

**UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

The seal of the Universidad San Carlos de Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff, surrounded by various symbols including a crown and a cross. The shield is set against a background of a globe. The outer ring of the seal contains the Latin text "ACADEMIA ACAD. COACTEMALENSIS INTER CETERA SIBI CONSPICUA CAROLINA" in a circular arrangement.

***“CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITO  
DE PORTACION ILEGAL DE ARMA DE  
FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVA”***

**OTTO JOSE PAZ KROELL  
CARNET 9410672  
GUATEMALA, MAYO 2021**



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

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Presidente

MSc. Erick Edgardo Quintanilla García  
Vocal

MSc. Sandra Marina Ciudad Real Aguilar  
Secretaria

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Galvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL III: Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409**

Guatemala,  
06 de septiembre del 2,021

**Doctor**  
**Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**Director**  
**Escuela de Estudios de Postgrado**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**

**Estimado Doctor:**

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, deseándole éxitos en sus labores.

A través del presente me permito informarle que, el veintiséis de junio del año dos mil veintiuno, siendo las diez horas, constituidos a través de la sala virtual de la plataforma Meet; se integró Tribunal Examinador para practicar el examen privado de tesis del Licenciado Otto José Paz Kroell\_ quien realizó una investigación sobre el tema: **“CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVA”**, asignándose a mi persona, la revisión de las recomendaciones dadas al Licenciado Paz Kroell, por lo que procedo a emitir el presente **DICTAMEN DE APROBACIÓN** luego de haber concluido con las mismas informo a usted lo siguiente:

El trabajo de tesis realizado cumple satisfactoriamente los objetivos trazados en la investigación, tanto en el contenido como en los aspectos fundamentales de la misma; se cotejó minuciosamente con el plan inicial.

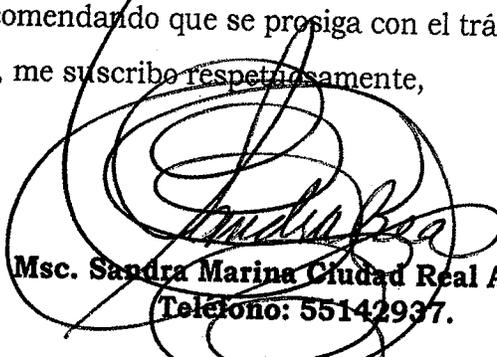
Es importante destacar, la importancia del presente trabajo de investigación pues conlleva un análisis técnico y jurídico del criterio de oportunidad, sus requisitos, procedimiento y aplicación específicamente en el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, llegando a la conclusión respectiva luego del estudio de dichos temas jurídicos.

El trabajo de investigación contribuye con legítima connotación al estudio del Derecho Penal, en virtud que procede de una propuesta seria con carácter científico que motiva a la discusión y análisis de la figura del criterio de oportunidad, ya que, en el cuerpo y contenido del trabajo de investigación, el tesista, en cada uno de los capítulos se proyectó con una redacción clara y precisa cubriendo así con los estándares técnicos de la materia.

Las conclusiones del presente trabajo de tesis aportan y proveen soluciones viables y factibles que deben aplicarse para encontrar una respuesta al problema social que sucede en Guatemala, con relación a la pena referentes al delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.

Por lo anterior, me permito concluir que el presente trabajo de investigación llena los requisitos establecidos por el Artículo 14 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, ya que el Licenciado Otto José Paz Kroell ha entregado satisfactoriamente las recomendaciones realizadas al trabajo de investigación de tesis, por lo que se emite el presente **DICTAMEN FAVORABLE, OTORGANDO MI PLENA APROBACIÓN**, recomendando que se prosiga con el trámite de rigor.

Sin otro particular, me suscribo respetuosamente,



**Msc. Sandra Marina Ciudad Real Aguilar.**  
**Teléfono: 55142937.**

*Sandra Marina Ciudad Real*  
Abogada y Notaria

Guatemala, 11 de octubre de 2021

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN DELITO DE PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVA**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Otto José Paz Kroell, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán  
Colegiado 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 5456



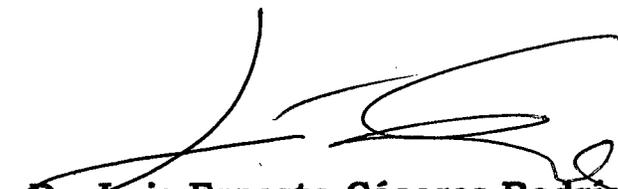
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** Guatemala, 14 de octubre del dos mil veintiuno.-----

En vista de que el Licenciado Otto Jose Paz Kroell aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 22-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVA”** Previa a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 24 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por concederme los deseos de mi corazón. Por ser ese ser supremo que guía mi camino y que hace sendas en donde no hay.
- A ESPOSA:** Evelyn Diéguez Luna, por su amor, su apoyo moral e incondicional, que me brinda.
- A MIS HIJOS:** Jose Carlos y Ángela Camila Paz Diéguez, por amor, comprensión, apoyo incondicional y por ser esa fuerza que me impulsa a seguir y a alcanzar las metas anhelada por ambos.
- A MIS PADRES:** Héctor Manuel Paz Sánchez y Clara Kroell Lopez, por su cariño amor y enseñanza a buscar los triunfos académicos.
- A MIS HERMANOS:** Sonia Maribel, Carmen Eloísa y Héctor Leonel por su motivación y ejemplo.

Tabla de contenido



**INTRODUCCIÓN:**.....

**CAPÍTULO I**.....

**1. El Estado.** ..... 1

        1.1 Definición .....3

        1.2 Los fines el Estado .....14

        1.3 Elementos del Estado .....20

        1.4 El Gobierno y la división de poderes .....22

        1.5 Fines del Estado de Guatemala .....25

        1.6 Características del Estado de Guatemala. ....27

**CAPÍTULO II**.....29

**2. Derecho penal**..... 29

        2.1 Definición .....32

        2.2 Principios de derecho penal.....35

        2.3 Principio de culpabilidad .....43

        2.4 Delito.....46

        2.5 Teoría del delito .....49

        2.6 Elementos constitutivos de delito .....50

        2.7 Sujetos del delito.....52

            2.7.1 Sujeto activo.....52

            2.7.2 Sujeto pasivo.....52

        2.8 Clases de delitos.....53

**CAPÍTULO III**.....55

**3. Derecho procesal penal guatemalteco**..... 55

        3.1 Concepto.....55



3.2	La actividad jurisdiccional penal .....	64
3.3	Sistemas del proceso penal .....	67
3.3.1	Sistema inquisitivo .....	67
3.3.2	Sistema acusatorio .....	67
3.3.3	Sistema mixto.....	67
3.4	El procedimiento penal guatemalteco.....	70
3.5	La investigación en el proceso penal de Guatemala.....	74
3.6	Medios de prueba dentro de la etapa del debate .....	75

**CAPÍTULO IV..... 80**

**4. Responsabilidad penal mínima en la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo .....124**

4.1	El criterio de oportunidad.....	89
4.1.1	Problemática en la aplicación del criterio de oportunidad.....	90
4.1.2	Momento procesal oportuno para solicitar la aprobación del criterio de oportunidad 113	
4.1.3	Procedimiento para la aplicación de un criterio de oportunidad.....	114
4.1.4	Momentos procesales en los cuales se otorga criterio de oportunidad .....	117
4.1.5	Prohibición en otorgar el criterio de oportunidad .....	120
4.1.6	La importancia del control del criterio de oportunidad en Guatemala .....	121
4.2	El tipo penal de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva. ....	127
4.3	Responsabilidad penal mínima en la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo .....	135

**CONCLUSIONES ..... 140**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 142**



## INTRODUCCIÓN

En Guatemala se da el hacinamiento en los centros de detención preventiva, de arresto y cumplimiento de condena. Además, existe la mora fiscal, la mora judicial y el incumplimiento de los plazos constitucionales y procesales, situaciones a las que habrá de enfrentarse una persona sindicada del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva. Aunado a lo anterior, hay un fuerte populismo punitivo, a través del cual los legisladores realizan su mandato constitucional de legislar a través de momentos especiales que ocurren en la sociedad. Es durante ese tiempo donde no se realizan los estudios técnicos, jurídicos y científicos para realizar un equilibrio o una proporcionalidad de la pena.

Por medio de la presente investigación, se llevará a cabo un estudio que permitirá concluir si dentro del tema sobre el criterio de oportunidad en los delitos de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, se han aplicado medidas alternas, desjudicializadoras en este delito. Ello, debido a que, según los grandes tratadistas del derecho penal, el mismo corresponde a un delito de peligro abstracto y se aplica a esta clasificación en vista de que, según el Decreto 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala, se infiere: "Que la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca pone en riesgo la vida e integridad física de la mayoría de habitantes de la República, debido a la relación existente entre hechos violentos y armas de fuego, lo que hace necesario que se regulen las formas y medios por los cuales una persona puede ejercitar sus derechos de

tenencia y portación de armas de fuego, de conformidad con lo establecido en la presente ley”.



Así, pues, en la presente tesis se realiza en el capítulo segundo y tercero un análisis profundo sobre el derecho penal, sobre las medidas desjudicializadoras y, sobre todo, la aplicación de criterios de oportunidad en los delitos de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva.



## CAPÍTULO I

### 1. El Estado

Para explicar la organización social y evolución del Estado en todos los aspectos económicos (infraestructurales), políticos (estructurales) o de la ideología o cultura (supraestructurales), puede hacerse desde dos grandes teorías.

La primera de estas dos grandes teorías es la de la armonía social, entendida en el sentido de que existe una tendencia dentro de cada sociedad que la conduce a reproducirse a sí misma dentro de un esquema de colaboración entre sus integrantes, corrigiendo, al tiempo, aquellos elementos que pueden tender al desequilibrio o adaptando según sus necesidades, aquellos aspectos novedosos para la misma (Antonio Guerrero Torres, 2017, pág. 1).

La evolución histórica de la humanidad ha hecho que a lo largo del tiempo las sociedades a través de las disciplinas políticas hayan desarrollado el Estado como una sociedad organizada. Francisco Porrúa Pérez, al referirse a esta institución, lo considera como un aparato que converge la estructura social con el poder estatal de tal cuenta se refiere al Estado, "no como autoridad simplemente o como la relación bipartita entre gobernadores y gobernados, sino entendida también como una estructura social y el Estado como poder" (Porrúa Pérez, 2005, pág. 167). La sociedad, en su evolución histórica, se organizó en torno a una forma de vida, que es impulsada por ese órgano social y se sustenta en un sistema económico, este



representa una fuerza que da poder, de tal cuenta que el poder y la sociedad parten del mismo punto.

Los máximos exponentes de esta concepción social son las escuelas funcionalista y estructuralista.

- En primer lugar, la escuela funcionalista basa su análisis en la teoría de que el orden social se fundamenta en el funcionamiento armónico de la sociedad; frente a la tendencia de evolución de esa sociedad, se plantea que ella misma tiende a ser funcionalmente equilibrada y la estructura social funciona por necesidades básicas.
- La escuela estructuralista plantea que la cohesión estructural de la sociedad solo se explica gracias a una conciencia colectiva, que se traduce en una solidaridad que permite organizar la distribución del trabajo; la sociedad estaría estructurada gracias a su conciencia social (mentalidad) y a su orden solidario de organización, realizándose la integración en la división del trabajo.
- La otra gran teoría sobre la organización social es la teoría del conflicto, entendida como una tendencia de la sociedad a resolver las contradicciones y tensiones, tanto externas como internas. Spencer sostiene la idea de que el conflicto se desenvuelve en una dinámica externa, siendo resuelto generalmente por la guerra, cuando la sociedad está capacitada para afrontar, gracias a un mejor gobierno, sus conflictos con otras sociedades; la adecuación de todos los recursos para el logro de la victoria hace posible la cooperación que



permite el cumplimiento del objetivo marcado y asimismo, la reiterada victoria permite el aumento de prestigio y poder de una minoría dirigente de la guerra. Marx y Engels son los sostenedores de otra variante en la teoría del conflicto; esta se basa en la dinámica interna del mismo y se plantea como el intento de solución diacrónica de una situación sincrónica, cual es la apropiación de los medios de producción por parte de una minoría de la sociedad (Antonio Guerrero Torres, 2017, pág. 2).

