando los principios constitucionales y procesales como el de inocencia, independencia e imparcialidad judicial y el de insignificancia.

### **2.3. Proceso penal en el delito de posesión de narcóticos para el consumo**

El proceso penal se define según el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española como: "Sistema utilizado para realizar el *ius puniendi* del Estado, a través del cual se trata de averiguar la comisión de un hecho delictivo, se determina el auto y los demás partícipes, se impone una pena o una medida de seguridad a los

sindicados y, finalmente, se ejecuta la misma.”<sup>17</sup> El *ius puniendi* es la facultad que le corresponde al Estado de castigar a quienes han cometido un hecho definido como delito en la legislación, el proceso penal es el camino o la ruta a seguir para alcanzar dicho fin.

El proceso penal representa un límite, una contención a la arbitrariedad, al impedir que una persona sea sancionada sin que previamente sea sometida a un procedimiento establecido en la ley.

### 2.3.1. El castigo y el proceso penal

Para comprender de mejor manera el proceso penal es necesario entender qué es el castigo o la pena y cómo ha evolucionado a través del tiempo, partiendo desde lo más simple que es la venganza privada, en la cual se aplicaba la ley de propia mano, ponderando de manera subjetiva el daño causado y su retribución, pasando por la venganza divina, en la cual las autoridades eran designadas por Dios y por ende eran las encargadas de decidir que era ilícito y cual debía ser la sanción. Las monarquías, en las que el rey decidía el cómo, cuándo y dónde debía aplicarse la sanción, sin fijar ningún tipo de límite. Por mucho tiempo se aplicaron penas sin restricción alguna, por lo que se observaba desde desmembraciones en las plazas utilizando la fuerza de los equinos, mutilaciones de ojos, lengua, orejas y dedos. Azotes, decapitaciones, encierros perpetuos en calabozos, la horca, la utilización de elementos como la caída de una gota de agua por cierto tiempo capaz de perforar el cráneo de una persona, el

---

<sup>17</sup> <http://dej.rae.es/entry-id/E197940> (Consultado 25 de junio de 2018)

fuego en las hogueras que fue utilizado durante la inquisición para quemar el cuerpo de quienes eran acusados de hechicería.

La arbitrariedad y lo inhumano de la aplicación de las penas impulsó a algunos pensadores a propugnar la codificación de los delitos y sus respectivas penas, como en el caso del Cesare Beccaria en su obra De los delitos y de las penas, que instó a la creación de normas penales y la re definición de la sanción, desde la perspectiva de su funcionalidad en el proceso penal.

Con el establecimiento de los delitos y de las penas, se configuró el procedimiento para aplicar dicha sanción, el cuál era diseñado conforme la orientación ideológica que se tenía en la época.

La aplicación de la justicia pasó por muchas manos antes de la aparición de la República y la consolidación del Estado de derecho. Ahora, corresponde exclusivamente al Estado el ejercer el monopolio de la justicia, delegando en el Organismo Judicial la facultad jurisdiccional que le permite conocer los procesos, sentenciar y ejecutar las decisiones que ahí se ventilen y al Congreso de la República el establecimiento de los delitos y las sanciones.

### **2.3.2. Sistema procesal penal**

El proceso penal responde a una lógica que es acorde al sistema procesal al cual pertenece, desde la forma de su estructura, finalidad y orientación. Algunos autores

consideran que existe una gama de sistemas procesales con características diferentes, por lo que únicamente se abordarán los más importantes que son: el sistema inquisitivo y acusatorio.

### **a) Sistema inquisitivo**

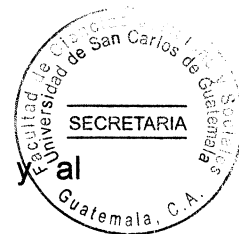
Según Julio B. Maier citado por Alberto Binder: "Hispanoamérica recibe el sistema inquisitivo de administrar justicia que era el que utilizaba España a principios del siglo XVI. Ese sistema inquisitivo, que había tenido un desarrollo desigual pero extendido en Europa, había sido adaptado a las necesidades políticas de la monarquía absoluta, bajo cuyo imperio se desarrolló la mayor parte de la conquista y colonización de América."<sup>18</sup> Fue adoptado en las legislaciones de cada país en el Código Penal, Procesal Penal y normas del régimen penitenciario. Sin embargo, lo normativo no fue lo único que se trasladó de aquel sistema, sino los problemas de gestión, de legalidad, eficiencia y funcionalidad, que posteriormente se convertirían en el clamor de cambio y fundamento de la reforma procesal.

En el sistema inquisitivo lo fundamental es la investigación o fase previa al debate, porque es donde se nutre la búsqueda de la verdad y siendo esta la única finalidad del proceso, representaba la esencia de todo.

Se expropiaba del conflicto a la víctima del delito y se ejercía en su nombre la persecución penal, relegándola a ser un órgano de prueba, sin participación durante la

---

<sup>18</sup> La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina. Pág. 5 (PDF).



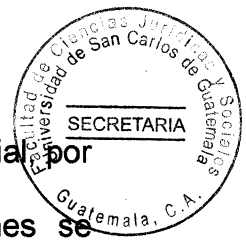
tramitación dentro del proceso penal, negándole el derecho a la justicia y al reconocimiento de su dignidad humana.

El sindicado pasa a ser un objeto dentro del proceso, priorizando su control desde el inicio, resultando importante su sujeción a través de la prisión preventiva. Su defensa técnica podía ser proporcionada por un letrado o un estudiante de leyes. Previo a la reforma procesal penal en Guatemala los bufetes populares de las universidades podían llevar casos penales y ejercer la defensa de algunos imputados a través de estudiantes, era indiferente quien lo hiciera, porque no existía un respeto estricto de los derechos humanos y de las garantías procesales.

La dirección de la investigación no se delegaba en el Ministerio Público pues era ejercida por el mismo juez encargado del caso, así que dejando por un lado la imparcialidad, era quien investigaba y reunía los elementos necesarios para presentar una acusación, que posteriormente llegaría a juicio.

La formación del expediente judicial era de vital importancia para desarrollar el proceso, por ser la herramienta empleada por el juez para resolver cualquier asunto que se ventilara en su jurisdicción.

No existían audiencias orales, así que cualquier solicitud debía remitirse al juez de manera escrita en memorial y la resolución se evacuaba de la misma forma, sin necesidad de la presencia de las partes, lo mismo en los emplazamientos y su contestación.



No se requería de la presencia de las partes para dictar cualquier resolución judicial, por lo que el juez delegaba la función jurisdiccional a sus subalternos, quienes se encargaban de redactar y resolver los asuntos relativos a los casos de su competencia, para que al final el juez únicamente plasmara su firma, algunas veces sin revisar el contenido de las mismas.

La única finalidad del proceso penal era la búsqueda de la verdad, siendo de vital importancia obtener las pruebas para llegar a su obtención, aun sobrepasando los límites legales establecidos, recurriendo a allanamientos ilegales, torturas, desapariciones forzadas y cualquier ardid que permitiera obtenerlas, a cualquier costo.

Como no existía una política de persecución penal estratégica que priorizara los casos más graves y dirigiera sus recursos para palear los fenómenos criminales, la política consistía en que todos los casos debían investigarse de manera individual, sin importar la cantidad de recursos que tuviera que invertirse, lo que no necesariamente significa que fueran ilimitados. Esto repercutía directamente en la duración de los procesos, que sobrepasaban los límites establecidos, por lo cual la prisión preventiva se convertía automáticamente en una pena anticipada.

Las salidas alternativas al proceso penal eran nulas, como política de gestión, contribuyendo directamente al crecimiento de una carga inmanejable de trabajo.



El secreto era una forma de operar en las actuaciones judiciales, la publicidad era restringida incluso para las partes, lo que afectaba los derechos del acusado, al no poder ejercer plenamente su derecho de defensa.

Se aceptaba el trabajo forzado y la pena capital como sanción dentro del proceso penal, por el irrespeto existente a los derechos humanos de los condenados.

#### **b) Sistema acusatorio**

En Guatemala al igual que en varios países de América Latina, se inició con un proceso de reforma procesal penal que permitiría un mejor funcionamiento del sistema de justicia penal con miras en el fortalecimiento institucional y en el estricto cumplimiento de los derechos humanos.

Guatemala es uno de los pioneros en Latinoamérica en iniciar con el proceso de reforma procesal penal, que se desarrolló con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala el catorce de enero de 1986, con la creación del nuevo Código Procesal Penal en 1992, la Ley Orgánica del Ministerio Público en 1994 y la Ley de del Servicio Público de Defensa Penal en 1997.

En el sistema acusatorio se modificó la estructura y la organización de los despachos judiciales, del Ministerio Público, de la Defensa Pública Penal, de la Policía y del Sistema Penitenciario, para responder a las exigencias que plantea la prestación del servicio de justicia. Identificarlo como un servicio estatal es un panorama nuevo que

ingresa con la reforma, por lo cual debe de existir un control de las actuaciones que se desarrollan en cada una de las instituciones, que permita determinar efectividad, satisfacción del usuario, flujo de casos, duración de procesos y todo lo relacionado a la situación actual del sistema que determine avances y retrocesos en la implementación del modelo.

Se le concede a la víctima un rol activo dentro del proceso penal, desde su inicio hasta su finalización. El Ministerio Público tiene la obligación de informarle sobre el estatus de la investigación y la víctima tiene el derecho a sugerir las diligencias que considere necesarias dentro de la indagación. Además, se da un reconocimiento como agraviado, no solo a quien sufrió directamente la acción por el hecho delictivo, sino al cónyuge de este, familiares o dependientes inmediatos, a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito; a los representantes de una sociedad por delitos cometidos contra la misma y a las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

Tomando el modelo de la teoría de pesos y contrapesos del Estado, se relegan las funciones dentro del proceso penal, correspondiéndole al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, al Instituto de la Defensa Pública Penal la defensa de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para costear servicio privado. Al juez de instrucción le corresponde velar por las garantías procesales y el estricto cumplimiento de la ley, de manera neutral.

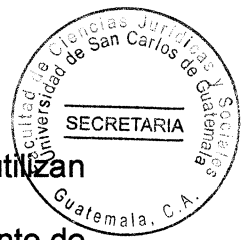


Se implementó el desarrollo de audiencias orales con intermediación del juez de instrucción, como herramienta para dirimir cualquier controversia o solicitud que pudiera suscitarse dentro del proceso penal, que deberá ser resuelta en el mismo acto por el juez con la debida fundamentación, evitando con esto las delegación de la función jurisdiccional en sus subalternos.

Es necesaria la formación de un expediente que permita llevar un control de los avances en la investigación hasta que se concluya la misma y el Ministerio Público decida presentar una acusación y apertura a debate o cualquier otra alternativa, pero pierde el protagonismo que se le daba en el sistema inquisitivo, ya que al existir audiencias orales, el juez debe tomar una decisión a partir de la información que producen las partes y no únicamente dando lectura a lo que dice en la carpeta de investigación.

El Ministerio Público queda facultado para orientar las políticas de persecución penal estratégica, en contra de aquellos fenómenos criminales que amenacen a la población utilizando técnicas como la conexión de casos, que le permita dirigir de una mejor forma sus recursos. Como ente encargado de la dirección de investigación, se le asigna como auxiliar a la Policía Nacional Civil que coadyuve en su labor.

La utilización de la prisión preventiva dentro del proceso penal se convierte en la excepción y no en la regla, siendo el juez el encargado de evaluar la pertinencia de aplicar otra media sustitutiva que evite los peligros procesales de fuga u obstaculización de la investigación y que garantice el desarrollo del proceso.



Partiendo del principio de oportunidad y de subsidiaridad de derecho penal, se utilizan salidas alternativas dentro del proceso, que permite no solo el descongestionamiento de sistema de aquellos casos en los que la lesión al bien jurídico tutelado es mínima, sino una herramienta que evite el desgaste de las partes en la tramitación del litigio y permita a la víctima una reparación digna efectiva, sin llegar al juicio.

La obtención de medios de pruebas debe realizarse mediante los mecanismos legales establecidos, respetando el marco legal y los derechos humanos. Deben ser ofrecidos en el momento procesal oportuno durante la audiencia de ofrecimiento de pruebas, para que sean reproducidos durante la tramitación del debate.

En el sistema acusatorio lo más importante es el debate, no como signo de represión sino como un derecho de cualquier persona que es acusada por el Ministerio Público de la comisión de un hecho delictivo a que mediante la presentación de pruebas de cargo o descargo, en presencia de un tribunal competente y preestablecido, sea declarada su culpabilidad o reafirmada su inocencia.

Se establece la publicidad de las actuaciones judiciales como mecanismo de control social.

### **2.3.3. Estructura del proceso penal guatemalteco**

Como ya se mencionó, el proceso penal es la herramienta que emplea el Estado para sancionar a una persona que ha cometido un hecho delictivo. Este proceso se divide o



estructura en diferentes etapas, que son: investigación, intermedia, debate o juicio, impugnación y ejecución. Para poner en marcha el sistema de justicia se requiere de una acción u omisión dirigida por una persona, que encuadre en lo que define la ley como delito y que vulnere el orden y la paz social, afectando directamente un bien jurídico tutelado. Para que se ponga en marcha la persecución penal se requiere de alguno de los denominados actos introductorios.

#### **a) Actos introductorios**

Estos consisten en la forma en que se hace de conocimiento de las autoridades la comisión de un hecho delictivo. Entre los que se encuentra:

**La denuncia:** Consiste en que una persona de manera escrita o verbal pone en conocimiento al Ministerio Público, la Policía Nacional Civil o los tribunales sobre la comisión de un hecho delictivo.

**La querella:** Esta revestida de una serie de formalidades que deben cumplirse y únicamente puede presentarse de manera escrita ante los tribunales para denunciar la comisión de un delito, para posteriormente ser remitida al Ministerio Público y que inicien las investigaciones correspondientes, debido a que los jueces no pueden investigar, con la única diferencia en que existe un control jurisdiccional sobre la carpeta judicial.

**Conocimiento de oficio:** Es la *notitia criminis* que se hace de conocimiento del Ministerio Público a través de los medios de comunicación, durante la celebración de una audiencia, publicaciones en redes sociales o cualquier medio de difusión que haga llegar la noticia sobre la posible comisión de un delito.

**Prevención policial:** cuando los agentes del orden público tienen noticia de un hecho punible perseguible de oficio, deben evitar que produzca posteriores efectos, iniciar las diligencias previas de investigación, resguardar los indicios o elementos de prueba y entablar comunicación inmediata con el Ministerio Público para que se inicien las diligencias correspondientes.

#### **a) Fase de investigación**

Con un acto introductorio se ingresa un caso al sistema de justicia, a excepción de la flagrancia, deben realizarse un conjunto de diligencias previas de investigación que permitan respaldar las solicitudes que el fiscal dirigirá al juez, ya sea una orden de allanamiento, de aprehensión o citación a primera declaración. Durante esta fase previa, no existe una persona ligada a proceso y sometida a medida sustitutiva o cautelar, por lo cual no se sujeta a ningún plazo. Por esta razón algunos autores no consideran esta etapa previa como parte de la fase de investigación, pasando por alto que el simple hecho de que el Ministerio Público tenga información de un ciudadano en su base de datos, genera derechos y obligaciones, lo que comprende el *habeas data*.

- **Control de la detención y audiencia de primera declaración**

Cuando una persona es detenida en flagrancia en el momento mismo de cometer el delito o descubierta instantes después de ejecutarlo con algún instrumento o efecto que haga pensar que participó en su comisión o sea girada una orden de detención, la obligación de los agentes captores es presentar al individuo ante un juez competente, en un plazo que no exceda de seis horas, según el Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala, para que se tome el control de la detención y se examine la legalidad de la misma, que permita continuar con el proceso o en caso contrario debe dictar inmediatamente la libertad.

Tomado el control de la detención, el juez en un plazo que no exceda de 24 horas, debe interrogar al detenido. Esta diligencia se lleva a cabo en audiencia oral y pública en presencia del imputado, su abogado defensor y del agente fiscal designado por el Ministerio Público.

El contenido de la audiencia de primera declaración consiste en la imputación de un hecho delictivo por parte del Ministerio Público en contra del detenido y la exposición de los elementos de prueba con que cuenta y la calificación jurídica provisional del hecho. El sindicado puede ejercer el derecho a declarar si así lo desea, en caso contrario puede abstenerse, sin que esto afecte su defensa. Con la imputación, el Ministerio Público procede a argumentar sobre la necesidad de ligar a proceso al sindicado. Si concurren los elementos suficientes para creer que se ha cometido un hecho delictivo y que la persona ha participado en él, el juez puede decidir ligarlo a proceso. La siguiente

fase consiste en decidir sobre la necesidad de aplicar o no una medida cautelar o sustitutiva que evite los peligros procesales de fuga o de obstaculización de la investigación que va a desarrollar el Ministerio Público, si no existe una manera de evitar estos peligros con una medida menos lesiva puede dictarse la prisión preventiva, que representaría para el sindicato encontrarse privado de libertad en un centro de detención hasta que se desarrolle el juicio o que la medida cautelar se vuelva innecesaria. Al fijarse la medida cautelar o la prisión preventiva, el Ministerio Público debe solicitar el plazo para desarrollar la investigación, el límite debe ser fijado por el juez atendiendo a las particularidades del caso, ya que si se dicta la prisión preventiva, lo ideal sería que el plazo de investigación fuera más corto. Establecido el límite para la investigación, se fija a la vez la fecha para la audiencia de etapa intermedia.

En el caso particular del delito de posesión de narcóticos para el consumo, el contenido de la audiencia de primera declaración se circunscribe al delito, ya que desde el momento en que el Ministerio Público imputa los hechos y le da la calificación jurídica provisional de posesión para el consumo, si se liga a proceso a la persona, la argumentación en torno a las medidas cautelares queda sin efecto, porque el marco normativo Procesal Penal impide conceder cualquier medida sustitutiva, por lo cual debe dictarse automáticamente la prisión preventiva y entrar en conocimiento del plazo para la investigación, sin analizar si existen o no los peligros procesales que justifiquen la imposición de la cautela.

- **Presupuestos procesales para aplicar la prisión preventiva**

La prisión preventiva es el estatus de una persona que ha sido ligada a proceso y que por no poder evitar los peligros procesales mediante una medida menos lesiva como la fianza, arresto domiciliario, sometimiento de cuidado de una institución o persona, arraigo, presentación periódica ante un tribunal o control telemático, es enviada a guardar prisión durante la tramitación del proceso, con el fin de garantizar su presencia en el juicio.

El problema con la prisión preventiva es el uso que se le ha dado como mecanismo de represión, en algunos casos como disuasivo hacia la población, queriendo igualar sus efectos a la prevención general que se logra con la prisión en las sentencias condenatorias. Como medio de prevención del delito, se envía al encierro a cuanto delincuente se encuentre en las calles, sin importar el costo social que esto representa, suplantando en obligaciones a aquellas instituciones que fueron creadas con este fin. Estas aplicaciones han desvirtuado la finalidad de la prisión preventiva.

Los presupuestos procesales son aquellos parámetros que deben ser observados por el juez durante la primera declaración que permitan determinar si existen o no peligros procesales que justifiquen la aplicación de una medida cautelar que garantice el desarrollo del proceso hasta el debate o juicio.

En el Código Procesal Penal existen tres presupuestos procesales para aplicar una medida cautelar:

- **Peligro de fuga. Código Procesal Penal. Artículo 262**

Consiste en la posibilidad de que el imputado trate de ocultarse o eludir la persecución penal y por ende frustrar la expectativa social de justicia al impedir que se lleve a cabo el juicio.

- **Obstaculización de la averiguación de la verdad. Código Procesal Penal.**

**Artículo 263**

Son todas aquellas actividades que el imputado podría llegar a realizar en contra del desarrollo de la investigación a cargo del Ministerio Público, como destruir evidencia o amenazar a los testigos.

Hay algunos autores que no aceptan la obstaculización como un presupuesto procesal que justifique la imposición de una medida cautelar, ya que si el Ministerio Público con el auxilio de los agentes del orden público no es capaz de desarrollar sus investigaciones sin injerencias de ningún tipo, como puede asegurarse que lo haga con una persona en prisión.

- **Delitos inexcusables. Código Procesal Penal. Artículo 264**

Existe una gama de delitos regulados en la legislación para los cuales no es posible otorgar una medida sustitutiva, por ende el juez únicamente puede dictar la prisión preventiva, sin entrar en el análisis concreto que justifique su aplicación.

Se colocó como presupuesto procesal para la imposición de una medida cautelar los delitos inexcusables, ya que así lo regula el Código Procesal Penal, lo que es contrario a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, estableció que: “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (*supra* párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.” Reconociendo que los únicos presupuestos procesales para dictar una medida cautelar son el peligro de fuga y la obstaculización de la averiguación de la verdad.

- **La excepcionalidad de la prisión preventiva**

Previo a aplicar una medida cautelar, es necesario que el juez determine mediante la información que es producida por las partes en la primera declaración, si existe o no un peligro procesal que la justifique. De ser así, el juez debe evaluar cuál de las medidas existentes en la legislación puede evitar que estos peligros se produzcan, privilegiando la libertad del sindicado o el *favor libertatis*. Si resulta imposible garantizar la no realización de los supuestos de fuga o de obstaculización de la investigación, como último recurso puede dictarse la prisión preventiva.

Este debe ser el mecanismo para poder aplicar la prisión preventiva, con un análisis previo de la información producida en la audiencia que permita fundamentar de manera correcta la resolución judicial. No como se ha desarrollado en la práctica de los delitos



inexcarcelables, el caso de la posesión para el consumo, que mecanizan la función jurisdiccional y vuelven simbólico su control, dictando la prisión preventiva como la regla general y no como la excepción.

La excepcionalidad de la prisión preventiva se encuentra contenida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso López Álvarez vs. Honduras, al establecer: “la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente.” Y en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su Artículo 9, tercer párrafo, regula: La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en el Artículo 7, numeral cinco, refiere: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez y otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Estas garantías que se mencionan son las medidas sustitutivas, que si bien restringen de una manera los derechos del sindicado, evitan la privación de libertad en un centro penal.

- **Medidas desjudicializadoras**

Con la reforma del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, cambió el rol de cada uno de los actores principales del proceso penal, delegando la función jurisdiccional al juez, la investigación al Ministerio Público y la defensa técnica del sindicado a la Defensa Pública Penal. En el nuevo modelo de gestión se concedió al Ministerio Público facultades discrecionales en la investigación, entendiendo a estas como: “el otorgamiento de nuevos instrumentos legales, destinados fundamentalmente a permitir a los fiscales una selección de los casos viables para su investigación y procesamiento, al mismo tiempo que a la creación de un conjunto de respuestas diferenciadas frente a los casos, con el fin de ampliar las posibilidades de solución y permitir que puedan negociar con el imputado formas de salida del sistema más sencillas y breves, al mismo tiempo que más ajustadas a las expectativas de las partes.”<sup>19</sup>

Entre esos instrumentos legales que permiten una salida alterna al proceso sin llegar a juicio, que brinden una solución efectiva al conflicto se encuentran las medidas desjudicializadoras. En el ordenamiento procesal penal guatemalteco se cuenta con el criterio de oportunidad, conciliación, medicación, conversión y la suspensión condicional de la persecución penal. Estas representan una alternativa que evitaría que casos de escasa trascendencia social como la posesión de narcóticos para el consumo, lleguen a debate, tomando en consideración que es una conducta que no trasciende de la esfera privada y personal, en la cual no se compromete el orden público.

---

<sup>19</sup> Duce, Mauricio; Riego, Cristián. **Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina**. Pág. 27



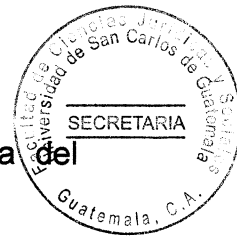
### **c) Etapa intermedia**

En el caso particular de Guatemala, se divide en dos partes, una que consiste en la audiencia de etapa intermedia, en la que el juez evalúa la solitud planteada por el Ministerio Público en su acto conclusivo o cierre de investigación. Si esta consiste en una acusación y solicitud de apertura a debate, el juez debe verificar los resultados obtenidos durante la etapa de investigación y si sirven de fundamento para someter al sindicado a un debate oral y público con expectativa de lograr una condena, en caso contrario debe rechazarla y sobreseer o clausurar provisionalmente.

La siguiente etapa, sería una audiencia de ofrecimiento de prueba, en la que tanto el Ministerio Público como el abogado defensor del sindicado, ofrecen aquellos medios de prueba que respaldan sus respectivas teorías del caso, con la posibilidad de argumentar la exclusión probatoria basados en criterios como la abundancia, innecesariedad, impertinencia o ilegalidad. Aquellos elemento de prueba que sean aceptados por el juez serán producidos durante la tramitación del juicio.