El poder inicialmente se individualizó en una persona, en algunos casos en el más fuerte, en otros, en ancianos, quienes representaron a la autoridad o jefe. En su cosmovisión algunas sociedades dieron esa ventaja a personas que representaban la voluntad divina, pero la cohesión social dividió la sociedad en gobernantes y gobernados. Es en este contexto donde surge el Estado como entidad jurídica encargada de velar por los derechos de las personas dentro de un territorio determinado.

### **1.1 Definición**

El Estado se origina a través de la manera en la cual las personas tuvieron a bien la necesidad de agruparse u organizarse con el objeto de desarrollar su convivencia con las demás para comunicarse, convivir etc., a plenitud de una manera más fácil. Por ello, se creó una entidad de derecho, para garantizar los derechos de las personas dentro del territorio donde se habían asentado.



Se puede determinar entonces que el Estado, como institución, ha existido desde los albores de la humanidad, es por esto por lo que las primeras edificaciones humanas eran llamadas ciudad-Estado por lo que únicamente se tomaban la molestia de brindar los derechos a los habitantes de estas, a pesar de tener ciudades vecinas.

El análisis de las distintas definiciones o teorías sobre el Estado, la naturaleza y el valor en sí mismo, así como el de los diferentes tipos de sistemas políticos no corresponden al derecho sino a la teoría del Estado y a la ciencia política. Es necesario, sin embargo, dedicarle un capítulo al tema para tener una comprensión de los fines y participación del Estado en nuestro ordenamiento jurídico.

Según Iván Vila Casado menciona en su libro *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, debemos recordar que, a la caída del Imperio romano en manos de los invasores bárbaros, se derrumbó esa enorme y poderosa organización política fuertemente centralizada que abarca la mayor parte de Europa. El antiguo Imperio romano se diluyó en una gran cantidad de pequeños reinos, ducados (Instituto de Deque) y dominios territoriales civiles y eclesiásticos, dentro de los cuales el poder político se hallaba repartido entre los diferentes estamentos.

El mismo autor define al "Estado estamental (sociedad que esta organizada en estamentos), a la organización política feudal propia del medio, aunque en estricto sentido ella no corresponde al concepto moderno del Estado". Manifiesta que a partir de esa realidad medieval surgió el Estado Moderno. Los supuestos históricos del surgimiento del Estado se profundizan en los temas de la teoría del Estado en donde se indica que los reinos y territorios de la Edad Media eran, tanto



en lo interior como en lo exterior, unidades de poder político solo de manera intermitente e incluso, durante siglos, solo excepcionalmente. Su poder estaba limitado, en lo interno, por los numerosos depositarios de poder feudal, corporativos, municipales y, en lo exterior, por la Iglesia y el emperador.

El surgimiento del Estado en el mundo occidental se dio en medio de peculiaridades históricas, políticas, socioeconómicas e, incluso, geográficas, propias de cada país y en época diferente.

El proceso de centralización del poder político se fue dando de manera simultánea con el desarrollo de la formación del sistema de producción capitalista. Se trató de un proceso interrelacionado. Las nuevas condiciones de concentración del poder estatal hicieron posible una política mercantilista del Estado, con lo que se fomentó el desarrollo capitalista y se fortaleció el poder político. Ello explica la estrecha alianza inicial que se dio entre la monarquía y la naciente burguesía, contra la aristocracia feudal y las formas feudales de producción.

Para el surgimiento del Estado fue necesario superar la disgregación de los ordenamientos jurídicos, puesto que en cada feudo regían normas diferentes, lo que generaba una insuperable inseguridad jurídica. La aparición de un derecho cierto (*juscertum*) fue posible por la recepción que se hizo en Europa continental del derecho romano, obra de los posglosadores, juristas que aparecieron en las universidades del norte de Italia, especialmente en Bolonia.

En su acepción gramatical amplia Estado equivale, entre otros conceptos, a "situación en que está una persona o cosa". En su acepción político-jurídica, el Estado también expresa la idea de una situación, algo que permanece.



En mi opinión, el Estado funciona con sus representantes de la ciencia con lo son la filosofía, el derecho, la economía, la política, etc. Todas las ciencias son un pilar importante dentro del Estado. Hay diversas opiniones y definiciones sobre el Estado; unos tratadistas marxistas lo definen como un aparato especial para aplicar sistemáticamente la violencia y para someter a los hombres a dicha violencia. El Estado es una máquina para mantener el dominio de una clase sobre otra, es decir, este comentario o crítica se da porque todo ciudadano del mundo moderno es súbdito de un Estado. Está legalmente obligado a obedecer sus órdenes y los perfiles de su vida son marcados por las normas que el Estado impone. Estas normas son las leyes y en el poder de exigir las a todos los que viven dentro de sus fronteras.

En todo Estado hay, por decirlo así, una voluntad que domina legalmente sobre todas las demás voluntades, la toma de disposiciones finales de la sociedad, no recibe órdenes de ninguna otra voluntad. Entonces, resulta que el Estado es una sociedad de individuos sometidos por la fuerza, si fuese necesario a un determinado género de vida, las reglas que establecen su carácter son leyes del Estado.

Otra definición que me llama la atención es la de Laski Harold, mencionada en el libro *Lecturas sobre ciencia política*: "El Estado como hemos dicho, es un medio de regular la conducta humana, en un orden legal, cuyas normas ligan la conducta de los hombres de cierta manera, con preferencia a otras". Se afirma, entonces, que "Estado es la manera de ser o estar construida políticamente una comunidad humana". Pero si examinamos la sociedad humana, encontramos que dentro del Estado existen otros grupos sociales; que el hombre se relaciona con sus semejantes en asociaciones de distinto orden como son la familia, la Iglesia, las



corporaciones, los sindicatos, los partidos políticos, las empresas privadas,

Todas estas instituciones son grupos de hombres asociados. Pero el hombre además de pertenecer con un fin específico a una de estas agrupaciones, forma parte de varias de ellas a la vez: simultáneamente puede ser miembro de una familia, seguidor de un credo religioso, afiliado a un partido político, socio de una empresa o miembro de un sindicato. Pero, además, en vista de otro fin específico más elevado, el hombre se asocia con sus semejantes y las diversas agrupaciones de una misma sociedad se asocian entre sí, para constituir un grupo social más amplio, cuyos objetivos son más elevados y permanentes, al cual denominamos Estado (Mesa, 2003).

Es importante conocer o mencionar lo que nos dice Crossman en su libro *Biografía del Estado moderno*. En este, el Estado se nos presenta como una realidad insoslayable. Donde quiera que vayamos nos encontramos con él. Unas veces lo percibimos como algo que se inmiscuye en nuestras vidas y nos impone enojosas obligaciones y otras como una fuerza protectora que nos ofrece seguridad personal y colectiva, acceso a la instrucción, posibilidades de defensa de nuestros derechos, pero es, además, indispensable. No se concibe la vida sin el Estado. Strayer, eminente profesor de la Universidad de Princeton, manifiesta: "Un Hombre puede llevar vida razonablemente satisfactoria sin familia, ni lugar fijo de residencia, ni confesión religiosa, pero sin el Estado es nada. Carece de derechos y garantías y sus oportunidades de desarrollar una actividad útil son pocas. No hay salvación sobre la tierra fuera del marco de un Estado organizado".

Para comprender mejor el tema del Estado en su concepto, su historia y su estructura es importante desarrollar y percibir algunas teorías sobre la relación entre



Estado y derecho. Para desarrollar este tema es necesario comprender que somos parte de un Estado en su conjunto y que somos estudiosos del derecho. Por ese motivo considero importante escribir sobre este tema. Para tal efecto, es relevante mencionar varias interrogantes a través de la historia: si el Estado era superior al derecho o si el derecho era superior al Estado o si ambos constituían dos aspectos distintos de la misma cosa. Precisamente, estas interrogantes representan tres teorías principales acerca de la relación entre Estado y derecho según (Bodenheimer, 1986). La primera teoría el Estado se encuentra por encima del derecho y es superior a él. Esta teoría la maneja en forma rigurosa y coherente John Austin. En su opinión el derecho no era otra cosa sino el mandato del soberano. En toda sociedad -decía Austin- hay alguna persona individual o grupo de personas que recibe habitualmente la obediencia de los miembros de la sociedad. Esa persona o combinación de personas siempre que no obedezca a su vez, habitualmente a otro superior, es el soberano de esa sociedad. La posición de los otros miembros de la sociedad respecto a ese superior o sujeción. El soberano tiene el poder de obligar a los miembros de la comunidad a hacer exactamente lo que le plazca. Es el creador único del derecho. Todo derecho positivo o simplemente todo derecho, en sentido estricto, es establecido directa o indirectamente por una persona o cuerpo soberano, para un miembro o miembros de la sociedad de manera independiente a la cual aquella persona o cuerpo es soberano o supremo.

El poder soberano no está obligado por la ley que él mismo establece. De estarlo no sería soberano, la esencia de la soberanía consiste en no ser susceptible de limitaciones jurídicas. "El poder supremo limitado por el derecho positivo es una palpable contradicción en los términos". El poder soberano puede derogar a su



placer las leyes por él promulgadas. Incluso aunque no las derogue, el soberano está constreñido a observarlas por ninguna sanción legal o política.

Las leyes que los soberanos se imponen aparentemente a sí mismos, o las leyes que los soberanos imponen aparentemente a sus sucesores, son meros principios o máximas que adoptan como guías o que recomiendan a sus sucesores en el poder soberano. No es antijurídico que el soberano o el Estado se aparte de una ley del tipo de la que se trata.

Esto es aplicable incluso al derecho constitucional. Frente al soberano las disposiciones de una Constitución son meras reglas de moralidad positiva. Un acto del soberano que viola la Constitución puede ser calificado de inconstitucional, pero como no es una infracción del derecho en sentido estricto, no puede ser calificado de antijurídico (ilegal). En este sentido, y atendiendo a este concepto, el gobernante supremo está libre de las restricciones de ley.

Diametralmente opuestas a la doctrina agustiniana del Estado son aquellas teorías que tratan de establecer y demostrar la superioridad del derecho sobre el poder del Estado. La opinión que coloca al derecho por encima del Estado se ha presentado, sobre todo, en las doctrinas jusnaturalistas. En la Edad Media se sostenía que las normas fundamentales del derecho derivaban de una fuente divina y debían ser consideradas como obligatorias para el poder terreno del Estado.

La segunda teoría sus ponentes son Duguit, como Krabbe, quien atacó el concepto tradicional de la soberanía estatal, suponía la existencia de una "regla jurídica" suprema, que esta por encima del Estado y limita el poder de sus funcionarios. El contenido y finalidad de esta regla jurídica está determinado por los postulados de la "solidaridad social". Comprende y sanciona todas las medidas que



son necesarias para asegurar la continuidad de los servicios públicos ofrecidos por el Estado. La actividad del Estado -argumenta Duguit- aumentará y se ampliará en el futuro, pero decrecerá el poder del gobierno, porque estará limitado por la regla jurídica”.

Una tercera teoría niega la validez del antagonismo entre soberanía del Estado y soberanía del derecho. En opinión considero que esta teoría concluye que el Estado y el derecho son dos aspectos de la misma cosa.

Esta teoría define al derecho como la regulación de la sociedad considerada como el conjunto de sus normas; el Estado es la organización de la sociedad considerada como el instrumento personal responsable de su organización. Es, pues, útil preguntar quién está encima y quién debajo, como sería útil discutir si el contenido es superior a la forma o la forma al contenido.

Existe una cuarta teoría que creo importante mencionar y es la opinión que sostuvo Bentley. Él manifiesta que la teoría de que el Estado y el derecho son la misma cosa la ha llevado a su forma más extrema Hans Kelsen. En su opinión, derecho y Estado no son meramente dos aspectos o lados del mismo fenómeno; son totalmente y sin reservas idénticos. Todo acto del Estado es a la vez un acto jurídico. Toda definición del Estado es a la vez una definición del derecho. No supone la más mínima diferencia que el Estado de que se trate o tenga cualquier sistema sea autocrático o democrático, que sea Estado de poder o Estado de derecho. Todo Estado, según Kelsen, tiene que ser Estado de derecho. El poder del Estado es meramente la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad dada; lo mismo es el derecho. Según Kelsen, es algo totalmente injustificado hablar de un dualismo entre el Estado y el derecho.



Existen críticas a estas teorías. Ninguna de las teorías expuestas en la sección anterior parece totalmente aceptable. Es injustificable analizar la relación entre Estado y derecho de modo general, abstracto y teórico. La solución de este problema depende enteramente de la forma de gobierno que ha adoptado un Estado determinado y del modo cómo esa forma de gobierno, en su funcionamiento efectivo, afecta las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Esta crítica manifiesta que existen Estados a nivel mundial en los cuales las relaciones entre comunidad política y los ciudadanos están determinadas por una mezcla de poder y derecho.

Si en determinado Estado el gobierno está sometido a un sistema de pesos y contrapesos; si se ha creado cierta división de poderes; si hay una Constitución que garantiza a los ciertos derechos básicos; si los tribunales reconocen ciertos principios jurídicos fundamentales que ningún funcionario gubernamental puede violar en el ejercicio de sus funciones, si aceptamos la presente crítica nos inclinamos a decir que en ese Estado particular el poder soberano está sometido al derecho.

Si por el contrario, a esta crítica existe en un Estado un gobierno central fuerte, prácticamente ilimitado en su poder; si las funciones legislativas y ejecutivas están fundidas en manos de un gobierno; si los tribunales de justicia son servidores del gobierno y dependen de él; si se puede modificar la ley por un simple decreto del gobierno, sin cooperación de ningún cuerpo representativo; si los ciudadanos no tienen derechos y libertades básicos, que el gobierno esté obligado a respetar, en tal caso nos inclinaremos a decir que en este Estado particular, el poder soberano está por encima del derecho y no está ligado por ninguna limitación jurídica.



El problema de la relación entre Estado y derecho coincide, según esta opinión, con el de poder y derecho. Lo que determina la relación entre Estado y derecho en una comunidad política dada es el grado en que está limitado el poder gubernamental.

En nuestra época, se desarrolla la teoría de que la soberanía del Estado carece totalmente de fundamento. La lucha ideológica entre el Estado, el poder y el Estado de derecho no ha sido nunca tan intensa como es hoy en ningún periodo de la historia: el resultado es aún incierto.

El régimen de derecho que prevalece en el Estado de derecho no se funda ni en el sentimiento jurídico de la comunidad, ni en el concepto de solidaridad social.

En ningún Estado ha existido un acuerdo sustancial de todos los grupos, clases o individuos acerca de los postulados de justicia o las exigencias de solidaridad social. En realidad, el régimen de derecho llegó a implementarse en un Estado por medio de un proceso histórico largo y complicado en el que operan muchos factores. En el Estado moderno las varias fuerzas que contribuyen al desarrollo del derecho pueden encontrar en último término su portavoz y expresión en el mandato del soberano. Pero, en verdad, históricamente, es incorrecto decir que el derecho es un mandato del Estado soberano y una creación suya. El derecho se ha desarrollado por medio de tratados entre tribus federadas, en las pequeñas comunidades de las aldeas en las corporaciones eclesiásticas, en asociaciones y gremios voluntarios, sin interferencia de ningún poder semejante al moderno Estado soberano. Difícilmente podrá ser considerado como mandato de un soberano el moderno derecho internacional.



Luego de conocer y entender las diferentes teorías del Estado y la relación con el derecho, considero que a través del tiempo se ha desarrollado una relación de Estado y derecho más íntima. Considero que uno no puede subsistir sin el otro, a pesar de que en ambos se puede examinar como la barrera para tener un equilibrio y controlar el poder ejercido por el Estado. Este límite es necesario en Guatemala para cumplir con los principios, normas, garantías y derechos constitucionales y así garantizar el bien común de todos sus habitantes tal como establece la Constitución. Las anteriores teorías son muy bien definidas y acopladas al sistema político, que vive un país, pero en Guatemala sí es una realidad que el Estado y el derecho, deben ir relacionados. Ejemplo claro es el tema de la independencia de poderes que existe tanto entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que se rigen por normas ya establecidas a lo que le llamamos derecho.

En cuanto a conceptualizar al Estado como organismo, menciona que el Estado no es creado por la naturaleza, sino que es el resumen, la síntesis de la actividad política, de una sociedad y que normalmente se plasma en la ley. En tal sentido, se puede determinar que el Estado es aquella persona jurídica capaz de adquirir derechos y obligaciones, reconocido internacionalmente. Además, posee un territorio determinado en donde ejerce su poder soberano y que ha sido delegado a través del pueblo democráticamente con el fin de que exista una armonía y paz social por la cultura, tradiciones y las costumbres para gobernados y gobernantes.



## 1.2 Los fines el Estado

En una primera aproximación, podemos señalar que el bien común es:

- a) La causa final del Estado: como es sabido, la teoría política clásica distingue cuatro causas fundamentales en el ser del Estado: la causa material (un grupo social asentado en un territorio), la causa formal del orden social logrado mediante la sanción y efectiva vigencia de una Constitución y del resto del ordenamiento jurídico), la causa eficiente (la naturaleza social del hombre y existencia de una autonomía pública) y la causa final (el bien común político), como causa final del Estado, el bien común es causa *causarum*, causa de las demás causas de la comunidad política. El bien común, que en sí resume y expresa un conjunto de muchos otros bienes de naturaleza colectiva, es aquello que en último término se pretende alcanzar a través de la compleja interacción que supone el ser y la actuación estatal. Este explica y responde, en definitiva, la trascendental pregunta subyacente en toda reflexión política: ¿por qué es el Estado y no más bien la monarquía?
- b) El ámbito y la medida de la actuación estatal; el Estado solo puede actuar válidamente dentro del ámbito del bien común y donde él aparezca comprometido. Fuera de esos límites su actividad será ilegítima y arbitraria, ya que se lesionaría el derecho humano a la privacidad, el legítimo derecho de todo hombre a ser dejado a solas por el Estado en determinados ámbitos de su conducta personal.



c) El fundamento de la existencia de la autoridad pública y fuente de la legitimidad de las potestades estatales: la autoridad pública, las diversas potestades estatales (legislativa, tributaria, expropiatoria, administrativa, represivo-penal, jurisdiccional, etc.) y el deber de obediencia bajo determinadas condiciones, encuentran su fundamento y su fuente de legitimación ética y política en el bien común. Sin este fundamento, el poder político aparece como un mero hecho de fuerza, como una violencia institucionalizada, que lesiona hondamente la dignidad de la persona humana y frente al cual corresponde la resistencia pasiva o activa. Por otra parte, una actuación pública que no se fundamente o contraríe al bien común, constituye un ejercicio ilegítimo e irrazonable del poder público, que los modernos sistemas jurídicos castigan declarando su inconstitucionalidad, es decir, su invalidez y nulidad jurídica.

d) El objeto y cometido de la actuación del gobierno y de los poderes públicos: el gobierno actuando como cabeza del Estado es gerente del “bien común” y su actuación debe tender a su logro efectivo en el ámbito existencial y su disfrute por parte de todas las personas que integran la comunidad estatal. Lo que los ciudadanos reclaman de la autoridad pública, lo que los gobernantes prometen y deben procurar realizar, es hacer realidad los distintos aspectos que conforman el bien común de una sociedad en un momento histórico (SANTIAGO, VII).

En la invocación inicial se indica que el fin de la Constitución es el de “organizar jurídica y políticamente al Estado”, y que este es “responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz”.



En el artículo 1.º de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”, por lo que debe “garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

La Constitución Política contiene como una de sus características más distintivas el ser suprema. Esta supremacía radica en dos vertientes esenciales:

- 1) La formal, y
- 2) El material.

La Constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas.

Y en otro sentido, es material, ya que en la Constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes.

Estos valores y principios dan sustento y razón de ser al sistema constitucional, pues expresan no solo los anhelos sociales más arraigados o trascendentales para una comunidad política determinada, sino también aquellos que son universales e inherentes a la persona (Del Rosario-Rodríguez, 2011).



Garantías y principios constitucionales, para el efecto es importante mencionar, los principios importantes de supremacía constitucional y pluralismo político. El primer principio es el de considerar a la Constitución como derecho fundamental, lo que determina la supremacía constitucional, en otro principio el del pluralismo político, la estructura social es por naturaleza heterogénea, como suma de muchas realidades económicas, sociales, profesionales, étnicas, que muchas veces genera intereses contra puestos (García Laguardia, 1985).

### **Deberes del Estado**

Los deberes del Estado se resumen como la manera en la cual se les otorgan a los habitantes los derechos, en virtud del ordenamiento jurídico que trata de establecer los principios que son otorgados a las personas habitantes de un territorio. Es por lo que se puede determinar que los deberes del Estado son los distintos principios que tratan de establecer los derechos de las personas dentro del territorio. En otras palabras, se puede afirmar que los deberes del Estado es el garantizar los derechos básicos de las personas.

En tal sentido, se puede determinar que las formas en las cuales se reglamentan estos deberes son los principios constitucionales de derecho, los cuales se pueden agrupar de la manera siguiente:

- a. Protección a la vida: la vida es considerada como valor, derecho, principio fundamental, mediante el cual el ser humano vive, para el efecto la biología la define como: "Capacidad de nacer, crecer, reproducirse y morir" (Reyes Garcia, 2014) consiste en el derecho esencial y básico mediante el cual surgen todos los



demás derechos y valores esenciales de la persona, es decir, giran alrededor de él, motivo por el cual se entiende que es una obligación fundamental del Estado y que en la Constitución Política de la República es reconocida desde su preámbulo de la siguiente manera: "...afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social".

Entonces, al considerarlo como un derecho esencial mediante el cual se derivan otros derechos. Estos deben ser normados de igual manera para que la persona humana logre desarrollarse en plenitud en cualquier ámbito sea social, familiar, laboral, al contemplar en el artículo 3 de tal cuerpo legal el derecho a la vida, y que dice el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

b. Seguridad: considerado como confianza, certeza jurídica, brinda el Estado a través de un sistema jurídico basado en derecho y respetando la norma fundamental, que es la Constitución, es dar cumplimiento al derecho y la realización de la justicia. Según la Corte de Constitucionalidad en sentencia de fecha veintinueve de enero del año dos mil nueve (2009), dictada dentro del expediente número treinta y cinco guion dos mil dieciocho (35-2008) determinó lo siguiente: "En cuanto a la seguridad jurídica, que establece el artículo relacionado se refiere, concretamente, a la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de derecho, hacia el ordenamiento jurídico, en tal virtud las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes y principalmente la ley fundamental".