### **d) Etapa de debate**

Es la parte más importante del proceso penal, se lleva a cabo en una audiencia oral, pública e ininterrumpida, en donde se dilucidan los hechos y las pruebas en presencia de un tribunal competente y preestablecido, quien apoyado en las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, debe valorar las pruebas aportadas por las partes, para que al final sea pronunciada una sentencia que declare la culpabilidad del acusado y su



respectiva condena o se absuelva de todo cargo y se reafirme la inocencia del procesado.

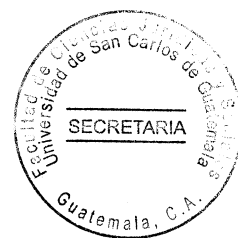
#### **e) Etapa de impugnación**

La parte que se considere agraviada, ya sea el Ministerio Público, querellante o el acusado, por la decisión plasmada en una sentencia, condenatoria o absolutoria, tiene el derecho a recurrir la decisión judicial mediante los mecanismo legales establecidos, para que un tribunal superior evalúe si se cumplió con los requerimiento legales y si se ajusta a derecho.

El examen del tribunal superior determinara si se inobservo la legislación o si existió una errónea aplicación o interpretación legal, para lo cual deberá emitir una nueva sentencia. Si tales hechos constituyen una violación del debido proceso, mandaran a anular total o parcialmente el procedimiento y retrotraerán el trámite hasta el momento que corresponda.

#### **f) Etapa de ejecución**

Con la emisión de una sentencia condenatoria y finalizada la etapa o fase de impugnación, alcanza firmeza la decisión jurisdiccional y por ende debe cumplirse lo establecido en la misma, para lo cual debe remitirse el caso a un juez de ejecución, quién tiene como función ejecutar el fallo, llevando a cabo el computo de la sentencia y velando por los derechos del detenido hasta que concluya la pena.



## CAPÍTULO III

### 3. La prisión preventiva en el delito de posesión de narcóticos para el consumo

Para analizar el contexto actual de aquellas personas que fueron procesadas y ligadas a proceso por el delito de posesión para el consumo, se requirió información al Organismo Judicial sobre la cantidad de casos que fueron judicializados en el juzgado de turno de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del municipio de Guatemala en los años 2015, 2016 y 2017, respectivamente. Según la información proporcionada fueron atendidos “4108 casos”<sup>20</sup>.

Con la reciente implementación de un mecanismo electrónico para el control de medidas sustitutivas a cargo del Ministerio Público, se tomó como parte del presente estudio y se le requirió información sobre la cantidad de personas que fueron enviadas a prisión preventiva o se les concedió medidas sustitutivas por el delito de posesión de narcóticos para el consumo en el municipio de Guatemala en los años 2015, 2016 y 2017. Reportando que un total de “1,051 personas fueron enviadas a prisión preventiva, 317 fueron beneficiadas con medida sustitutiva y a 184 se les concedió la libertad simple sin imposición de ninguna medida cautelar”<sup>21</sup>.

Existe una diferencia de casos en los datos que fueron aportados por las dos instituciones, de los cuales algunos son consistentes en faltas de mérito, criterios de oportunidad, suspensiones condicionales de la persecución penal, etc.

---

<sup>20</sup> Centro de información, desarrollo y estadística CIDEJ.

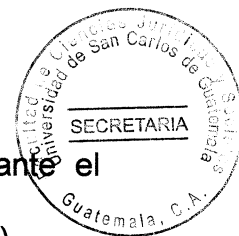
<sup>21</sup> Unidad de acceso a la información pública del Ministerio Público expediente FE-51\_2744 correlativo: 2018-692



Es posible observar que existe un flujo considerable de casos relacionados con el delito de posesión de narcóticos para el consumo. Del total de casos que ingresó al sistema de justicia que fueron registrados por el Ministerio Público, en el 68 % se dictó prisión preventiva y en el 32 % se decretó la libertad (simple o sujeta a una medida sustitutiva). Esto evidencia que se sigue priorizando la utilización de la prisión preventiva en este delito.

De los hallazgos más significativos esta la cantidad de personas que fueron reclusas en centros de privación de libertad en carácter preventivo y como buena práctica de algunos órganos jurisdiccionales se tienen aquellos casos en los que se concedió medidas sustitutivas o la libertad simple, sin necesidad de una cautela.

Es pertinente evaluar lo que representa la prisión preventiva para aquellas personas que tienen el hábito de consumir algún tipo de droga (ya sea de forma recreativa, medicinal o por una dependencia crónica). En primer lugar, el encierro no constituye un método para tratar la dependencia hacia las drogas, así que si la salud es el bien jurídico que protege el Estado a través de la prisión preventiva, está lejos de cumplir con su objetivo. Otro punto a abordar es la estigmatización que sufre el individuo al ser recluso en un centro penal, tanto por la comunidad a la que pertenece como por la sociedad, por la criminalización a la que es sometido por la legislación y las autoridades, que lo convierte automáticamente en un criminal. También ocurre lo que se conoce como daño a terceros, que son los efectos colaterales que produce la prisión (preventiva y por condena), que deben ser tolerados por la familia, al incurrir en gastos



cuando uno de sus miembros es privado de libertad (defensa privada durante el proceso, pago de fianza, traslados, visitas a centros penales, medicamentos, etc.)

En el otro extremo, se ubica el Estado junto con el conjunto de instituciones que integran el aparato de justicia y que es el conducto por el cual se canaliza el *ius puniendi* de este. Como ley universal, toda acción tiene una reacción directamente proporcional y esto es aplicable en el ámbito jurídico; si se analiza que repercusiones tiene para el Estado el aplicar la prisión preventiva de oficio en delitos como la posesión para el consumo, en primer lugar representa un incremento de la población penitenciaria. Esto no debería ser alarmante, ya que se cuenta con distintos centros penales (preventivos, de condena y máxima seguridad) a nivel de la república, pero según la Memoria de Labores del Ministerio de Gobernación del año 2017, el Sistema Penitenciario reportó una sobrepoblación del 249 % en los centro penales (tanto para hombres como mujeres), albergando un total de “11,291 privados de libertad en situación de condena y 11,703 en situación preventiva”<sup>22</sup>, montos que prevén las autoridades, continuara en aumento en los próximos años.

El hacinamiento en las cárceles impide que sean separados aquellos que se encuentran en prisión preventiva de los condenados, lo que dificulta el trato diferenciado que debería existir entre alguien que es inocente a quien ya se encuentra purgando una pena, según la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 10, exponiéndolos a un ambiente de criminalidad. A la vez, representa un

---

<sup>22</sup> <http://mingob.gob.gt/memoria-de-labores-2017/> Pág. 57 (Consultado: 04 de julio de 2018)



obstáculo para cubrir las necesidades básicas de la población reclusa en los centros penales (alimentación, salud, seguridad, ocio, servicios, espacio, educación, trabajo).

Esto es un impedimento para que el Sistema Penitenciario pueda cumplir sus fines, que son la reeducación y readaptación, para quienes han sido condenados y la custodia de aquellos que se encuentran en prisión preventiva como mecanismo de cautela que asegure su permanencia dentro del proceso penal y evite los peligros procesales (fuga y obstaculización de la investigación), violentando así los derechos humanos de todo el que se encuentre privado de libertad.

Desde una perspectiva criminológica, no se ha comprobado que la represión a través del aparato de justicia merme el consumo de drogas. Esta es una de las razones por las cuales algunos países incluyendo a Estados Unidos, han adoptado políticas alternativas a la prohibicionista, que ataquen directamente al fenómeno y disminuya el consumo de parte de la población.

Como política de gestión, perseguir a consumidores de drogas y judicializar casos de escasa trascendencia social no va acorde a una persecución penal estratégica, porque satura el sistema con casos de bagatela, con la mínima expectativa de llegar a juicio, por la cantidad de opciones procesales que se encuentran en la legislación (medidas desjudicializadoras), utilizando recursos institucionales que podrían ser aprovechados en aquellos fenómenos criminales que verdaderamente afectan a la población en general.



Dictar la prisión preventiva de oficio en el delito de posesión de narcóticos para el consumo no hace más que agravar la situación, tanto para la persona que es privada de su libertad como para el Estado que debe asumir los costos que representa la estadía del recluso en un centro penal.

### **3.1. La oficina de medidas alternativas y sustitutivas como una solución para disminuir la prisión preventiva**

En Guatemala el control de las medidas sustitutivas fue inexistente o simbólico, hasta la implementación de un Módulo de control de cumplimiento de medidas sustitutivas por parte del Ministerio Público, en el año 2016. Anteriormente en la práctica, lo que existía era lo que se llama coloquialmente como **el libro** y su rito consistía en que después de celebrarse la primera declaración y que el juez sometiera a una medida sustitutiva al imputado, si esta consistía en la obligación de presentarse ante tribunal o autoridad designada, este debía acudir periódicamente a un juzgado o a la sede de alguna fiscalía a firmar el libro de control. Esta era la única medida cautelar en la cual se tenía cierto control del imputado, quien en ocasiones enviaba a alguien o simplemente se abstenía de presentarse a firmar por la falta de formalidad en el monitoreo de la misma. La forma de detectar el incumplimiento de alguna medida sustitutiva era que el sindicado dejara de asistir a alguna audiencia, citación o que el agraviado denunciara el quebrantamiento de la misma.

En la actualidad, durante la tramitación del proceso penal, si las circunstancias lo permiten y el juez valora la posibilidad de otorgar una medida desjudicializadora (criterio



de oportunidad, suspensión de la persecución penal) junto con alguna medida de abstencionismo, como la prohibición de utilizar estupefacientes o ingerir bebidas alcohólicas, no existe una institución que vele por el fiel cumplimiento de las medidas.

El Módulo de control de cumplimiento de medidas sustitutivas únicamente es capaz de monitorear la presencia del imputado dentro del perímetro de la institución, no así del resto de medidas sustitutivas que pueden concederse dentro del proceso penal. Esto provoca que los jueces privilegien la aplicación de la prisión preventiva como único medio de garantizar la presencia del sindicado dentro del proceso y la no obstaculización de la investigación desarrollada por el Ministerio Público.

Existe una institución en el sistema de justicia argentino que se encarga del control y monitoreo de las medidas sustitutivas y se denomina Oficina de medidas alternativas y sustitutivas.

### **3.1.1 Definición**

La Oficina de medida alternativa y sustitutiva también conocida como Servicios de antelación a juicio en México, forma parte del trabajo que se desarrolla en el sistema de justicia penal. "Son programas que otorgan una metodología para proveer al juez y a las partes, información concreta y confiable para la discusión de la procedencia de la medida cautelar, y ofrecen mecanismos de control o supervisión de las medidas

cautelares alternativas”<sup>23</sup>. Su labor consiste en la recuperación, manejo, procesamiento y verificación de información de los sindicatos, previo y durante el desarrollo de proceso penal que favorecen la toma de decisiones por parte del juez y finaliza en la etapa intermedia.

### 3.1.2. Historia

El antecedente de la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas se ubica en el llamado *Pretial Service Program* de los Estados Unidos, su primer proyecto fue el *Manhattan Bail* implementado en la ciudad “New York en 1961”<sup>24</sup>.

La iniciativa surgió producto de la cantidad de sindicatos que eran enviados a prisión preventiva por no tener la capacidad de cubrir el monto de la fianza que les era impuesta por el juez, por lo cual fue necesario que se evaluarán los peligros procesales tomando en consideración otros criterios a parte del económico, cómo el arraigo de la persona, sus nexos familiares, antecedentes de cumplimiento en otros procesos. Esta evaluación era realizada por el personal del *Petrial Service*, quienes emitían una recomendación basados en la información que era recopilada, para que fuera el juez quién tomara la decisión final.

---

<sup>23</sup> Gutiérrez, A., Reyes, N. y Villadiego, C. **Manual de servicios de antelación a juicio**. Pág. 18

<sup>24</sup> <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/181939.pdf> (Consultado: 16 de octubre de 2018)

### **3.1.3. Servicios que brinda la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas OMAS**

La labor de la oficina inicia con la detención del imputado, su personal debe ser informado inmediatamente para que puedan entrar en contacto con la persona y así obtener su consentimiento para llevar a cabo la evaluación. De ser autorizada la intervención, el primer paso consiste en una entrevista entre el imputado y el personero de la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas, para obtener todos aquellos datos que permitan identificarlo y recopilar aquella información que sea de utilidad para evaluar el nivel de riesgo o de peligro procesal (antecedentes penales y policíacos, lugar de trabajo, nivel de estudios, nexos familiares, dirección del domicilio, comportamiento previo antes de la detención). Posteriormente, se da por concluida la entrevista y se procede a verificar la información obtenida, utilizando las bases de datos que se tengan al alcance y herramientas como llamadas telefónicas que faciliten el contacto con las fuentes de información, evitando en todo momento ocasionar un perjuicio durante el proceso.

Finalizada la verificación, debe ser preparado un informe que contenga una ponderación del nivel de riesgo a partir de la información recopilada, todo esto antes del desarrollo de la audiencia de primera declaración, ya que se pretende que la información esté disponible para las partes (fiscal, abogado defensor, juez y querellante) previo a iniciar con la apertura. No todos los servicios de antelación funcionan de manera similar, existen algunos que incluyen dentro del informe la recomendación de la medida sustitutiva o cautelar que consideran más oportuna para el caso. En Guatemala, tanto la defensa como el agente fiscal, realizan esta tarea de la

recopilación de información acoplándola a sus respectivas pretensiones para presentarla de manera independiente ante el juez. La validez del informe de la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas la proporciona su actuación de carácter neutral dentro del proceso.

Emitido el auto de procesamiento y de medida sustitutiva, procede la fase de monitoreo. Esta inicia con una nueva entrevista entre el procesado y el personal de la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas, donde se le hace de conocimiento el contenido del plan de control y como debe ser su actuación durante el proceso, incluyendo las advertencias de lo que puede suceder en caso de quebrantar la medida impuesta por el juez. Todo se realiza debidamente documentado. Existen distintos planes de control dependiendo del nivel de riesgo procesal obtenido en el informe.

El monitoreo o control de la medida consiste en verificar de manera periódica que el imputado ajuste su actuación a lo ordenado por el juez en el plan de control. Si en determinado momento se detectará el quebramiento de lo acordado, la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas debe preparar un informe y hacerlo de conocimiento a las partes procesales, para que el juez en audiencia evalúe la necesidad de reformar la medida sustitutiva o simplemente emitir un apercibimiento.

La actuación de la Oficina de medidas alternativas y sustitutivas finaliza en la etapa Intermedia, si se solicita la apertura a debate y es declarado con lugar. Caso contrario, si se presenta la solicitud para aplicación de una medida desjudicializadora o alternativa, se amplía la intervención de la oficina con el fin de verificar que se cumplan



los acuerdos pactados entre las partes y las medidas de abstención dictadas por el juez.

#### **3.1.4. Posicionamiento institucional**

Para la implementación de un plan piloto de una Oficina de medidas alternativas y sustitutivas es necesario considerar la creación de un marco legal que le brinde soporte es decir, a partir de la emisión de un decreto legislativo. Debe contar con una estructura, organización, presupuesto y funcionamiento independiente de las otras instituciones que forman parte del sistema de justicia (Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal, Sistema Penitenciario), porque esto dota de imparcialidad y neutralidad su actuación y trae como resultado su credibilidad a nivel institucional.

#### **3.2. Derecho comparado sobre el delito de posesión de narcóticos para el consumo**

La lucha contra las drogas es una política que ha traspasado fronteras y que responde a un fenómeno de naturaleza global que ha requerido de la cooperación entre países a nivel regional y continental para contrarrestar sus efectos. Como ya se mencionó anteriormente, los mecanismos que han servido de base para fundamentar esta lucha y la política prohibicionista son los distintos instrumentos internacionales (convenciones, convenios, tratados) en materia de drogas que han sido auspiciados por las Naciones Unidas.



Cada uno de los países que han ratificado su compromiso en los distintos instrumentos internacionales, asumieron la responsabilidad de generar un marco legal que respondiera a las finalidades de este tipo de política.

En un momento determinado existió un consenso a nivel internacional en las distintas legislaciones sobre la represión de cualquier actividad relacionada con las drogas. La realidad social generó la necesidad de evaluar la política prohibicionista en distintos contextos, discriminándola por sus efectos y resultados, concluyendo en que algunos países optaron por abandonar el prohibicionismo y reorientar la lucha contra las drogas desde políticas alternativas que afrontaran de mejor manera el fenómeno, entre estos están Canadá, Estados Unidos, México, Costa Rica, Colombia, Uruguay y Holanda.

### **3.2.1. Procesos de despenalización, descriminalización y legalización del consumo como política alternativa**

La ineficiencia de la política prohibicionista para lograr la reducción del consumo de drogas en la población, la erradicación definitiva de la siembra y el “cultivo de coca”<sup>25</sup>, el control de mercado ilícito, el desbaratamiento de grupos criminales (narcotráfico), el control de economías paralelas, sin dejar de considerar el alto costo económico y de violencia que representa para los estados la lucha contra las drogas, generó la necesidad de optar por políticas alternativas, que brindaran mejores soluciones a la problemática, como la despenalización, descriminalización y legalización del consumo.

---

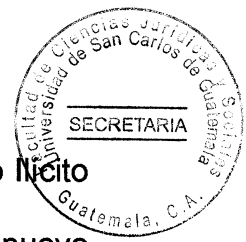
<sup>25</sup> <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/drogas/publicacoes.html> (Consultado: 7 de julio de 2018)

La primera consiste en un cambio en el ámbito normativo, eliminando la punición para quien posea cierta cantidad de droga para su propio consumo y la segunda se refiere a sancionar de manera leve la conducta, considerando la posesión no como un delito sino una falta, la sanción puede consistir en una infracción o una respuesta de carácter social, como la rehabilitación o desintoxicación. La última hace referencia a la socialización de una conducta, es decir su extracción del ámbito penal para convertirse en una conducta socialmente aceptada, la regularización y control se adjudica al Estado (concesión de licencia para proveedores y consumidores, reglamentación del consumo en lugares públicos, prohibición del consumo para menores de edad, establecimiento de límites legales para la posesión).

La experiencia de aquellos países que han adoptado políticas alternativas ha obtenido mejores resultados a quienes optan por el prohibicionismo, con menor costo económico y de violencia, promulgando su eficiencia, generando su adopción en distintas legislaciones.

#### **a) Canadá**

Una de las promesas de campaña electoral en el año 2015 del primer ministro canadiense Justin Trudeau, ha concluido en el presente año con la aprobación del proyecto de ley C-45, con el cual se legaliza el consumo con fines recreativos del cannabis en Canadá, siguiendo los pasos de su similar en América del Sur, Uruguay, con las dificultades del caso por haber ratificado instrumentos internacionales como: la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su protocolo 1972; el Convenio de



1971 sobre Sustancias Psicotrópicas y la Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Con la implementación del nuevo proyecto de ley, será legal que una persona adulta (mayor de dieciocho años) pueda poseer 30 gramos de cannabis para su propio consumo y se permitirá el autocultivo de cuatro plantas por persona, aunque prevén que cada provincia pueda emitir sus propias regulaciones. Esto no significa que se ha legalizado cualquier actividad relacionada con las drogas, pues implementarán mayores controles y se sancionará de manera drástica a cualquier persona que participe de actividades ilícitas relacionadas con las mismas.

Esta política de legalización está siendo utilizada como estrategia para hacerle frente al narcotráfico y arrebatarle de las manos el mercado del cannabis, con lo cual pretenden tomar el control de la producción y distribución en centros debidamente identificados que posean una licencia y, con esto evitar que los consumidores entren en contacto con personas que forman parte de redes criminales, que les suministren drogas de cualquier tipo, exponiéndolos a un riesgo mayor. A la vez, proyectan la imposición de impuestos que generen ingresos para el Estado. Como parte de la estrategia de legalización esta la prevención del consumo de drogas mediante campañas de información dirigidas a la población.

- **Comparación con el caso de Guatemala**

En Guatemala han sido múltiples los intentos por regular el consumo del cannabis y lograr así su legalización, durante el gobierno de Otto Pérez Molina, en el año 2012, el exmandatario abrió el dialogo en la región sobre la necesidad de la despenalización de

las drogas como una estrategia para hacerle frente al narcotráfico y reducir la violencia que estos grupos provocan. Durante el mes de septiembre del mismo año, se presentó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el único fin de dar apertura al debate sobre la necesidad de aplicar políticas alternativas a nivel regional en la lucha contra las drogas. El tema desató polémica a nivel internacional, provocando el rechazo de algunos mandatarios, como en el caso del presidente de los Estados Unidos, quien vedó la propuesta por considerarla inviable.

#### **b) Estados Unidos**

Contrario a lo que podría pensarse de un país que ha promulgado la política prohibicionista a nivel internacional desde sus inicios, que ha invertido millones de dólares en proyectos de cooperación con varios países de América Latina y del mundo en la lucha contra las drogas y, que se ha encargado de verter los argumentos necesarios para alimentar esta batalla sin fin en contra del mercado ilícito de las drogas, en la práctica, al interior de sus fronteras, ha adoptado políticas alternativas sobre el consumo de las mismas. No es de extrañar esta actitud, si se comparan los resultados obtenidos de aplicar el prohibicionismo al de las políticas alternativas.

A qué lógica responde promulgar el prohibicionismo en otros países y legislar de manera distinta en el propio territorio; la respuesta consiste en que por mucho tiempo se asoció a que el funcionamiento del mercado ilícito de las drogas dependía de la oferta y no de la demanda. Esto provocó que todas las acciones contra el narcotráfico se dirigieran a aquellos países productores o de tránsito, ya que allí se gestaba el

problema, dejando por un lado la demanda que se concentraba en su gran mayoría en aquel país.

La legalización del cannabis fue una política alternativa que adoptaron algunos estados para regular el mercado y el consumo de la población. A nivel federal, sigue considerándose ilegal la marihuana, sin embargo ha sido legalizado el uso recreativo en nueve estados y el uso medicinal en 30 de los 50 estados.

El último en tomar parte de esta política alternativa, fue el Estado de California que en el 2016 aprobó mediante la llamada Propuesta 64 la legalización del consumo de cannabis para uso recreativo. Esta consiste en que una persona adulta (mayor de 21 años) pueda poseer 28.5 gramos de cannabis para su consumo, se permite el autocultivo de seis plantas por persona y se regula la venta en tiendas que cuenten con la licencia respectiva otorgada por las autoridades. El proceso de implementación reglamentación y la concesión de licencias a los comercios llevo un período de un año, lo que retraso la puesta en marcha del proyecto. El uso medicinal del cannabis no formo parte de la iniciativa por ser legal en California desde el año de 1996.

La aprobación de la Propuesta 64 fue muy esperada por los alcances económicos que proyectaba, al representar el Estado de California uno de los mayores mercados de cannabis en los Estados Unidos. Además, "Los que defendieron la legalización argumentaron que al 'normalizar' el consumo de la 'maría' se reducirían los costes del

sistema de justicia, el hacinamiento en las cárceles, la violencia entre los grupos de narcotraficantes y los arrestos desproporcionados de minorías.”<sup>26</sup>

Se menciona a grupos minoritarios porque algunas investigaciones en el sistema de justicia revelaron que la mayoría de personas que estaban siendo procesadas por la posesión de marihuana para el consumo eran afrodescendientes o latinos, lo que enmarca una persecución selectiva y discriminatoria.

Múltiples organizaciones que velan por los derechos de los inmigrantes se pronunciaron en favor de la Propuesta 64 por ser la herramienta que permitirá que algunos de los que han sido detenidos y procesados penalmente por la posesión simple de marihuana, puedan continuar con su proceso de regularización de estatus migratorio y evitara que se siga utilizando el sistema de justicia para perseguir a aquellos que se encuentran de manera ilegal en aquel país. Anteriormente, un cargo por posesión era suficiente para denegar la solicitud de residencia o perder el estatus de residente y automáticamente ser deportado por las autoridades.

Los beneficios económicos que se plantean en la Propuesta 64 no solo beneficiaran al Estado, mediante la imposición de impuestos como una actividad comercial, sino servirá de fuente para la creación de empleos en diferentes ramos.

---

<sup>26</sup> <https://www.univision.com/los-angeles/kmex/noticias/elecciones-2016/california-legaliza-la-marihuana-y-crea-el-mayor-mercado-de-cannabis-en-eeuu> (Consultado: 9 de julio de 2018)

- **Comparación con el caso de Guatemala**

Contrario al caso de los Estados Unidos y su forma de administración en estados federales, en donde existen normas de aplicación a nivel estatal y federal, en Guatemala todas las leyes creadas por el Congreso de la República son de observancia general para toda la población. Por ende, no podría legalizarse o regularse el consumo del cannabis en algunos departamentos y en otros no. De crearse un proyecto de esta naturaleza, sería para que su aplicación fuera a nivel República.