- c. Libertad: se entiende como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. En la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra regulado de la siguiente manera: "Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí". Se puede afirmar que, la libertad como esa autonomía personal de poder dirigirse y elegir, el ser dueño de los actos propios nunca olvidando las normas establecidas para no transgredir un derecho ajeno, esa autonomía que posee el ser humano de elegir entre el bien y el mal responsablemente, es decir, asumiendo las consecuencias de sus actos.
- d. Integridad: se puede definir como: "Se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de estas tres dimensiones" (humanos, 2016). Consiste entonces, en el reconocimiento del derecho de la vida que todo ser humano tiene, y todas las condiciones o situaciones que se den, mediante las cuales el ser humano logra desarrollarse en todos los ámbitos físicos, psíquicos y morales, el respetar estas condiciones y brindarle los medios necesarios para lograrlo.



De esa cuenta, los valores jurídicos esenciales mencionados anteriormente y regulados en la Constitución Política de la República, al ser garantizados por el Estado, cumplen con su función, ya que es este el ente encargado de velar por su reconocimiento y protección, a través de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Garantizando al ser humano su desarrollo íntegro como persona y alcanzando el bien común, cabe mencionar que el valor jurídico más importante del cual dependen los demás valores es la vida, por lo que es obligación del Estado el garantizarla siempre.

### **1.3 Elementos del Estado**

Los elementos del Estado son todos aquellos componentes indivisibles que lo comprenden, y que son esenciales para el normal desarrollo del Estado mismo y para que pueda llegar a cumplir con todos sus fines; entre los elementos del Estado hay tres que resaltan: el territorio, el poder y el pueblo, estos se mencionan por varios autores y expertos en la materia.

“Para que el Estado surja son necesarios la existencia de la comunidad humana y la absoluta necesidad de un aire territorial, en el que se manifieste su dominio e independencia, pero se adiciona como elementos esenciales al derecho y el poder, y denota una subdivisión siendo los elementos modales la soberanía y el imperio de la ley” (Sierra Rojas, 2012, pág. 11).

El artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo. En el artículo citado se mencionan como los elementos del Estado, el pueblo, el territorio y el



poder; sin embargo, existen otros artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala como los artículos 1 y 2 que implícitamente mencionan el elemento de la población; el artículo 142 de la Constitución Política de la República de Guatemala menciona el territorio como elemento del Estado, al indicar que “el Estado ejerce plena soberanía sobre el territorio nacional integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos”.

Respecto al poder como tercer elemento del Estado, se puede afirmar que el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el poder proviene del pueblo y su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la propia Constitución y la ley. En virtud de todo lo expuesto, pueblo, territorio y poder son los elementos que constituyen el Estado. El pueblo considerado como una agrupación de seres humanos. El territorio considerado como el espacio físico hasta donde alcanza la soberanía de cada Estado. El poder considerado como esa fuerza dominante capaz de dirigir la actividad política y jurídica del Estado.

En otras palabras, el Estado debe estar conformado por un grupo social de personas, localizado dentro de una superficie terrestre denominada territorio, dotado de un poder de mando soberano y un orden jurídico general que encaminen al mismo a cumplir con sus fines. Dentro de los elementos del Estado, se pueden mencionar los siguientes:

- a. Poder: que se define como la política que desarrolla cada país, la cual lo hace soberano para poder realizar su propio ordenamiento jurídico.
- b. Población: algunos tratadistas manifiestan que la población se refiere al elemento humano de cada territorio, quienes habitan determinada razón.



c. Territorio: esto responde al espacio físico de cada país.

#### **1.4 El gobierno y la división de poderes**

Para establecer cómo funciona el Estado de Guatemala es necesario establecer cómo funciona y su organización, en ese sentido, se debe citar el artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo”.

Ello quiere decir que el Estado de Guatemala tiene como características el ser un Estado libre, sin que se limite bajo ninguna circunstancia la libertad del mismo. Además de ser independiente y con la capacidad de autogobernarse y gestionarse, sin estas características se puede determinar que no puede funcionar el mismo como un país. En tal sentido, se incumpliría la segunda parte del artículo, la cual consiste en otorgar a los habitantes de la República sus derechos y libertades dentro del territorio nacional.

Por su parte, el artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala afirma: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida”. Desarrollando lo anterior, se puede determinar que la soberanía a la cual se refiere el artículo anterior se realiza a través de la división de los poderes dentro del Estado.

En tal sentido, se puede determinar que el sistema de gobierno guatemalteco está integrado por tres poderes los cuales se desarrollarán a continuación.



a. Organismo Ejecutivo: es el encargado de la función gubernamental política administrativa. Este organismo se distingue del Poder Legislativo, ejercido generalmente por el Parlamento, que promulga o revoca leyes y del Poder Judicial, que interpreta, hace respetar o invalida las mismas, debido a que es el encargado de concebir y ejecutar políticas generales de acuerdo con las cuales las leyes tienen que ser aplicadas; representa a la nación en sus relaciones diplomáticas, sostiene a las fuerzas armadas y en ocasiones aconseja con respecto a la legislación.

La teoría política de la división entre el ejecutivo y los demás poderes del Estado era conocida ya en las antiguas civilizaciones clásicas de Grecia y Roma, y fue aplicada con un alcance limitado en algunos gobiernos medievales. Dentro del Poder Ejecutivo se suelen diferenciar las figuras de jefe de Estado, gobierno y administración. En la legislación guatemalteca el Organismo Ejecutivo tiene su fundamento en la Constitución Política de la República en los artículos 182 al 202 y es desarrollado por la ley del Organismo Ejecutivo Decreto 114-97 del Congreso de la República y leyes conexas.

b. Organismo Legislativo: es el encargado de normar las funciones y el procedimiento parlamentario del Estado, está compuesto por los diputados que integran el Congreso de la República. Este organismo lo encontramos regulado en la Constitución Política de la República, en los artículos 157 al 181, que establecen la potestad legislativa e integración del Congreso de la República, así como aspectos importantes de su funcionamiento, entre ellos, las sesiones, el



quórum para tomar decisiones, especialmente la autorización a los diputados para que desempeñen otros cargos públicos, prerrogativas de que gozan los diputados, requisitos para el cargo de diputado, prohibiciones e incompatibilidades y la forma de elegir su junta directiva y comisión permanente.

Regula también las atribuciones específicas del Congreso de la República de Guatemala, el derecho de interpelar a los ministros de Estado, efectos de la interpelación, asistencia de ministros al Congreso de la República de Guatemala, atribuciones específicas, mayoría calificada, procedimiento consultivo y específicamente, el proceso de formación de las leyes. Lo relativo a la organización y funcionamiento interno del Congreso de la República, lo encontramos regulado en la ley orgánica del Organismo Legislativo, Decreto número 63-94 del Congreso de la República de Guatemala.

c. El Organismo Judicial: es el encargado de administrar la justicia con independencia y potestad de juzgar por medio de tribunales jerárquicamente, organizados y estructurados jurisdiccionalmente en cuatro niveles, que son:

- La Corte Suprema de Justicia;
- Tribunal de Segunda Instancia;
- Tribunal de Primera Instancia;
- Juzgado de Paz.

Los cuales están integrados por personal y jueces independientes, que de acuerdo con lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes hacen valer mediante una acción legal la justicia, la verdad y la equidad. Este organismo lo encontramos regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala en los artículos 203 al 222, que dota a esta institución de



la potestad de juzgar, creando las condiciones esenciales de la administración de justicia, las garantías que posee, el derecho de antejuicio para magistrados y jueces, los requisitos para ser magistrado o juez, el período de funciones de magistrados y jueces, el nombramiento de jueces y personal auxiliar. Todo lo relativo a los principios y reglas de aplicación de las leyes, interpretación de la ley, obligación de resolver, el debido proceso y otras reglas relacionadas con la aplicación de las leyes en el tiempo, documentos provenientes del extranjero y plazos judiciales, así como lo relativo a las funciones del Organismo Judicial, tanto administrativas como jurisdiccionales y todas aquellas disposiciones comunes a todo proceso, lo encontramos regulado en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.

### **1.5 Fines del Estado de Guatemala**

Es necesario establecer en qué consiste la finalidad del Estado, por lo tanto, se puede determinar que el Estado como persona jurídica, tiene derechos y obligaciones que le atañen por su creación. En ese sentido, los principales derechos y obligaciones del Estado, radican en los aspectos siguientes:

- a. Ser soberanos;
- b. Defender el territorio;
- c. La estructura de Estado y sus órganos de gobierno;
- d. Establecer un sistema bancario;
- e. Constituir un sistema tributario;
- f. Erigir las estructuras de defensa interna y externas;
- g. Crear el orden jurídico;



- h. Instituir las bases para el desarrollo;
- i. Instaurar las bases para las relaciones con el exterior.

Es por esto por lo que es necesario el estudiar en qué consiste la finalidad del Estado, toda vez que tiene que cumplir con habitantes garantizando sus derechos y obligaciones, para con la sociedad y la población en primer lugar, así como para consigo mismo.

En ese sentido, el Estado tiene dos finalidades las cuales se encuadran de la siguiente forma:

a. Fines subjetivos de los hombres, o sea, los múltiples fines que, con el Estado, persiguen lograr todos o la mayoría de los hombres; y,

b. Fines objetivos del Estado, o fines que causal y teológicamente le dan sentido. Esto significa que es aquello que debe realizar o cumplir el Estado como organización de un pueblo, quedando implícitas las causas finales de la conservación del orden que determinan la organización o sea las causas de la existencia del Estado y el poder” (Prado, 2007, pág. 98).

En virtud de lo anterior, se la finalidad mayor del Estado consiste en la consecución del bien común para sus habitantes. Es por esto por lo que se considera que el orden jurídico, cuya unidad resulta del derecho fundamental que está en la Constitución Política de la República de Guatemala y el poder que lo garantiza tienden a realizar un bien público o común distinto de los bienes particulares de los individuos, como valor que expresa la plenitud del bien humano en una sociedad territorialmente limitada. El bien común es el fin que persigue todo tipo de sociedad y bien público es el fin específico que trata de alcanzar la sociedad



estatal. Siempre que los hombres se agrupen socialmente para obtener un beneficio a todos, será este un bien común.

El Estado también persigue el bien común, pero con la especialidad de establecer que es una sociedad muy amplia. En ese sentido, se debe diferenciar el bien común particular del bien común público, la actividad política, es otro ejercicio del Estado que consiste en la búsqueda de lo bueno y lo útil para la sociedad, de tal manera que se pueda determinar en qué realmente consiste el bien común. Es por esto que la finalidad del Estado, se circunscribe que es meramente formal, manifestándose en el bienestar de la nación, la solidaridad social, la seguridad pública, la protección de los intereses individuales y colectivos, la elevación económica, cultural y social de la población. Las soluciones de los problemas nacionales, la satisfacción de las necesidades públicas y otras similares que podrían surgir conforme vayan existiendo nuevas necesidades para el ser humano.

### **1.6 Características del Estado de Guatemala**

La característica del Estado de Guatemala consta de tres aspectos fundamentales, los cuales se desarrollarán a continuación:

- a. Es republicana. Ello quiere decir que es lo conducente a una república, lo cual establece que el poder público solo será electo y cumplirá funciones por un tiempo determinado. El principal canal de participación ciudadana en la república es el voto. Las elecciones deben ser libres y el voto secreto, de esta manera, los ciudadanos pueden ejercer su participación sin presiones ni condicionamientos.