**c) México**

En la legislación mexicana existen dos aspectos a resaltar en lo que atañe al delito de posesión de narcóticos para el consumo. El primero es la existencia de una tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato, ubicada en la Ley General de la Salud en el Artículo 479, que permite establecer cuando una conducta se clasifica como posesión para el consumo, a partir de la cantidad y tipo de droga que se le incaute a la persona. Y el segundo aspecto es la despenalización de la posesión para el consumo, que fue decretada por el Congreso de la Unión mediante una reforma que se introdujo en el año 2009.

Así, según la Ley General de la Salud de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión del 7 de febrero de 1984, reformada en su Artículo 478, primer párrafo establece: "El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de

los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia”. Con la despenalización de la posesión para el consumo, es legal que una persona pueda portar cinco gramos de marihuana sin temor a ser perseguido penalmente. Lo referente al autocultivo, sigue siendo ilegal, aunque recientemente en el año 2015, fue emitida una sentencia de amparo en revisión por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que autoriza a los amparistas a cultivar marihuana para consumo recreativo, sin fines comerciales.

La solución que plantean las autoridades mexicanas va dirigida a evitar la criminalización de los consumidores, extrayendo del ámbito penal la conducta y orientándola al campo de salud, brindando soluciones alternativas como el tratamiento médico o la rehabilitación, a una respuesta de carácter punitivo que en nada ayuda a proteger la salud.

Algo distinto de la legislación mexicana a otras en las que se establece la despenalización de la posesión para el consumo, es que no solo abarca el cannabis sino otro tipo de drogas como el opio, heroína y cocaína, entre otras con sus respectivas dosis.

- **Comparación con el caso de Guatemala**

En Guatemala existe una laguna legal en lo que respecta al delito de posesión de narcóticos para el consumo. Dentro de la estructura del tipo penal no se establece qué cantidad de droga debe poseer una persona para que se configure el delito de posesión para el consumo, dejando al arbitrio del juez determinar en cada caso particular si la cantidad de droga que le es incautada al imputado es para su propio consumo o si puede ser indicio de otro tipo de actividad delictiva, como comercio y tráfico.

**d) Costa Rica**

La posesión de narcóticos para el consumo se encuentra regulada en la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, en su Artículo 79, el cual establece: “se promoverá y facilitará el internamiento o el tratamiento ambulatorio voluntario y gratuito confines exclusivamente terapéuticos y de rehabilitación en un centro de salud público o privado, de quien, en las vías públicas o de acceso público, consume o utilice drogas de uso no autorizado; esta disposición tiene el propósito de desintoxicar al adicto o eliminarle la adicción...” por lo cual puede deducirse que se trata de una conducta discriminalizada por el establecimiento de una respuesta de carácter no punitivo por parte del Estado, priorizando la salud y la vida del consumidor brindándole servicios como la rehabilitación y desintoxicación voluntaria.

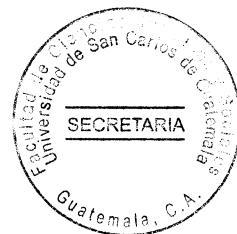
La posesión para el consumo no es un delito en este país pero, al igual que en el caso de Guatemala, existe una dificultad por una laguna legal y es que no se establece en la legislación una cantidad que sirva de parámetro para determinar si se trata de esta o de otra conducta delictiva como el tráfico de drogas, dejando a discreción del juez tomar la decisión.

En Costa Rica se suscitó un fenómeno criminal que incremento la población penitenciaria producto de la participación de mujeres en actividades de tráfico de drogas. “De acuerdo con datos recopilados por la Defensa Pública, hasta marzo de 2012 había 120 mujeres reclusas por introducir droga en las cárceles, lo que representaba alrededor del 15 por ciento de la población carcelaria femenina. La mayoría son jóvenes de 25 a 35 años, solteras y con hijos.”<sup>27</sup> Al indagar sobre las motivaciones de cada una de ellas para cometer estos delitos, detectaron que muchas lo hacían por presión del marido o pareja sentimental que se encontraba guardando prisión en algún centro penal, coaccionadas, de alguna manera víctimas de violencia de género y que al ser capturadas, en el caso de aquellas madres de familia, dejaban en abandono a sus hijos. Esto provoco que fuera introducida una reforma a la Ley Sobre Estupefacientes, en el año 2013, que permitiera al juez ponderar la situación con un enfoque de género.

Costa Rica es un ejemplo de cómo la legislación debe adaptarse a aquellos fenómenos criminales que surgen de la propia realidad social.

---

<sup>27</sup> <https://www.tni.org/es/publicacion/reforma-de-la-ley-de-drogas-en-costa-rica-guia-basica> (Consultado: 9 de julio de 2018)



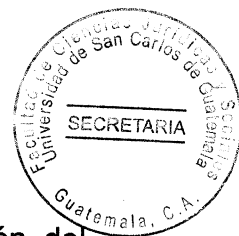
- **Comparación con el caso de Guatemala**

En Guatemala la respuesta que ofrece el Estado a aquellas personas que tienen el hábito de consumir drogas (de manera recreativa, medicinal o por dependencia) es de carácter punitivo, al criminalizar la posesión para el consumo en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad. La salud del consumidor se ve en detrimento al recluirse de forma oficiosa en un centro penal para guardar prisión preventiva, mientras el Ministerio Público desarrolla la investigación, todo esto a la luz de lo que se establece en el Artículo 264 del Código Procesal Penal.

**e) Colombia**

En el ordenamiento jurídico colombiano anteriormente se regulaba la posesión de narcóticos para el consumo en el Artículo 51 de la Ley 30 de 1986, que establecía: El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones. Los parámetros para definir la dosis personal se ubican en el Artículo 2, literal j del mismo cuerpo legal.

La posesión para el consumo constituyó delito hasta que en 1994 fue promovida una acción de inconstitucionalidad por el ciudadano Alexandre Sochandamandou, cuya sentencia de la Corte Constitucional (C-222/94) declaró inexecutable el Artículo 51 de la Ley 30 de 1986, basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, despenalizando esta conducta.



En el año 2016, fue aprobada por el Congreso de la República la legalización del cannabis para usos medicinales.

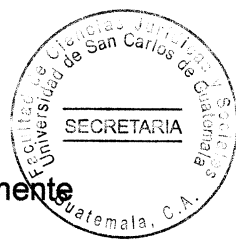
En Colombia está permitido que una persona posea 20 gramos de marihuana para su propio consumo. Ahora, la posesión simple si está tipificada mientras no se logre comprobar que es para el propio consumo.

- **Comparación con el caso de Guatemala**

No existe registro de alguna acción de inconstitucionalidad que se haya planteado contra el delito de posesión para el consumo. Únicamente se tiene el Expediente 1604-2015 de la Corte de Constitucionalidad, en el que se presentó una acción de inconstitucionalidad general parcial en contra del numeral 3, del Artículo 25 del Código Procesal Penal, que impide que se conceda criterio de oportunidad en los delitos tipificados en la Ley Contra la Narcoactividad, mismo que fue desestimado. Por lo tanto, la posesión para el consumo sigue constituyendo un delito.

#### **f) Uruguay**

La posesión para el consumo fue despenalizada con la implementación de la Ley No. 17.016 de 1998, que en el Artículo 31, segundo párrafo, regulaba: Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que le han formado.



No se estableció ninguna medida para quien fuera detenido por este delito, solamente se definió una exclusión de una sanción penal. El consumo era tolerado en cierta medida, no así el cultivo y la distribución, por lo cual quien deseaba tener acceso a las drogas, debía adquirirlas en el mercado ilegal.

Después de un largo proceso legislativo iniciado desde el año 2013 durante el gobierno de José Mujica que culminó en el año 2017, Uruguay se convirtió en el primer país de Sudamérica y del mundo en legalizar la producción, la venta y consumo recreativo del cannabis como política para combatir el narcotráfico y la adicción.

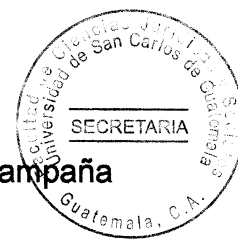
De conformidad con la ley No. 19.172 del Senado y la Cámara de Representantes de la Republica Oriental de Uruguay, que en su Artículo 7 establece: El que sin autorización legal, importare, exportare, introdujere en tránsito, distribuyere, transportare, tuviere en su poder no para su consumo, fuere depositario, almacenare, poseyere, ofreciere en venta o negociare de cualquier modo, alguna de las materias primas, sustancias, precursores químicos y otros productos químicos mencionados en el artículo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en éste, será castigado con la misma pena prevista en dicho artículo. Quedará exento de responsabilidad el que transportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere una cantidad destinada a su consumo personal, lo que será valorado por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de ello, se entenderá como cantidad destinada al consumo personal hasta 40 gramos de marihuana. Asimismo, tampoco se verá alcanzado por lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo el que en su hogar tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere la cosecha de hasta seis plantas de cannabis de

efecto psicoactivo obtenidas de acuerdo con lo dispuesto en el literal E) del artículo 3° de la presente ley, o se tratare de la cosecha correspondiente a los integrantes de un club de membresía conforme con lo previsto por el literal F) del artículo 3° de la presente ley y la reglamentación respectiva.

Se despenaliza la posesión de narcóticos para el consumo y el autocultivo del cannabis, siempre que se cumpla con la normativa establecida.

Partiendo de la experiencia de otros países que han optado por políticas alternativas, como el caso de Holanda, en Uruguay tuvieron la previsión de evitar algunos problemas como el narcoturismo, por lo cual se estableció que únicamente los uruguayos o residentes en el país, mayores de 18 años, puedan inscribirse en el registro oficial que les autoriza a comprar cannabis en las farmacias que lo distribuyen (únicamente diez gramos por semana), lo mismo para el autocultivo (seis plantas por persona).

Algo novedoso que resulta de reglamentar la producción y la venta del cannabis es que el Estado puede controlar la oferta del mercado, regulando el precio, la cantidad y la calidad del producto, es importante resaltar que el cannabis que está siendo suministrado en la farmacias se vende a menor precio que el del mercado ilícito, con lo cual esperan desalentar la competencia de quienes lucran del narcotráfico y a la vez evitar que los consumidores entren en contacto con personas que se dedican a actividades ilícitas y que les ofrecen todo tipo de drogas.



Como parte de la estrategia para combatir la adicción a la drogas existe una campaña de información dirigida a la población para prevenir el consumo de drogas.

Puede percibirse como una contradicción el legalizar el consumo recreativo del cannabis y luego decirle a los ciudadanos que no lo hagan, pero el aplicar este tipo de políticas permite abordar el tema de una mejor manera, porque no se reprime con un castigo sino se orienta al ámbito de salud y se priorizan soluciones como la rehabilitación y la desintoxicación, para quienes sufren de alguna dependencia y, la prevención para quienes no han experimentado con drogas.

- **Comparación con el caso de Guatemala**

Uno de los primeros antecedentes por regular el consumo recreativo y medicinal del cannabis en Guatemala lo realizó el expresidente Otto Pérez Molina, al aperturar el dialogo en la región sobre la necesidad de despenalizar las drogas como política de seguridad que permitiera hacerle frente al crimen organizado.

A este proyecto le faltó estrategia para su ejecución. Uno de los errores que cometió el exmandatario fue utilizar el eslogan **despenalización de las drogas**, porque automáticamente daba a entender que se estaba considerando incluir en el paquete todo tipo de narcóticos (marihuana, cocaína, heroína, sintéticas, etc.) lo cual no es acertado si se considera la experiencia de aquellos países que han atravesado largos procesos legislativos para legalizar únicamente el cannabis, que es una droga blanda en comparación con otras.

### **g) Holanda**

La experiencia holandesa ha servido de ejemplo para muchos países, no solo del continente europeo sino a nivel mundial, tanto en sus aciertos como en sus dificultades, en lo que atañe a la aplicación de políticas alternativas como estrategia para mitigar el consumo de drogas.

Debido a una crisis social producida por el incremento del consumo de heroína en la población, las autoridades decidieron combatir el fenómeno aplicando una política que les permitiera prevenir el consumo a partir de la creación de campañas de información, brindando tratamiento a aquellos adictos o farmacodependientes, tomando el control del consumo de la población estableciendo espacios sociales en donde se suministrara la droga y se permitiera su utilización, sentando una política de persecución penal estratégica que descriminalizara al consumidor y dirigiera todos sus esfuerzos en contra de aquellos grupos criminales que lucran de actividades como el tráfico, transporte, distribución, almacenamiento y venta de drogas de manera ilegal.

En Holanda, según la Ley de Opio de 1976, se promulgo una política de tolerancia que permite que sus ciudadanos posean cierta cantidad de cannabis para su propio consumo, sin temor a represalias de carácter penal por parte de las autoridades. Es decir, continúa siendo un delito, pero se excluye su persecución penal, mientras se realice en determinadas circunstancias definidas en la ley.



Se estableció una clasificación entre drogas duras y drogas blandas, ubicando al cannabis dentro de la segunda categoría, por los escasos efectos que produce en la salud en comparación con la heroína, cocaína y las drogas sintéticas, que forman parte de la primera categoría por su lesividad.

Todas las drogas son ilegales, pero existe cierta permisibilidad en que la población pueda consumir cannabis en espacios controlados y privados, que son los llamados *CoffesShops*, quienes tienen autorizado suministrar cinco gramos por día y por persona, no se les permite vender drogas duras, hacer publicidad de drogas, causar molestias al vecindario ni vender drogas a menores de edad (18 años) o permitir su ingreso a los establecimientos, bajo la amenaza de clausura del local y procesamiento penal en contra del propietario en caso de “incumplimiento”<sup>28</sup>.

El consumo en espacios públicos no es permitido, pero según la estrategia del Ministerio Fiscal, si un agente del orden público detiene a una persona con una cantidad de cannabis menor o igual a una dosis personal para el consumo, no lo procesa, basado en el principio de oportunidad, aunque si confisca la droga en el acto.

La aplicación de una política liberal permisiva sobre el consumo de drogas ha representado diversos desafíos para las autoridades de los países bajos, entre estos el llamado narcoturismo. Con el prohibicionismo imperante en la mayoría de países, resultó de gran atractivo para los turistas visitar el país con el propósito de conocer los

---

<sup>28</sup> <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45925.pdf> (Consultado: 8 de julio 2018)



llamados *CoffesShops*, en los cuales se les permitía el acceso como a la mayoría de ciudadanos y podían convivir en un espacio en donde se toleraba el consumo de cannabis, sin el riesgo a ser detenidos. Con la demanda tanto de nacionales como de extranjeros se generó un incremento en la oferta, no solo en estos establecimientos sino del mercado ilícito de las drogas. Una de las soluciones que se planteó en el 2012, para contrarrestar el fenómeno, fue la creación de una licencia o *Weed Pass*, que se le otorgaría únicamente a los ciudadanos que se registraran y excluiría definitivamente a los extranjeros, eliminando el turismo con fines de consumo. Esta medida fue rotundamente rechazada por la población, por la desconfianza en el manejo de información de quienes decidieran registrarse para obtener de dicha licencia y porque se criminalizaría a los extranjeros, al negarles el servicio en los *CoffesShops*, obligándolos a recurrir al mercado ilícito.

Otro desafío surgió de la contradicción imperante en la legislación holandesa que permitía el suministro y consumo de cannabis para la población en los *CoffesShops*, al mismo tiempo, prohibía su cultivo a gran escala (ya que se permite el cultivo de cinco plantas por persona en circunstancias no profesionales), lo que evitaba que existieran proveedores autorizados para los comercios. Según las normas establecidas, no se procedía en contra de estos establecimientos, mientras su dotación no excediera de quinientos gramos por mes para la actividad comercial, obligándolos a recurrir en determinado momento al mercado ilícito para abastecerse.

Una solución de parte del Congreso holandés para eliminar esta laguna legal y tomar el control del mercado del cannabis, fue la aprobación de un proyecto de ley con miras en regular el cultivo de la marihuana, en el año 2017.

- **Comparación con el caso de Guatemala**

En Guatemala, en el año 2016 se presentó la iniciativa de ley 5053 para regular el cultivo, la producción y comercialización del cannabis con fines recreativos y medicinales, pero fue dictaminado desfavorablemente y catalogado como inconstitucional por considerarse que atentaba contra la salud de los guatemaltecos.

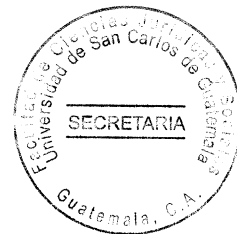
En el año 2017 se presentó la iniciativa 5224 que disponía regular la producción, comercialización y consumo del cannabis para fines medicinales, terapéuticos y científicos, el cual fue dictaminado desfavorablemente, esgrimiendo razonamientos dispersos, basándose en los fines constitucionales del Estado, mostrando la falta de capacidad institucional para atender los cambios que representaría la iniciativa, tratando de fundamentarse en la poca información de carácter científico que existe sobre la utilidad del cannabis en el campo de la salud. Lo que es evidente es la desinformación latente sobre el tema y que se continúa vertiendo argumentos de la política prohibicionista que ven en la norma la solución de todos los males que aquejan a la población, aunque la realidad sea distinta.

Tomar una decisión política de esta magnitud requiere de campañas de información verídicas, dirigidas a la población, en las que se explique porque es necesario



considerar una política alternativa como la legalización del cannabis y cuales han sido los resultados hasta ahora de inclinarse por el prohibicionismo. Dentro de la misma estrategia, también es necesario cabildear o buscar el apoyo de actores políticos y sociales, quienes se informen de forma adecuada de los alcances del proyecto y puedan apoyar la iniciativa.

El que se rechazaran los proyectos de ley no significa un contundente fracaso, ya que es un proceso que requiere de una ardua labor, que ha llevado años en países desarrollados para llevarlos a la práctica.



## CAPÍTULO IV

### **4. Falta de aplicación de medidas sustitutivas en el delito de posesión de narcóticos para el consumo como violación al principio de insignificancia**

La respuesta punitiva de parte del Estado representa el recurso más perverso y violento dentro de una sociedad civilizada, reservada únicamente para aquellos casos en los cuales es imposible aplicar otra medida menos dañina para resolver conflicto que se suscita entre sus integrantes. Esto responde a la naturaleza de *última ratio* o último recurso del derecho penal, el cual privilegia la aplicación de cualquier alternativa posible que permita recobrar el orden social y solucionar el problema sin tener que recurrir al castigo y la represión, por los efectos que produce. Lo que implica que no puede aplicarse esta herramienta hasta haber agotado todos los recursos disponibles (mediación, conciliación, procesos civiles, laborales, mercantiles, etc.) y estos hayan fracasado (subsidiario).

El poder punitivo es la facultad de coartar aquellos valores fundamentales para el ser humano, como la libertad y la vida, basado en causales de interés social, cuyo ejercicio desmedido provocó su restricción a través de normas de carácter jurídico y de validez universal para proteger a los individuos de la arbitrariedad y la tiranía.

Qué derecho existe en una sociedad que pueda legitimar el encierro perpetuo en una celda, el asesinato legal como único medio de supervivencia social (pena de muerte) o la pérdida de algún derecho fundamental basado en estándares de carácter moral. Esto



ha sido la fuente de inspiración para quienes propugnan el respeto a los derechos humanos y que consideran oportuno evaluar la funcionalidad de cada medida que se adopte dentro de la sociedad encaminada a limitar el ejercicio de algún derecho.

Emplear el sistema de justicia como herramienta para limitar la libertad de una persona que en pleno uso de sus facultades volitivas y cognitivas decide utilizar drogas de manera recreativa o que las consume debido a una adicción que le genera dependencia física y psicológica y que afecta su salud, es una medida drástica que no encuentra justificación en sí misma, por carecer de objetivos claros y específicos. Qué es lo que se pretende con la criminalización de los consumidores de drogas, persuadirlos, curarlos, rehabilitarlos, educarlos, evitar que su predisposición al consumo los convierta en criminales potenciales (peligrosidad), aislarlos de la sociedad para evitar que su conducta afecte la normas de comportamiento moral o dejar sin clientes el mercado ilícito de drogas evitando la adquisición (demanda). Es acaso que la conducta deviene de gran importancia que ha requerido invertir la naturaleza del derecho penal y utilizarlo como primer recurso para disuadir a la población o es falta de claridad de cómo implementar medidas de prevención que paleen de mejor forma el fenómeno social.

Independientemente de cual sea la intención, no existe racionalidad ni proporcionalidad en el método empleado por el Estado, al evidenciarse un uso desmedido de fuerza y de violencia canalizado a través del sistema de justicia, que trasciende a la esfera de la vida privada de la persona. No es racional porque se invierten recursos para perseguir y sancionar un delito sin víctima, desde una perspectiva objetiva, cuya acción lesiona un

bien jurídico (salud) que pertenece exclusivamente al consumidor. No es proporcional porque privilegia la aplicación de privación de libertad en una conducta que por la escasa trascendencia social, permitiría la aplicación de medidas alternativas o desjudicializadoras que impedirían incluso llegar a juicio.

#### **4.1. ¿Qué justifica la limitación de un derecho humano?**

La definición de una conducta como delito cuya consecuencia directa consiste en una sanción, no se circunscribe a una maquinación abstracta que no cumple ninguna funcionalidad social. Más bien responde a la necesidad de protección de ciertos valores fundamentales elevados a la categoría de bienes jurídicos, cuya protección deviene de gran importancia para garantizar la convivencia social. La creación de un delito restringe la libertad de las personas, evitando que con su actividad lesionen los derechos de los demás. Por ejemplo, el patrimonio es protegido a través de figuras como el robo, hurto, estafa, etc. que impiden que cualquiera se adueñe de un objeto que le pertenece a un tercero de manera legítima.

Esta protección de bienes jurídicos a través de normas de carácter penal se logra bajo la amenaza de la sanción. De manera preventiva se espera que quienes forman parte del conglomerado social, se abstengan de realizar ciertas conductas que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos, para no ser reprimidos a través del castigo (prevención general), o en el caso de quienes han incurrido en alguna lesión, sean sancionados como consecuencia directa de su actuar (prevención especial).



No es admisible la creación de figuras delictivas que no protejan bienes jurídicos y que carezcan de una funcionalidad, porque dejaría al arbitrio de los legisladores y de quienes aplican la ley restringir a su conveniencia cualquier derecho humano, sin tener que rendir cuentas por ello. Zaffaroni expone la concordancia entre el principio de lesividad y de bien jurídico al establecer que: “mientras no hay una lesión, no hay un conflicto; mientras no hay un conflicto no puede haber un delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse. El principio de lesividad se introdujo en la construcción del sistema penal con el concepto de bien jurídico (mientras no hay lesión a un bien jurídico –sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto– no hay delito)”<sup>29</sup>. Es decir, la justificación de la limitación de un derecho humano a través de la creación de normas penales, requiere de la exclusiva protección de bienes jurídicos.

No todo acto que ponga en peligro o cause lesión a un bien jurídico debe ser sancionado. Esta es una realidad que ha sido adoptada por el sistema acusatorio de corte adversarial y que es acorde a los nuevos modelos de gestión que otorgan facultades discrecionales al Ministerio Público en la investigación y que le permite abstenerse de ejercer la persecución penal en aquellos casos en que la trascendencia social es mínima y en los cuales no se ve comprometido el orden social ni la seguridad ciudadana, siempre y cuando exista consentimiento del agraviado, basándose en el principio de insignificancia y de oportunidad.

---

<sup>29</sup> Manual de derecho penal parte general. Pág. 110

En el caso particular de la posesión de narcóticos para el consumo el bien jurídico **que** se protege es la salud del consumidor, es decir, el titular del bien jurídico que se lesiona cuando se encuadra la acción en el tipo penal, es el victimario. En este delito existe una confusión entre víctima y victimario, rechazando de pleno a quienes se consideran agraviados por ser esta una conducta que no es acorde a sus consideraciones morales. En todo caso, si la salud del consumidor es el bien que se protege, qué soluciones plantea el Estado para el consumidor, ¿protegerlo de sí mismo?

Abordando a quienes creen que el sujeto pasivo en el delito es la sociedad, por considerar que es una conducta reprobable a los ojos de la comunidad, contraria a la moral, que genera la perversión de las futuras generaciones al exponerlos a las drogas y que es un paso previo a la criminalidad; y ven en la norma penal la solución a la problemática, es loable hacer de su conocimiento que la medida para prevenir el consumo drogas no se encuentra a través de la criminalización del consumidor, pues desde la creación de la Ley Contra la Narcoactividad en el año de 1992, que penaliza la posesión para el consumo, se han practicado dos estudios en Guatemala sobre el consumo de drogas en adolescentes y jóvenes, uno en el año de 1998 y otro en el año 2014 (Encuesta Nacional Sobre Uso, Abuso y Prevalencia del Consumo de Drogas en el nivel medio de educación), cuyos resultados exponen un “incremento en el consumo de drogas en la población.”<sup>30</sup> Es decir, la amenaza de la sanción no disuade a abstenerse de consumir drogas. Esto no es algo novedoso de acuerdo con investigaciones que han sido realizadas por organismo internacionales en otros países

---

<sup>30</sup> <https://elperiodico.com.gt/nacion/2016/05/23/en-guatemala-el-consumo-de-drogas-comienza-a-los-11-anos/>  
(Consultado: 30 de julio de 2018)



que arrojan resultados similares, generando la apertura a debates sobre políticas alternativas.