Artículo 140 de la constitución Política de la República de Guatemala.



b. Democrática. Esto quiere decir que el sistema de elección responde a la voluntad de la población en la cual los líderes del Estado serán electos por la mayoría de la población de tal forma que sea la población quien elige a sus autoridades a través de la una elección popular.

c. Representativa. Debido a que cada departamento de Guatemala será representado por unas personas a través de la elección popular, el mismo lo representará en el Congreso de la República, con el objeto de promover las acciones necesarias para suplir cualquier vicisitud que surja en el poblado que representa de tal forma que se tenga voz y voto en los asuntos regionales y nacionales.



## CAPÍTULO II

### 2. Derecho penal

El derecho penal es el conjunto de normativas que sirven para el castigo de actos criminales, estos son ejercidos por el Estado a través de sus tribunales, utilizando normas creadas por el mismo Estado a través de un proceso penal establecido en ley. El derecho penal por su parte tiene una larga tradición conceptual que comienza con el derecho romano y que puede entenderse como una superación de la sociedad con respecto a prácticas que eran poco sistemáticas en lo que respecta al castigo. Así, el derecho penal tiene como finalidad la protección de la sociedad ante eventuales acciones, que dañen a alguno de sus miembros y es desde esta perspectiva que debe comprenderse su importancia. Para esta finalidad, el derecho penal se vale del establecimiento de distintas penas en función de la gravedad del acto cometido.

Entonces, podemos afirmar que uno de los fines del derecho penal es ser utilizado como medio de control social; el papel del derecho penal encargado de evitar la comisión de la conducta punible por medio coercitivos. Es decir, el que quiera cometer un delito sin que la moral se lo impida se encontrará con una herramienta para motivarlo a que no lo haga, y esta herramienta es la pena. Así, la persona no lo hará por el simple hecho de que si lo hace va a tener una sanción que en la mayoría de casos es una privativa de la libertad. Debido a la temática de esta investigación, es necesario el estudio del derecho penal en el sentido de que es este



derecho el que se encarga de limitar las conductas de las personas y clasificar como delitos aquellas que, a su consideración, estén en contra del orden público. Menester el estudio de la moral o la vida humana para entender desde el punto de vista teórico la importancia del derecho penal y del proceso probatorio que se utiliza para la prueba del mismo.

Es entonces el derecho penal la más importante rama entre todas las ciencias de las leyes, ya que, por sus relaciones morales o políticas, todo progreso del derecho penal es un progreso para la humanidad, por economizar sufrimientos y sobre todo secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral.

En los últimos tiempos, los profesionales de las ciencias jurídicas en Guatemala, principalmente los dedicados al derecho penal se han enfocado en analizar la legislación vigente, sin ir más allá, sin estudiar que tras la creación de una norma penal existen fundamentos teóricos, jurídicos o políticos que deben conocer para tener una visión más amplia de la norma y poder aplicarla con mayor comprensión en un caso concreto.

Los estudios criminológicos y sociológicos han demostrado, que no es posible comprender la criminalidad partiendo de las normas abstractas tanto del derecho penal material como procesal, sino se debe estudiar la acción del sistema penal que la define y reacciona contra ella. Este recorrido empieza por el análisis de las normas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales: policía, fiscales, jueces, defensores, instituciones penitenciarias, quienes son las encargadas de aplicarlas.



El perfil de las personas privadas de libertad es el siguiente: en su mayoría son jóvenes (51 % menores de 30 años); población no indígena (70 % ladinos, 22 % indígena y 8 % extranjeros); el 31 % reconoció estar detenido con anterioridad; en su mayoría 59 % campesino, obreros, trabajadores informales; el 60 % perciben ingresos menores de 800 quetzales, y en cuanto a la educación el 25 % reconoció ser analfabeto y el 53 % no finalizó ningún tipo de instrucción.

Por otro parte, la criminología moderna ha develado el verdadero rostro de la cárcel: ha puesto en evidencia que la pena no es un mecanismo útil para la resolución de muchos de los conflictos. La cárcel estigmatiza a la persona que ha delinuido privándolo de la posibilidad de una vida digna y de una reincorporación posterior a la sociedad.

Al no ser la pena un mecanismo útil para la solución del conflicto, la cárcel se convierte en un lugar de degradación en donde la persona es rebajada, humillada y sometida a un periodo de deterioro físico y mental, que en muchas ocasiones condiciona verdaderas carreras criminales posteriores.

Es necesario mencionar que la efectividad del sistema penal solo es posible en la medida en que sostenga criterios reales de selección de casos. El sistema penal solo es eficaz si logra centrar su actuación en casos de trascendencia social, de significación y obtiene resultados satisfactorios en ello. Por el contrario, se concentra en los llamados casos de "bagatela", su saturación conlleva, naturalmente su ineffectividad, sobre todo en los conflictos más graves. Esta política de persecución que le corresponde al Ministerio Público junto a los otros órganos públicos de investigación y control, han de permitir dedicar los recursos y esfuerzos prioritariamente a la caza de elefantes y no de hormigas.



## 2.1 Definición

En sentido objetivo, el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, estatuidas por el órgano constitucionalmente competente en las que se prevén, de un lado, los comportamientos incriminados como delictuosos, de otro, las sanciones en tanto consecuencias jurídicas de dichas acciones.

Originalmente, el poder punitivo del Estado (*potestas criminalis*), era considerado como un poder derivado de la soberanía del Estado (*imperium*). En virtud de este poder, el Estado dicta leyes penales, organiza el sistema judicial, condena y ejecuta las sanciones. El *ius puniendi* aparece, por tanto, como la fuente del derecho penal objetivo.

Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico esta concepción fue, por tanto, abandonada. El poder del Estado se consideró como fundado en las normas legales, las mismas que justifican su pretensión para reprimir a las personas. El derecho a castigar (*ius puniendi*) sería un derecho subjetivo basado en la relación existente entre el Estado y el delincuente. Este criterio, que recuerda mucho a la noción de derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactorio, ya que el poder punitivo del Estado no puede ser explicado como una prerrogativa derivada del conjunto de las disposiciones penales que el mismo Estado dicta.

La noción de derecho penal subjetivo, entendida de esta manera, resulta incorrecta e inútil. No se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar, sino



más bien de un atributo de la soberanía del Estado consistente en el poder castigar. Poder que está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. La explicación y fundamentación se encuentra en el estudio de las concepciones sobre el origen de la soberanía y de las teorías sobre la pena (Pozo, 2000, pág. 3).

El derecho penal se ha definido dentro de dos puntos de vista, es decir, de forma bipartita en derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo. Esta división en la definición sigue siendo válida aun en nuestros días, debido a que el derecho penal es de utilidad para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico por medio de la protección social contra el delito.

Derecho penal material, en sentido estricto, es la expresión de derecho penal (material o de fondo) y comprende únicamente las reglas relativas a los delitos (tipos legales y condiciones de punibilidad) y a las sanciones (penas y medidas de seguridad).

Si se le utiliza en sentido general, se hace referencia a todas las reglas relativas al ámbito de la materia penal. Estas reglas conciernen, además del derecho penal material, al derecho penal formal y al de ejecución de penas.

El derecho penal formal o de procedimientos penales constituye el medio de realización indispensable del derecho penal material. Comprende, de una parte, las reglas relativas a la organización judicial penal, a las competencias atribuidas a cada uno de sus órganos y, de otra parte, a las reglas que prevén los pasos que deben darse para instruir y juzgar un asunto penal (procedimiento en sentido estricto). Si



el derecho penal material se caracteriza por su carácter estático, el formal distingue por su dinamismo.

El derecho penal de ejecución de sanciones comprende las reglas relativas a la forma y al lugar donde se harán efectivas las decisiones judiciales dictadas por las autoridades penales.

“La ley penal fundamental es el Código Penal, completado por una serie de leyes o disposiciones penales que constituyen el derecho penal complementario” (Pozo, 2000, pág. 4).

El derecho penal es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado, determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado. Esto es así, toda vez que se encuentra fundamentado en el principio de legalidad, de defensa o de reserva como podemos dar cuenta en el artículo 1 del Código Penal y que se complementa con el artículo 7 del mismo código.

Otra definición considerada la más completa es la que establece que el derecho penal es un conjunto de normas, que en el ejercicio del derecho de castigar emite el Estado, sobre las conductas prohibidas o imperativas a las que asigna una pena o una medida de seguridad. El derecho penal es “la parte del ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinados conductas a cuya verificación asocia consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad” (Carbonell, 1999, pág. 29).



El derecho penal como expresión del poder punitivo del Estado de derecho se encuentra o tiene que estar limitado por una serie de principios emanados de la Constitución, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Por eso, la Constitución es la primera norma penal y de ella se deriva el derecho penal garantista o derecho penal de acto, y la política criminal del Estado, por ejemplo, el fin resocializador de la pena (Girón Palles, 2017, pág. 1).

Así, el derecho penal es aquella rama del derecho en la cual el Estado regula conductas llamadas delitos, las cuales de ser llevadas a cabo traerán consigo una pena al infractor en virtud de la potestad que posee el mismo para castigar a los que de conformidad con la ley cometan un delito o un hecho ilícito.

## **2.2 Principios de derecho penal**

Los principios del derecho penal son la fuente, para la creación, por una parte, para su interpretación y sobre todo para su aplicación, en un Estado que se rige por normas jurídicas que regulan las conductas de los hombres en su territorio. Estas fuentes deben dar la directriz para crear principios basados en bases constitucionales, en derechos humanos. Guatemala tiene un sistema de gobierno democrático, republicano y representativo que regula el artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Los principios del derecho penal son muchos y se analizan desde diferentes puntos. Por ejemplo, desde el punto de vista procesal la presunción de inocencia, el principio de legalidad y oficialidad por medio del cual el Estado tiene la obligación



de perseguir y juzgar a las personas por conductas tipificadas como delito. En este apartado se mencionan algunos principios considerados como importantes o más elementales.

a. Principio al libre desarrollo de la personalidad. Es un derecho inherente al ser humano que le permite la libertad de desarrollarse como persona en la sociedad, siempre y cuando no afecte los derechos de terceras personas. España regula este principio en el artículo 10 constitucional: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (Girón Palles, 2017, pág. 2).

En Guatemala, se integra con dos artículos de la Constitución: “Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”, conforme lo regula el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala. “En Guatemala todos los seres humanos son libre e iguales en dignidad y derecho. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidad. Ninguna persona puede ser sometida servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conductas fraternas entre sí”, tal como lo determina el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es la dignidad de la persona humana el centro de protección de sus derechos especialmente la libertad. Es por ello por lo que un Estado democrático debe permitir las condiciones para el desarrollo de la personalidad, por medio de la libertad de la persona siempre que esta no viole los derechos de los demás. En el ejercicio del



derecho de castigar que realiza el Estado, ya sea cuando crea normas penales o aplicarlas, debe observar los derechos constitucionales de libertad y dignidad de las personas evitando el exceso al restringir la libertad en la creación de tipos penales.

“El principio general de libertad, del que la prohibición de exceso es un componente, viene a afirmar que tan solo puede limitarse la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos” (Carbonell, 1999, pág. 201).

b. Principio de intervención mínima. “El Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos muy importantes y en la medida en que sean insuficientes para sancionarlos otros medios jurídicos menos radicales” (Muñoz y García, 2015, pág.303). Este es el carácter fragmentario, porque la protección de bienes jurídicos la pueden realizar otras ramas del derecho, solo en el caso que existan mucha gravedad a bienes jurídicos muy importantes como la vida, la integridad de las personas, la libertad, etcétera, le corresponden al derecho penal. En el caso de conflictos o ataques a bienes jurídicos de menor gravedad, se debe dar la oportunidad que los regulen otras ramas del derecho, y si después continúa la amenaza o si no fue efectiva su intervención, entonces entrará a funcionar el derecho penal. Por eso se dice que el derecho penal es subsidiario de otras ramas del derecho. Por ejemplo, el patrimonio es un bien jurídico, cuando se trata de deudas originadas de relaciones entre personas, las resolverá el derecho civil, por eso conocemos el aforismo por deudas no hay prisión. Diferente es el caso de sustracción de un bien mueble con violencia, en donde la gravedad se califica por la violencia



utilizada, corresponde al derecho penal la protección del patrimonio penalizado por esa conducta. Un segundo ejemplo, el caso de contaminación ambiental por emisión de gases por humo de vehículos automotores, se da la oportunidad al derecho administrativo sancionador, porque el ataque al bien jurídico es leve. La pena como sanción debe aplicarse de *ultima ratio*, porque la penalización debe ser el último recurso del legislador para tratar de proteger el bien jurídico. Es importante señalar que el derecho penal no soluciona conflictos, pues este entra a funcionar cuando el bien jurídico ha sido dañado o puesto en peligro. Si bien es cierto, una de las funciones del tipo penal es el de prevención del delito por la prevención general negativa como la amenaza de la imposición de una pena a la sociedad para no realizar conductas señaladas como delito, esto no implica que el derecho penal solucione problemas entre seres humanos. El proceso penal tiene el principio de oportunidad por medio del cual se puede suspender la persecución penal ya iniciada, o bien el Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal, siempre y cuando se haya reparado el daño al bien jurídico. Esta justicia restaurativa es muy aconsejable porque toma en cuenta la opinión de la víctima quien tiene derecho a la reparación digna tanto en lo económico como en lo moral y en su aplicación se contribuye a la paz social.

- c. Principio de protección de bienes jurídicos. Según uno de los tratadistas más destacados el cual determina que: “Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. A la vida y libertad, les asigno una condición y posibilidad para que el ser humano viva en sociedad, confiando en el respeto y



libertad particular. Esos presupuestos para que se pueda vivir en la sociedad se denominan bienes jurídicos protegidos por el Estado de diferente forma, por ejemplo, la salud, el patrimonio. Cuando estos bienes son perturbados y no es posible su protección por otras ramas del derecho, se protegen por el derecho penal y adquieren el nombre de bienes jurídicos penalmente protegidos. Por esta razón, el Estado debe ser cuidadoso en escoger los bienes que protegerá el derecho penal, que como quedó anotado, serán bienes jurídicos muy importantes y que estén expuestos a ataques graves. De ahí que bienes como la moral no son susceptibles de ser protegidos por el derecho penal. En Argentina este principio tiene rango constitucional y se regula en el artículo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan la orden y a la moral pública, ni perjudiquen en un tercero, están solo reservadas a Dios, exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

- d. Principio de legalidad sustantivo. En derecho penal el principio de legalidad sustantivo es una expresión de democracia puesto que, por el principio de reserva de ley, solo el Poder Legislativo puede crear leyes penales. Esto se debe a que este, como representante del pueblo, es el único facultado para la creación de tipos penales, y en los que en su proceso de creación debe existir publicidad desde su iniciativa hasta su publicación. Desde luego, otros organismos del Estado pueden crear leyes, pero cuando se trata de crear tipos penales como por ejemplo (prohibir o mandar conductas en donde a su incumplimiento esté asignado una sanción penal) para el caso de Guatemala y países democráticos,



solo el Poder Legislativo tiene esta facultad. En este sentido, la fuente de la ley penal es exclusivamente la ley, descartando la costumbre y la jurisprudencia, salvo casos muy especiales. Para que exista un contrapeso, el juzgamiento y ejecución de lo juzgado corresponda con exclusividad al Poder Judicial. De lo que se infiere que la seguridad jurídica tiene su asidero en la división de poderes, y se manifiesta constitucionalmente tanto en todas las ramas del derecho como en el aspecto criminal. Guatemala los regula en los artículos 2 y 17 constitucionales, primero como uno de los deberes del Estado al garantizar la vida la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, y segundo, no son punibles las acciones y omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. El principio de legalidad, como expresión de seguridad jurídica, opera como una oposición a lo incierto, al desarrollar el principio de que no hay pena sin ley anterior que históricamente ha sido reconocido en las Constituciones modernas como una expresión de una lucha por el derecho. También "está incluido en el cuadro de derechos humanos que en términos parecidos expresa el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Nadie puede ser penado por acciones u omisiones que en el momento no fueren delictivos según el derecho aplicable" (Sentencia 17-09-86, expediente No 12-86 pagina 1 Gaceta No 1 Corte de Constitucionalidad Guatemala).

- e. Los principios de determinación, de certeza y taxatividad. Estos principios no están específicamente regulados en la legislación guatemalteca, sino que se infiere del artículo 17 constitucional. La determinación de las conductas y las



penas son garantía de claridad y precisión que deben tener las leyes penales para que no sean inciertas y arbitrarias. Las normas penales deben tener certeza con la "máxima precisión (*lex certa*) que denominamos principio de taxatividad, tanto en la determinación de la conducta, o tipicidad, como de la pena a imponer y, por la otra, dirigido al juez, exigiendo una aplicación escrita (*lex stricta*) a la ley cierta" (Gómez de la Torre, 1996, pág. 36). La aplicación del principio de taxatividad obliga a que los jueces no utilicen la analogía creando otros tipos penales. La aplicación del principio de legalidad sustantivo constituye una garantía de las relaciones entre los ciudadanos, entre estos y el Estado, de tal forma que se debe evitar políticas de endurecimiento de penas, legislando sanciones desproporcionadas, en otras oportunidades penalizando en exceso conductas en las que no ha producido un resultado lesivo, sino que únicamente se ha puesto en peligro el bien jurídico.

- f. Principio de materialidad, lesividad u ofensividad. El principio de ofensividad como también se le denomina a la lesividad exige la existencia de un daño material al objeto de protección penal, si no hay lesión o daño no hay delito, tal como lo indica el aforismo *nullun crimen sine injuria*. "Las acciones que no lesionan o afectan a terceros están fuera del alcance del poder de Estado. Todo el derecho sirve a la realización de la persona es personalista o no trasciende, de modo que no puede imponerse una moral o asumir posiciones paternalistas en nombre de un mito transpersonal. (...) no hay delito sin afectación de un bien jurídico ajeno" (Zaffaroni, 2009, pág. 43). Se viola este principio en la penalización de los actos preparatorios del delito, no hay lesión al objeto de protección de la norma, y al penalizar la conducta de conspirar o concentrarse para la realización



de un delito, se viola el principio de materialidad de la acción, que ni siquiera puede compararse con una tentativa en donde se realizaron algunos elementos del tipo penal, pero por circunstancias ajenas a la voluntad del agente no se ejecutaron todos los elementos del delito. Ahora bien, cuando se penaliza la conspiración es como si se penara la tentativa imposible, pero como el afán del Estado es adelantarse a la materialidad de la acción (derecho penal de tercera velocidad), no le importa violar derechos constitucionales, procesales o principios generales del derecho penal, para el discurso populachero como erradicar la delincuencia organizada, producto que no se ha logrado ni se alcanzará con leyes de emergencia tal como penalizar los actos preparatorios como la conspiración.

g. Principio de proporcionalidad de las penas: "El principio de proporcionalidad en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata por emplear expresiones propias del análisis económico del derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior; si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta". (Carbonell, 1999, pág. 210). La proporcionalidad de la pena tiene dos momentos, el primero, cuando el legislador crea la norma ha de prever que la sanción sea proporcional a la gravedad de la conducta y al daño causado al bien jurídico, el segundo momento, cuando los jueces después de probada la culpabilidad ponderan la pena. Hay desproporcionalidad en sancionar con las mismas penas los actos preparatorios (conspiración como delito consumado). Esta es quizá la más grande aberración jurídica, pues si se conspira para realizar un secuestro la



pena a imponer será para el caso de Guatemala de veinte a cuarenta años de prisión, penalizado de igual forma como si hubiese consumado el secuestro. En este caso los bienes de la libertad personal y el patrimonio no han sido afectados, ni siquiera puestos en peligro, pero el derecho penal arbitrario adelanta los hechos (tercera velocidad) al penalizar actos preparatorios del delito. La forma de contener al enemigo es aplicar la prisión preventiva como pena anticipada sin ninguna garantía de proporcionalidad.

Guatemala no regula expresamente el principio de proporcionalidad, pero se refiere del artículo 2 Constitucional: "Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la personalidad". Vulnera el artículo 5 de la Declaración de Derechos Humanos y el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que resumidos establecen que nadie puede ser sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes, tal es el caso de las penas desproporcionadas en contra también de la dignidad de la persona.

## **2.3 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

### **2.3.1 Culpabilidad como fundamento de la pena**

La culpabilidad puede definirse como un juicio de reproche que se realiza a un sujeto que es sindicado de cometer una acción típica y antijurídica, siempre y cuando tenga la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo con la



comprensión de su conducta, que además tenga conocimiento de la antijuridicidad, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, no como lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias, la persona es penalmente responsable y se le impone una pena para que esta pueda rehabilitarse o resocializarse.

Este es el fundamento de la culpabilidad basada en un derecho penal de acto, en donde la culpabilidad es la consecuencia de la acción u omisión antijurídica, es decir, basada en la teoría tradicional del delito. En sentido contrario, la conducta puede ser típica y antijurídica, pero si la persona no tiene la capacidad para motivarse por no comprender su conducta (caso de los inimputables), si el sujeto no conoce el contenido de la norma, no le es exigible obrar de determinada conducta. Los fines de la pena no se cumplirán en el condenado al imponer penas a una persona con incapacidad penal, estaríamos ante un Estado arbitrario, o de policía por violar el principio de culpabilidad como fundamento de la pena.

### **2.3.2 Culpabilidad como fundamento en la ponderación de la pena**

Hasta la culpabilidad se refiere a la imposición de la pena. Sin embargo, la culpabilidad tiene otro punto de vista, como "fundamento o como elemento de la determinación o medición de la pena. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso, se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por encima o por debajo



de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de culpabilidad, además por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos etc.” (Muñoz y García, 2004, pág. 93).

Es aquí en donde las garantías penales como el principio de culpabilidad sirven para limitar el poder punitivo en un Estado democrático. Para ello, son necesarios los criterios tales como el daño causado al bien jurídico, e incluso la culpabilidad subjetiva tomando como base el dolo o la imprudencia, que en todo caso es graduable de acuerdo con las agravantes o atenuantes. Sin embargo, como herencia de códigos alemanes, o ideas arbitrarias hoy en día encontramos en algunos códigos penales como el de Guatemala, criterios arbitrarios para la medición de la pena tales como la peligrosidad social y los antecedentes del culpable.

Por ejemplo, el artículo 65 Código Penal de Guatemala. “El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de este y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena”.

El vacío entre la culpabilidad y la pena se trata de llenar por el reproche a las personas que no cumplen con la norma. Es responsable el que realiza una conducta descrita en la ley, siempre y cuando pueda autodeterminarse que no exista



inexigibilidad de la conducta. Desde luego, por acciones y omisiones que hayan lesionado a bienes jurídicos, es decir, un derecho penal de acto. Sin embargo, en el derecho penal de autor la culpabilidad se obtiene de considerado peligroso social a determinado grupo de personas, para ello las criminaliza por lo que son, no por lo que hicieron.