La primera respuesta que ofrece el Estado al criminalizar al consumidor de drogas es de carácter punitiva. No necesita de la prevención a través de programas alternativos que traten la adicción y que ayuden a recuperar la salud de la persona, ya que estos resultados se esperarían como producto de la imposición de una sanción dentro de proceso penal (prevención especial).

Si la prevención y la rehabilitación fuera la finalidad del Estado al criminalizar al consumidor, como se menciona en el Artículo 1 de la Ley Contra la Narcoactividad, existirían programas que trataran la dependencia y adicción a las drogas dentro del Sistema Penitenciario, siendo este el lugar que lo albergará durante la tramitación del proceso penal por disposición de la ley, al establecer en el Artículo 264, sexto párrafo, Código Procesal Penal que: También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos contenidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad. Pero, según la “memoria de labores del Ministerio de Gobernación”<sup>31</sup> del año 2014 al 2017, la Dirección General del Sistema Penitenciario no reporta ningún tipo de atención médica enfocada a tratar la drogadicción.

La criminalización del consumidor no es la herramienta para garantizar y procurar su salud. Resulta aberrante creer que el encierro puede generar en él miedo que lo haga abstenerse de consumir drogas.

---

<sup>31</sup> <http://mingob.gob.gt/?s=memoria+de+labores> (Consultado: 30 de julio de 2018)



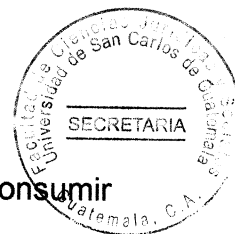
La penalización de la posesión de narcóticos para el consumo en Guatemala **no** protege un bien jurídico tutelado de terceros, porque la lesión que se produce se circunscribe a la salud propia del individuo, como aquel que decide consumir tabaco o alcohol. En todo caso no garantiza la protección del bien jurídico (salud), ni tampoco es capaz de prevenir el consumo en la población, por lo cual no existe justificación que ampare su permanencia en el ordenamiento legal.

#### **4.2. Posesión para el consumo, un problema de criminalidad o del ámbito de salud**

La preocupación por los efectos que produce el consumo de drogas en la población y los pocos o nulos resultados obtenidos de aplicar la política prohibicionista para reducirlo, llevo a países como Canadá, Estados Unidos, Costa Rica, Uruguay y Holanda a aplicar políticas alternativas, que no solo despenalizaran, descriminalizaran o legalizaran la posesión para el consumo, sino que sustrajeran la situación del ámbito penal para enfocarla al campo de salud.

Es distinta la prevención que se logra a través de programas educativos dirigidos a niños, jóvenes y adultos sobre los efectos nocivos de consumir cualquier tipo de droga a la prevención (especial y general) que se espera a través de la imposición de una sanción por conducto del aparato de justicia, como símbolo de represión.

El costo por criminalizar la posesión para el consumo es que no se necesita de programas alternativos que informen a la población sobre los efectos que producen las



drogas, ya que el principal argumento que se generaliza es que no se debe consumir drogas porque es un delito, porque si te detiene un agente del orden público vas a la cárcel. El castigo no debe ser el único argumento de peso para una orientación, es necesario exponer la gama de razones por la cuales se recomienda abstenerse de consumir drogas (efectos negativos en la salud del consumidor, desintegración familiar, problemas económicos, etc.).

Tal y como expone el doctor Luis Rodolfo Ramírez: -El problema de las drogas es un problema de salud, no es un problema de seguridad. Es un problema de salud pública y debe ser tratado como salud pública. Las medidas son de sanidad no son punitivas.- Refiriéndose a la respuesta que debe de ofrecer el Estado a las personas que consumen drogas, consistente en medidas que tiendan a recuperar la salud y resguardar su vida. No criminalizándolas ni privándolas de la libertad, la posesión para el consumo no debe juzgarse como un delito de alto impacto que afecta el orden social.

Entre algunas de las respuestas que ofrecen los estados al orientar el tema del consumo de drogas al ámbito de la salud están: el tratamiento ambulatorio; clínicas estatales a las cuales el consumidor puede acudir y suministrarse droga bajo supervisión de expertos; el intercambio de jeringas consistente en entregar la que ya se utilizó para que se otorgue una nueva y evitar con esto la reutilización y riesgo de contraer enfermedades como el VIH o hepatitis; tratamientos para disminuir la dependencia de drogas duras (como la utilización de Metadona) y recientemente, el



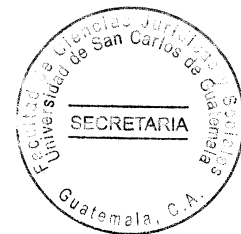
caso de Uruguay, tomar el control de la calidad de la droga (cannabis) para evitar mayores daños a la salud de consumidor.

En el informe anual del año 2017 de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas se menciona que: “Las investigaciones demuestran constantemente que invertir en el tratamiento genera ahorros a los Gobiernos. El costo económico del tratamiento es muy inferior al que ocasionan los trastornos relacionados con el consumo de drogas y los problemas conexos, entre ellos el desempleo, el absentismo, la delincuencia (incluido el costo de la justicia penal y la represión del delito), la morbilidad, la mortalidad prematura y la discapacidad.”<sup>32</sup> Reafirmando que las políticas alternativas que privilegian el tratamiento y la rehabilitación de aquellas personas que consumen drogas (de manera recreativa o por adicción) no solo benefician al consumidor sino a la vez representa un desahogo para el Estado, pues deja de invertir recurso en la represión de este tipo de conductas y descongestiona el aparato de justicia de casos de escasa trascendencia social.

Es necesario evaluar la pertinencia de reorientar la respuesta del Estado hacia una política que verdaderamente proteja la salud del consumidor y respete sus derechos humanos.

---

<sup>32</sup>[https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2017/Annual\\_Report/S\\_2017\\_AR\\_ebook.pdf](https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2017/Annual_Report/S_2017_AR_ebook.pdf) Pág. 2, (Consultado: 31 de julio de 2018)

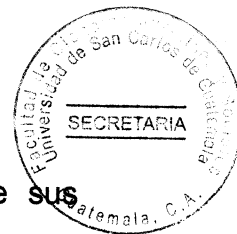


#### **4.3. La función del juez dentro del proceso penal**

Con la reforma del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, cambió de manera definitiva la participación del juez dentro del proceso penal, su rol dejó de girar en torno a la búsqueda de la verdad, quien toleraba cualquier método practicable para alcanzarla, aún si este revestía de alguna ilegalidad. La investigación que antes era delegada en sus manos paso a ser parte de las funciones que se le encomendaron al Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal. La pasividad durante la tramitación del proceso que lo mecanizaba y lo convertía en la voz de la ley cambió, para dar paso a un actor más dentro de la contienda.

El juez se convirtió en un guardián de las garantías, encargado de velar por la legalidad, la correcta aplicación de la ley, independiente e imparcial, alejado de cualquier prejuicio que pudiera nublar su capacidad de discernimiento, sujeto únicamente a la ley y a la constitución. Confinado a escuchar y dirigir los embates que se desarrollan en su judicatura, otorgándole la facultad de pensamiento, capaz de apoyarse no solo en el conocimiento empírico adquirido a través de los años, sino en las reglas de la lógica y psicología, para finalmente emitir un fallo que resuelva la contienda y que aspire como meta la realización de la justicia.

Qué pasa cuando la ley es injusta. El juez debe circunscribirse únicamente a aplicarla porque es ley o debe realizar un estudio y un análisis más profundo para desentrañar el significado de cada palabra que lo conduzca a una mejor solución. Se esperaría lo segundo de él, porque es una de sus funciones, velar por la correcta aplicación de la

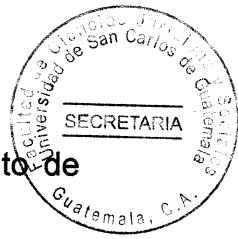


ley, no entregarse a las pretensiones de las partes y cumplir cada uno de sus requerimientos, sin ningún tipo de análisis ni fundamentación.

En la posesión de narcóticos para el consumo existe una clara contradicción expuesta en los apartados anteriores, por ejemplo, cómo separar la posesión para el consumo de otras conductas delictivas si no existe en la legislación parámetros para establecerlo, quién es la víctima en el delito, cuál es bien jurídico tutelado que se protege y quién es el titular del mismo, por qué razón se establece la prisión preventiva de oficio en una conducta de escasa trascendencia social, por qué no es posible otorgar un criterio de oportunidad en una conducta cuya insignificancia es evidente. Cada uno de estos elementos debería de ser analizado previo a tomar una decisión que restrinja la libertad de una persona, echando mano de todas las herramientas legales que se tengan al alcance, como la interpretación, tomando en consideración que si existe una duda, esta debería de beneficiar al imputado.

#### **4.4. Propuesta para la fundamentación de las decisiones judiciales en los autos de medidas sustitutivas en el delito de posesión de narcóticos para el consumo**

Por disposición legal, según el Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal: Los autos y sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. Lo que significa que no basta con la enunciación de ciertos artículos para respaldar una decisión judicial (fundamento de derecho), es necesario que exista una clara exposición de motivos que exprese las



razones que llevaron al juzgador a inclinarse en uno u otro sentido (fundamento de hecho).

La fundamentación de las resoluciones judiciales cumplen una función consistente en: "A través de la motivación se da a conocer las reflexiones que han conducido al Fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad de juzgar y, a la vez, se facilita su control mediante los recursos que procedan, actúan en definitiva, para favorecer un más completo derecho de defensa en juicio y como elemento preventivo de la arbitrariedad."<sup>33</sup> La publicidad de las actuaciones judiciales requiere de la fundamentación de las resoluciones para que las partes tengan acceso y pleno conocimiento de cuáles fueron las razones que respaldaron la decisión, en caso no se ajuste a lo establecido en la ley puedan ejercer su derecho a revisión por un órgano superior que confirme, modifique o revoque la resolución. Esto no era necesario en el sistema inquisitivo, debido a que el secreto era la forma de operar en el sistema de justicia, volviéndolo innecesario.

La fundamentación puede realizarse basándose en el ordenamiento ordinario, constitucional y convencional.

Al entrar el juez en conocimiento de un caso relacionado con el delito de posesión de narcóticos para el consumo, si lo abordara únicamente desde la perspectiva normativa ordinaria, al momento de desarrollarse la audiencia de primera declaración y entrar a decidir sobre la emisión de un auto de procesamiento y de medida de coerción, el

---

<sup>33</sup> Rodríguez, A. y López, R. **Estructura de la sentencia. Bases para formular una apelación especial.** Pág. 7



resultado sería el mismo, ligar a proceso al individuo y dictar la prisión preventiva de oficio porque así está regulado en la ley. Es necesario ampliar el campo de acción, abordarlo no solo desde la letra muerta de la ley, sino en armonía con los principios y garantías constitucionales, procesales y sustantivos. Como el principio de insignificancia, que propugna la exclusión de la tipicidad por representar una conducta de escasa trascendencia social; el principio de reserva que protege la libertad de acción del individuo dentro de la esfera de su vida privada mientras no lesione los derechos de un tercero; el principio de lesividad que establece la necesaria lesión de un bien jurídico tutelado de un tercero para que exista un delito (la lesión a un tercero es requisito para la existencia de un conflicto, auto infligirse un daño y lesionar un bien jurídico que le pertenece al mismo individuo víctima-victimario debería ser considerado impune, lo que sucede en la tentativa de suicidio); el principio de inocencia, que limita el poder punitivo y de coerción hasta haberse emitido un fallo debidamente ejecutoriado que declare la culpabilidad de la persona.