El Estado policía siempre busca la culpabilidad de autor por medio de la peligrosidad social, como una regresión a Garofalo, Ferri y Lombroso. Toma este discurso del peligroso social para obtener la culpabilidad, tal como sostiene Jakobs respecto de la pena: "En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica no se dirige contra la persona de derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con cierta claridad si se pasa del efecto de seguimiento de la pena privativa de libertad a la custodia de medidas de seguridad, en ese caso la perspectiva no solo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo- hacia delante, al futuro, en el que una tendencia a cometer hechos delictivos de considerable gravedad podría tener efectos peligrosos para la generalidad" (Jakobs, 2006, pág. 26).

## **2.4 Delito**

Resulta necesario establecer la importancia que tiene para la investigación que se presenta el análisis completo sobre el delito y su teoría, de tal manera que se entienda en qué consiste esta figura y cómo esta afecta a la sociedad guatemalteca, para luego establecer su vínculo con la reparación del daño y cómo debe aplicarse



en el territorio nacional. A manera de introducción se sabe que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, que tienen el objeto de regular las relaciones de las personas en una sociedad de tal manera que exista una reglamentación para cada situación de la vida dentro de un territorio determinado.

Es por esto que se debe recurrir al derecho para identificar y sancionar las conductas que van en contra de los cánones sociales; ejemplificado de forma perfecta a través de los delitos. Respecto al delito, este se define como aquella conducta contraria a la ley que tiene como resultado una penalización debido a la consecuencia dañosa que esta lleva consigo. Es decir, que se castiga la conducta que está establecida como ilegal y que además resulta como un daño en contra de otra persona.

La definición en sí de delito es una tarea difícil que corresponde analizar a la teoría general del delito. Lo difícil es que en su definición debe contener todos los elementos, características comunes que debe tener un hecho punible para ser considerado como delito, además debe observar que dicho hecho debe ser sancionado con una pena. Para realizar una definición más completa debemos partir del derecho penal positivo. El jurista que quiera definir el delito sin analizar derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico (Muñoz Conde, 2010, pág. 1).

“Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno derecho penal concretamente el español que impide considerar como delito toda conducta que no haya sido previamente determinada por una ley penal. El concepto de delito



como conducta castigada por la ley con una pena es un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada con una pena (Roxin, 1997, pág. 140).

Lo anterior quiere decir que el delito posee ciertas características que lo distinguen de otras figuras que pueden ser penalizadas. Dichas características son: antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, las cuales se entrelazan para crear la figura delictiva. Si falta una de estas, no se puede considerar un delito, por lo que es necesario que se cumplan estos elementos. La antijuricidad se refiere a una conducta contraria al ordenamiento jurídico; por su parte, la tipicidad es que la conducta referida sea definida como delito en la ley penal y la culpabilidad es la reafirmación de la autoría de la persona en la conducta.

El doctor Eugenio Zaffaroni (1971) sobre el delito establece: "Es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causas de justificación), es contraria al orden jurídico (antijurídica) que, por ser exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable)" (p. 4). Delito es toda conducta o acción que contraviene a las leyes penales de un país exigiéndose para que se considere como tal que sea típica; es decir, que se encuentre dentro de la ley como delito, antijurídica quiere decir que está en contra de la ley y las buenas costumbres o el orden público y culpable, es decir, que la persona que se considere como delincuente tiene que comprobarse la culpabilidad y la participación efectiva en la misma.



## 2.5 Teoría del delito

Es necesario establecer en qué consiste la teoría del delito para determinar cómo esta se relaciona con el mismo. La teoría del delito se utiliza dentro del derecho penal para determinar cómo pueden existir los delitos dentro de un Estado de derecho. También para establecer si estos pueden o no ser considerados como tales, ya que como su nombre lo indica, esta es una forma de estudiar al delito desde su concepción hasta su perfeccionamiento, así como las consecuencias del mismo. Es por esto que el estudio del delito se hace tan importante, debido a que no basta únicamente con la intención de cometer un delito, este debe materializarse. Se consideran que este tipo de delitos no únicamente son dolosos o con intención, sino también pueden ser sin intención o por culpa, es por esto que es de gran importancia que se estudie cómo estos deben ser analizados para afirmar cómo se pueden realizar los delitos, dentro de las distintas fases que lo distinguen dentro del derecho.

La teoría del delito constituye un método de análisis de distintos niveles, cada uno de estos presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirán la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación (Balciguapo, 1996, pág. 67). Lo anterior supone la importancia que tiene la teoría del delito, que establece la forma en la cual se debe actuar dentro del derecho penal para determinar la participación de una persona en el delito, sabiendo los niveles de participación en la misma y la comprobación del delito.



## 2.6 Elementos constitutivos de delito

En un primer término, es necesario afirmar que la convergencia de estos son los que determinan que una conducta exteriorizada por un ser humano resulta contraria a la ley además de tener un resultado dañoso para la sociedad, por lo que es menester el estudio detenido de cada uno de los elementos que conforman el delito de tal manera que se pueda observar como la concatenación de estos deriva en una acción condenable y punible conforme con la ley penal. En ese sentido, se dice que son cinco los elementos que constituyen el delito, la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la imputabilidad y la punibilidad los cuales se describen y se enumeran a continuación.

**a) Acción:** La acción se determina como el acto humano y derivado de la voluntad humana; es decir, que la dirección final de la acción se realiza en dos fases una interna y la otra externa. En ese sentido, se afirma que la fase interna de la acción se lleva a cabo en la esfera del pensamiento del autor del delito, se propone la realización de un fin. La fase externa por contraparte se materializa después de la fase interna; caracterizándose porque el autor del delito materializa lo planeado en la fase interna; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.

**b) Tipicidad:** La tipicidad consiste en la coincidencia; son las descripciones del delito de las reunidas en la parte especial del Código Penal. Para definir la tipicidad de forma clara y precisa es la adecuación de la conducta o sea el delito al tipo legal concreto. El tipo cumple tres cometidos: el mismo tiene una función



sistemática, una función dogmática y una función político criminal. En el sentido sistemático el tipo abarca el conjunto de los elementos de que delito se trata. La función dogmática: consiste en describir los elementos. La función político criminal: radica en una función de garantía, para saber en qué tipo se adecua (Madrazo Mazariegos, 2006, pág. 171).

- c) **Antijuridicidad:** Representa lo contrario a la ley, es la realización de actos que vayan al orden jurídico penal, es decir, la materialización de la acción dentro de una sociedad que conlleve como consecuencia la pena.
  
- d) **Culpabilidad:** Es la fuerza que hace responsable al autor que cometió el delito, es decir, que establece que la persona que es sospechosa de un delito, realmente es culpable por dicha acción y por esto se debe castigar la conducta de la persona, que en contra de los cánones normados por la sociedad.
  
- e) **Imputabilidad:** Este elemento se establece como aquella capacidad de culpabilidad, para ser sujeto de derecho penal, ya sea física y mentalmente para poder hablarse de culpabilidad.
  
- f) **Punibilidad:** Se considera este elemento como una acción típica, antijurídica y culpable. Es por lo general punible y es la característica diferencial del delito, ya que una persona que comete un delito debe ser penada por la ley.



## 2.7 Sujetos del delito

Es necesario establecer cuáles son los sujetos que tienen participación en el delito, ya que a partir de esta participación se puede determinar cómo se efectuó el delito, así como se pueden determinar las penas que corresponden a cada uno de estos ilícitos penales. En ese orden de ideas, se pasará a enumerar los distintos sujetos que la ley y la doctrina identifica, los cuales son:

### 2.7.1 Sujeto activo

Dentro del delito, son aquellos que tienen el papel de agresor o agravante, también puede considerarse como tal, aquella persona que comete y participa en su ejecución. El sujeto activo va a ser la persona sobre la que recae la consecuencia jurídica del delito ya que él es el culpable, es a él a quien se impone una pena o una medida de seguridad, dependiendo de la gravedad del delito.

### 2.7.2 Sujeto pasivo

Es la persona que sufre las consecuencias del delito y a quien protege la ley penal. El problema de esto es saber exactamente a quién se protege y quién es el titular, porque hay quienes indican que es el Estado y la sociedad mientras que otros establecen que son las personas individuales o jurídicas (Cifuentes Molina, 2004, pág. 21). En otras palabras, consiste en la persona que por algún



motivo resulta agraviada por un hecho delictivo, debido a que este sujeto resulta dañado en sus derechos, aunque no siempre sea la víctima directa; se puede ser sujeto pasivo del delito.

## 2.8 Clases de delitos

Se debe terminar que entre la legislación guatemalteca existe una clasificación para los delitos. En ese sentido, se clasifican de la forma siguiente: delito doloso que es cuando el resultado ha sido previsto o cuando se perseguir ese resultado el autor lo representa como posible y ejecute, como lo establece el artículo 11 del Código Penal.

Por otra parte, se encuentra el delito culposo el cual se lleva a cabo cuando con ocasión de acciones fundiciones lícitas se causa un mal por imprudencia, negligencia e impericia tal como lo establece el artículo 12 del Código Penal y finalmente, se encuentra el delito consumado que es cuando ocurren todos los elementos para su tipificación de conformidad con el artículo 13 del código Penal. En ese sentido, se enumeran las clases de delitos que determina la ley y la doctrina.

a) **Delito doloso:** Son todos aquellos que comete una persona estando consciente del acto y con voluntad de realizarlo. Encuentra su fundamento legal en el Código Penal, específicamente, en el artículo 11, el cual regula: El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.



b) **Delito culposo:** De conformidad con el Código Penal, en el artículo 12, se puede determinar que: El delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Debe llenar ciertos elementos, dentro de los que destaca la imprudencia, que consiste en la divergencia entre la acción realizada y la que debería haber sido y la imprudencia hace referencia a un actuar vulnerado normas de cuidado, mientras que la negligencia, parece más bien ir referida a un comportamiento omisivo.

c) **Delitos por omisión:** Son aquellos delitos en los un sujeto no realizó la conducta esperada, aunque en ese momento estuviese realizando otra conducta activa, pero distinta de la exigida.



## CAPÍTULO III

### 3. Derecho procesal penal guatemalteco

Es necesario para la presente investigación estudiar el derecho procesal penal guatemalteco, de tal manera que se entiendan bien sus fases, la importancia de la investigación en el proceso y los medios de prueba en la fase del debate para el convencimiento de la inocencia o culpabilidad del acusado en el proceso.

#### 3.1 Concepto

Es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo, por medio de la averiguación de la perpetración del hecho delictivo, la participación del sindicado, su responsabilidad, la imposición de la pena señalada y la ejecución de la misma. Entonces, se puede afirmar que "el proceso penal es la totalidad de los actos desde que se inicia la acción penal persecutoria hasta que se determina la responsabilidad" (De León Velasco, 1994, pág. 2).

#### 3.2 La actividad jurisdiccional penal

Debemos definir la actividad jurisdiccional en general, para pasar a la específica, de tal manera que entiendo que la actividad jurisdiccional de forma general se pueda aplicar a los elementos comunes de la misma, al proceso penal, teniendo en cuenta la especialidad de la materia que nos atañe en la presente investigación.



Debemos entonces analizar la actividad jurisdiccional desde el punto de vista formal, en donde se alude a la organización constitucional que asigna la tarea de ejercer la función de juzgar al Poder Judicial de un país. En Guatemala, está regulado en el artículo 29 de la Constitución Política de la República, en donde se establece que: "Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley".