Otra perspectiva para abordar el tema de la fundamentación de los autos de medidas sustitutivas en el delito de posesión para el consumo es desde el bloque de convencionalidad, según lo manifestado por el Abogado Leonel González Postigo que indicó: -Desde el año 2006 en adelante, a partir del fallo "Almonacid Arellano v. Chile", la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado que todos los jueces deben aplicar directamente los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es decir, que un juez, en la audiencia de primera declaración, podría armonizar la interpretación del código procesal con los parámetros que establecen tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia de la Corte y la Comisión.- Guatemala ratificó



mediante el Decreto número 0006 del Congreso de la República la Convención Americana de Derechos Humanos en 1978, por lo cual adquirió la obligación de respetar los derechos y las libertades plasmados en dicho instrumento. A la vez, mediante el Acuerdo Gubernativo Número 123-87, declaró que reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano sobre todos los casos relativos a la convención, obligándose a observar y aplicar la jurisprudencia de la corte.

Ahora, ¿qué regula la Convención Americana de Derechos Humanos que pudiera ser aplicable a los casos de posesión para el consumo en Guatemala? En el Artículo 7, numeral 5, establece: "... su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio", refiriéndose a toda persona que es detenida y ligada a proceso por la comisión de un hecho delictivo y a la posibilidad de aplicar ciertas medidas cautelares que aseguren su comparecencia en el debate. Puede ser que alguien piense en la prisión preventiva como una medida efectiva para asegurar la comparecencia del sindicado dentro del proceso, pero según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez vs. Honduras se estableció la excepcionalidad de la misma por representar una medida severa que limita la libertad del imputado y en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador los presupuestos que deben ser observados al momento de decidir sobre la aplicación de una medida cautelar, peligro de fuga y obstaculización de la investigación.

En un plano ideal, cuando un juez entra en conocimiento de un caso relacionado con el delito posesión de narcóticos para el consumo, tomando en consideración los principios



y garantías, pudiera rechazarlo de pleno dictando una falta de mérito y desestimarlo, en su defecto aperturar para conocer sobre la posibilidad de la aplicar un criterio de oportunidad basándose en la insignificancia de la conducta. Solo en casos en los cuales el Ministerio Público tuviera que practicar algún acto de investigación podría dictar un auto de procesamiento y de medida sustitutiva (basándose en el Código Procesal Penal, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), hasta que se desarrolle nuevamente la audiencia para conocer sobre el criterio o la suspensión de la persecución penal, si fuera necesario.

#### **4.5. Apertura a un diálogo sobre constitucionalidad**

Hasta dónde puede incidir la acción del Estado en la vida de los ciudadanos. Es posible que únicamente vele por la convivencia pacífica entre sus integrantes, marcando los límites necesarios que resguarden los derechos de cada uno y que armonice la vida en conjunto. Ahora, ¿Puede inmiscuirse en la vida privada de la persona? y la respuesta depende de la circunstancia. Por ejemplo, en el caso de la violencia intrafamiliar, que ocurre en el seno del hogar, en un ámbito privado, definitivamente es necesaria su intervención, porque están en juego la vida y la salud de cada uno de los integrantes de la familia (abuelo, abuela, padre, madre, hijos, etc.). Ahora traspasar el ámbito de lo permisible he incidir en las decisiones personales de cada uno, es diferente, porque desplaza la autonomía individual y manipula la forma en que cada uno debe vivir su vida.



Esta fue una de las razones que llevó a la Corte Constitucional de Colombia a entrar en el análisis sobre la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del consumo de la dosis personal (posesión para el consumo) y despenalizarla, porque reconoció que la decisión de consumir o no drogas entra en la esfera de la vida privada, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, estableciendo en su sentencia No. C-221/94 que: El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella debe ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.

Esa figura protectora del Estado paternalista que guía y castiga lo que no es acorde a sus indicaciones, traspasa lo permisible y violenta la autonomía personal. En el caso particular de Guatemala, no existe un artículo en específico en la Constitución Política



de la República que regule lo relativo al desarrollo de la personalidad, como en el caso de Colombia en el Artículo 16 de la Constitución Política, pero si se establece el desarrollo integral de la persona que lo contiene, en el Artículo 2, el cual consiste en: “Desarrollarse integralmente como ser humano responde a todos los ámbitos de la persona de una manera equilibrada. Abarca los aspectos biológicos, educacional, espiritual, cultural, ético, residencial, económico, técnico, cívico, comunitario, etc.”<sup>34</sup> Y por ende abarca, el desarrollo de la personalidad, que contiene la facultad de decisión y de autonomía. Este no es el único artículo de la Constitución Política de la República de Guatemala que reconoce ese derecho a la libre elección que forma parte de la personalidad del ser humano. Haciendo una interpretación extensiva como lo indica el Artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad del mismo cuerpo legal, esta: la facultad de toda persona de hacer lo que la ley no prohíbe, Artículo 5; el derecho a ejercer libremente cualquier religión, Artículo 36; el derecho a elegir libremente el número y espaciamiento de hijos, Artículo 47; la facultad que tienen los padres de elegir la educación para sus hijos, Artículo 71; la libre elección del trabajo, Artículo 102, literal a; la elección para optar a cargos públicos, Artículo 113 y la facultad de elegir a los funcionarios públicos, Artículo 136. No son los únicos artículos en los cuales se reconoce la autonomía de voluntad y de decisión del ciudadano guatemalteco, pero resulta evidente su existencia.

Es necesario que ese reconocimiento de la dignidad humana y de su personalidad trascienda en el ordenamiento jurídico e impida que más personas sean criminalizadas por una decisión que les compete únicamente a ellas, en este caso poseer drogas para

---

<sup>34</sup> <https://huayranga.com/desarrollo-integral-personal/> (Consultado: 2 de agosto de 2018)



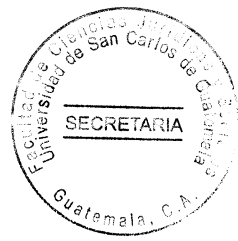
su propio consumo. Lo que no es reproable es la participación del Estado a través de campañas de prevención, información, rehabilitación del consumo drogas, enfocado al ámbito de salud, que le provea al ciudadano herramientas que lo ayuden en la toma de una mejor decisión, llegando a este camino a través del conocimiento y no por la represión a través del aparato de justicia.

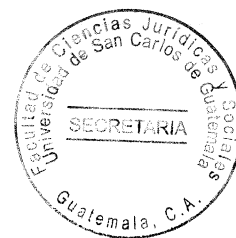


## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Limitar la aplicación de medidas sustitutivas en el delito de posesión para el consumo como se regula en el Artículo 264 del Código Procesal Penal y establecer la prisión preventiva de oficio es una violación latente a los derechos humanos de quienes son perseguidos y criminalizados por esta conducta, por la escasa trascendencia social que representa, en donde no se vulneran bienes jurídicos de terceros y el único bien que se ve comprometido es la salud del mismo consumidor. La represión a través del aparato de justicia no encuentra justificación en sí misma, porque se está aplicando como primer recurso el poder punitivo, cuando su intervención debiera ser de manera subsidiaria o de *ultima ratio*.

Se recomienda a los jueces que al entrar en conocimiento de un caso relacionado con la posesión de narcóticos para el consumo, fundamenten sus resoluciones judiciales armonizando las normas de carácter ordinario con los principios y garantías constitucionales, procesales y sustantivos a la luz de lo que establece la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que les permita conceder medidas sustitutivas en el delito de posesión para el consumo.





## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, Isaías. **Univisión Los Ángeles**. <https://www.univision.com/los-angeles/kmex/noticias/elecciones-2016/california-legaliza-la-marihuana-y-crea-el-mayor-mercado-de-cannabis-en-eeuu> (Consultado: 9 de julio de 2018)
- BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BINDER, Alberto. **La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina**. S.E. (PDF)
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Editorial Heliasta. Argentina, 2001.
- Centro de estudios de justicia de las Américas. **Prisión preventiva en América Latina enfoques para profundizar el debate**. Santiago, Chile. 2013. <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3130>
- Centro de estudios de justicia de las Américas. **Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina**. Volumen 2. Santiago, Chile. 2011. <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3134>
- COLUSSI, Marcelo. **Despenalización de las drogas: realidades y perspectiva en Guatemala**. 1ª. Edición. Guatemala, Guatemala, 2013.
- DE MATA VELA, José y Héctor De León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Vigésima segunda edición. Magna Terra editores S.A. Guatemala, 2012.
- DE MATA VELA, J. y Héctor De León Velasco, Cojulún, C., Estrada Arispe, C., López Rodríguez, A., Ramírez García, L., Barillas Rodríguez, A. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. Librerías Artemis Edinter, S.A. Guatemala, 2001.
- DUCE, Mauricio y Cristián Riego. **Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina**. (Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA)
- GONZÁLEZ, Mabel. **Narcotráfico y crimen organizado**. Icaria Editorial, s.a. Barcelona, España, 2014.



GUTIÉRREZ, A., Reyes, N. y Villadiego, C. **Manual de servicios de antelación a juicio**. Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA). Santiago, Chile. 2011.

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E197940> (Consultado: 25 de junio de 2018)

<http://mingob.gob.gt/?s=memoria+de+labores> (Consultado: 30 de julio de 2018)

<http://mingob.gob.gt/memoria-de-labores-2017/> (Consultado: 4 de julio de 2018)

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf> (Consultado: 23 de junio de 2018)

[http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files / 2017 /11 / doctrina 45925.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina_45925.pdf) (Consultado: 8 de julio de 2018)

[https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2017/Annual\\_Report/S\\_2017\\_AR\\_ebook.pdf](https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2017/Annual_Report/S_2017_AR_ebook.pdf) Pág. 2, (Consultado: 31 de julio de 2018)

<https://www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?showall=1> (Consultado: 16 de junio de 2018)

<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/181939.pdf> (Consultado: 16 de octubre de 2018)

<https://www.tni.org/es/publicacion/reforma-de-la-ley-de-drogas-en-costa-rica-guia-basica> (Consultado: 9 de julio de 2018)

<https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/drogas/publicacoes.html> (Consultado: 7 de julio de 2018)

MALAMUD, Jaime. **Humo y espejos**. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1994.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**.  
[https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction\\_docs%20generaux/Diccionario%20d%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf](https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20d%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf) (Consultado: 23 de junio de 2018)



RODRÍGUEZ, A. y López, R. **Estructura de la sentencia.** Bases para formular una apelación especial. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales. Guatemala, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito.** Editorial Civitas, S.A. España, 1997  
[https://www.academia.edu/attachments/53718254/download\\_file?st=MTQ5ODg3MDE1OCwxODcuMTM5LjE4Mi40MiwzMjE2MTY3OA%3D%3D&s=profile](https://www.academia.edu/attachments/53718254/download_file?st=MTQ5ODg3MDE1OCwxODcuMTM5LjE4Mi40MiwzMjE2MTY3OA%3D%3D&s=profile)

SAMPER, Ernesto. **Drogas. Prohibición o legalización.** Random House Mondadori, S.A.S Bogotá, 2013

VILLASEÑOR, Claudia. **El Periódico.** <https://elperiodico.com.gt/nacion/2016/05/23/en-guatemala-el-consumo-de-drogas-comienza-a-los-11-anos/> Consultado

WOLTER, Jürgen. **Cuestiones actuales de la teoría del delito.** McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio. **Manual de derecho penal parte general.** Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina, 2005.

#### **Legislación:**

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

**Convención Americana de Derechos Humanos.** Decreto 6-98 del Congreso de la República de Guatemala, 1978.

**Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.** Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Decreto 9-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

**Convención Internacional del Opio.** Comisión Internacional del Opio, La Haya, 1912.

**Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas.** Aprobada mediante el decreto 1585 del Congreso de la República de Guatemala, 1968.



**Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas.** Aprobada mediante el decreto 1585 del Congreso de la República de Guatemala, 1968.

**Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.** Aprobada mediante el decreto 69-90 del Congreso de la República de Guatemala, 1990.

**Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas.** Aprobado mediante el decreto 0041 del Congreso de la República de Guatemala, 1980.

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

**Código Penal.** Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, 1936.

**Código Procesal Penal.** Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

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

**Código de Salud.** Decreto 90-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

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

**Ley del Servicio Público de la Defensa Penal.** Decreto 129-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

**Ley Sobre estupefacientes, sustancias sicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.** Ley No. 8204 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2001.

**Ley General de la Salud** de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión del 7 de febrero de 1984, reformada el 7 de junio de 2012.

**Ley No. 19.172** del Senado y la Cámara de Representantes de la Republica Oriental de Uruguay, 2013.



**Ley No. 17.016** del Senado y la Cámara de Representantes de la Republica Oriental de Uruguay, 1998.

**Ley 30 de 1986**, Estatuto Nacional de Estupefacientes. Congreso de Colombia, 1986.

**Decreto 0006** del Congreso de la República de Guatemala, 1978.

**Acuerdo Gubernativo Número 123-87**, del Presidente de la República de Guatemala, 1987.