Entonces, el Estado delega la acción para hacer valer sus derechos a los tribunales. En este entendido podemos afirmar que, de acuerdo con la ley, cualquiera que sea la reclamación o se crea con derecho a las personas, sin importar cuál sea el área del derecho, debe hacerlo valer a través de los tribunales de justicia establecidos por el Estado para tal propósito. Sobre este tópico la Corte de Constitucionalidad en la gaceta 12 de la sentencia 89-89 opina que hay "libre acceso a tribunales, al que le es insito un derecho subjetivo público a la jurisdicción e impone la correlativa obligación al Estado, por conducto del Organismo Judicial, de emitir decisiones fundadas en la ley, que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional... dando vigencia... a la justicia, enmarcada en la ley, como fin esencial de la organización del Estado".

Ahora bien, la función judicial desde el punto vista material se refiere a que es una actividad del Estado subordinada al orden jurídico y atributiva, constitutiva o productora de derechos de conflictos concretos o particulares que se le someten



para comprobar una regla de derecho o de situación de hecho y adoptar una solución adecuada. Esta actividad da solución a un conjunto de intereses.

Manuel Ossorio (2007) define esta institución legal como: la jurisdicción penal o criminal, es la que se instruye, tramita y falla en el proceso penal, el suscitado para la averiguación de los delitos, la imposición de las penas o absolución que corresponda. La jurisdicción y su ejercicio, - la función jurisdiccional, comprende la instrucción, el trámite y la sentencia en el proceso penal, lo que equivale a ser citado, oído y vencido, que a su vez constituye el contenido de administrar justicia (p. 37).

Debemos, entonces, enunciar las distintas funciones que derivan de la actividad jurisdiccional, las cuales enumeraremos y analizaremos a continuación:

a) **Función de enjuiciamiento:** Básicamente, es la potestad pública que tienen los tribunales para conocer los procesos penales y conocer los delitos y las faltas. Doctrinariamente, se refiere a esta acción de esta forma, el enjuiciamiento, de rancio abolengo en el idioma castellano. Significa la acción y efecto de enjuiciar y, usando y abusando de una sinécdoque, se designa en el lenguaje legal el todo por la denominación de la parte visible más importante de la actividad jurisdiccional.

Se toman como equivalentes enjuiciar y otro verbo, que no existe en el idioma (pero cuyo contenido ideológico se intuye) el nonnato de jurisdiccional -decir o establecer lo que es justo en un caso concreto-». Reduciendo «el alcance de la palabra a su estricto carácter técnico, entendemos por enjuiciamiento la parte de la



actividad jurisdiccional consistente en determinar la aplicabilidad de una norma objetiva a un caso concreto, mediante la afirmación de la existencia de un hecho que coincide con el supuesto de hecho de la norma. La mera enunciación de este concepto nos hace ver que nos encontramos en presencia de una operación mental y como tal imposible de someter a normas jurídicas, y menos ajustado a un procedimiento, que se realiza mediante un juicio.

Se ha dicho con acierto que este juicio es existencial, no de valor», en cuanto, a lo largo del *iter* lógico de la resolución se han de dar una serie de pasos, entre los que cabe destacar aquellos a través de los cuales se va a fijar la existencia o no de unos hechos alegados, de una norma jurídica, de la concordancia entre aquellos y los contemplados en la norma. Estos tres juicios integran lo que se denomina enjuiciamiento, por ser así, son previos a toda resolución. Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia se han referido a él al estudiar la sentencia, pero no es menos cierto que toda resolución, por sencilla que sea, exige ese enjuiciamiento, exige la coordinación de esos tres juicios en que el enjuiciamiento consiste. Por ello, el enjuiciamiento es previo a cualquiera de las facetas de la función jurisdiccional. No existe, o, mejor, no debería existir, función decisoria, en su faceta declarativa o en la de ejecutar, ni ordinaria, ni de impulso, sin un previo enjuiciamiento” (Roxin, 1997, pág. 159).

b) **Función de declaración:** Esta función es de suma importancia debido a que es netamente jurisdiccional; consiste en la facultad concedida por el Estado a los tribunales competentes para conocer de los procesos penales y decidirlos mediante la emisión de una sentencia. Entonces podemos afirmar que esta



función únicamente corresponde a los organismos jurisdiccionales por cuanto solo estos tienen la facultad de declarar a alguna persona culpable de algún delito o de una conducta criminal.

c) **Función de ejecución:** El juez ejecuta o hace valer lo que se ha declarado en una sentencia firme (juzgados de ejecución). Consiste en la facultad o potestad que tienen los órganos jurisdiccionales para hacer que se cumplan las decisiones que se adoptan.

Esta función también posee sus propias características, las cuales de conformidad con la doctrina son:

- **Irrenunciable:** Esta característica se refiere a que esta función es única y exclusiva de los órganos jurisdiccionales, por lo tanto, los jueces no pueden bajo ninguna circunstancia renunciar a su función. En otras palabras, ningún juez puede renunciar a la jurisdicción que le ha sido atribuida.
- **Indelegable:** En anuencia con la característica anterior, se afirma que esta jurisdicción es únicamente delegada en los jueces, valga la redundancia, debido a que solo ellos están instruidos y versados en cuanto a la problemática planteada y la solución jurídica que puede darse y que solo ellos pueden ejecutar por lo tanto esta es indelegable.

Teniendo en consideración todo lo expuesto, debemos analizar lo regulado por la ley respecto a la actividad procesal penal. En primer lugar, debemos analizar la máxima jurídica de la ley en Guatemala, es decir, la Constitución Política de la



República; en donde el artículo 203, establece: "La justicia se imparte en conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

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. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. *Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia*".

Al analizar este artículo, entonces podemos dar cuenta de que, de conformidad con la ley del país, la justicia corre por cuenta de los tribunales, instituciones específicamente creadas para tal efecto y ningún otro organismo dentro del país tiene potestad para brindar justicia.

También establece que los jueces son libres e independientes en su función teniendo como única limitante la ley sin aceptar presiones o sobornos. En caso de que se atente contra la independencia de estos órganos por los mismos, serán castigados, por su delito, además de ser inhabilitados. En el último párrafo se enfatiza que en Guatemala solo la Corte Suprema de Justicia y los tribunales tienen la exclusividad respecto a la función jurisdiccional.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad en la gaceta 69 del expediente 1110 - 1999 opina: "Por su carácter extraordinario, el amparo es garante del acceso



a la tutela judicial ordinaria, pero no su sustituto. Por ello, de conformidad con lo preceptuado en la Constitución, las cuestiones relativas a la jurisdicción ordinaria corresponden ventilarse ante los tribunales del orden común, cuya exclusiva función está reservada para resolver las controversias de los particulares, que no pueden abordarse mediante amparo, salvo evidencia de vulneración concreta a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o la ley.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial establece el mismo sentido que el artículo anteriormente mencionado en la Constitución; dejando en claro que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país. La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley. El artículo 58 de la misma ley establece la jurisdicción y la forma que se organiza en Guatemala.

El Código Procesal Penal por su parte sobre este tema establece en su artículo 37: "Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y las faltas".

El artículo 38 del mismo código regula jurisdicción penal se extenderá a los hechos delictivos cometidos en el territorio nacional en todo o en parte, y a aquellos cuyos efectos se produzcan en él, salvo lo prescrito por otras leyes y por tratados internacionales. El artículo 39 refuerza la indegabilidad e irrenunciabilidad de la jurisdicción, solo que lo circunscribe al área penal.



### 3.3 Sistemas del proceso penal

La historia nos ha demostrado que, en su trayecto, los pueblos han adquirido y configurado determinadas formas del proceso penal, las cuales se han adecuado a las circunstancias económicas, sociales y políticas de los mismos, de donde han surgido tres sistemas procesales básicos, siendo ellos el inquisitivo, el acusatorio y el mixto. En cada uno de ellos la función de acusación, de defensa y de decisión reviste diversas formas, por la naturaleza misma de cada sistema procesal. Es esencial el estudio de los sistemas procesales, para estar en condiciones de comprender en mejor forma el sistema procesal penal imperante en nuestro país.

#### 3.3.1 Sistema inquisitivo

Este sistema es explicado por Alberto Herrarte, quien expone: "Este sistema tuvo su origen en Roma y su denominación proviene del vocablo inquisitivo. Después de varios siglos de vigencia ya en época avanzada del Imperio, la *accusatio io* cede su puesto a una nueva forma de procedimiento conocida como *cognitio extra ordinem*, derivada de las nuevas ideas políticas, de las necesidades de expansión de la pasibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, motivada por el cambio de costumbres. Este nuevo procedimiento tiene ya una tendencia inquisitiva y se caracteriza porque el acusador se convierte en simple denunciante; funcionarios especiales (*oficifisci*) llevaban adelante la acusación, después de una investigación secreta; el juzgador toma una participación activa en todo el proceso



e interviene de oficio; desaparece el jurado y en su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador. Dicho sistema se desarrolló y tuvo pleno apogeo en la Edad Media. El proceso inquisitorio es cruel y viola las garantías individuales. Este sistema establece la forma escrita, la prueba legal y tasada, la secretividad y tiende a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concentren en el juzgador. Ante tales características el proceso penal en la etapa medieval se tornó en lento e ineficaz. El imputado se convierte en un objeto y deja la condición de parte. Pero lo más nefasto, es que daba lugar a que los delincuentes de clases sociales bajas se les impusieran penas graves y gravísimas a los integrantes de las clases sociales altas se les impusieran penas leves. En esa época, el proceso penal empezó a tomar un carácter político y de defensa de la clase dominante (Herrarte, 1978, pág. 115).

En este sistema los magistrados o jueces son permanentes; el juez es el mismo sujeto que investiga y dirige, acusa y juzga; la acusación la puede ejercer indistintamente el procurador o cualquier persona. La denuncia es secreta, es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio en el que impera con relación a la valoración de la prueba el sistema legal o tasado. Finalmente, en relación a las medidas cautelares la prisión preventiva constituye la regla general.

Este sistema posee características propias las cuales son:

“a) El procedimiento se inicia de oficio, es de naturaleza escrita y secreta, admitiéndose incluso para iniciarlo la denuncia anónima lo que resuelve la falta de acusador;

b) La justicia penal pierde el carácter de justicia popular, para convertirse en justicia estatal;



c) Con respecto a la prueba, el juzgador elegía a su criterio las más convenientes, prevaleciendo el uso del tormento, el cual era utilizado comúnmente para obtener la confesión del acusado que era la pieza fundamental, y en ocasión las de los testigos, las pruebas eran valorizadas a través del sistema de prueba legal o tasada;

d) Este sistema es objeto de muchas críticas, puesto que veda los derechos y garantías mínimas del imputado, que como todo ser humano, tienen derechos mínimos que deben observarse dentro de cualquier ordenamiento jurídico, tales como el derecho de defensa y publicidad;

e) El derecho de defensa es nulo y la poca que hay o se permite, es realizada por el propio juez con el fin de demostrar su bondad ante el propio acusado; es más el derecho de acusación, de defensa y de decisión están concentrados en el juez;

f) En este sistema no se dan los sujetos procesales; el procesado no es tomado como sujeto de la relación procesal penal, sino como objeto del mismo;

g) Es un sistema unilateral, o sea, de un juez con actividad uniforme opuesto al sistema acusatorio que es un sistema de partes” (Herrarte, 1978, pág. 119).

### 3.3.2 Sistema acusatorio

Alberto Herrarte sobre este sistema del derecho procesal penal se pronuncia de esta forma: "Este sistema es el más antiguo y su denominación proviene del vocablo *acusatio*. Tuvo sus orígenes en la Época Antigua, en Grecia, y fue mejorado en Roma. En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer lugar, así haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses,



en el que, con las limitaciones debidas a las ideas políticas y sociales de la época encontramos el principio de la acusación popular mediante la cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo. El acusador debía ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante estar autorizada la tortura. El debate era público y oral. El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no se ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en dicho país donde se establece el Gran Jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica" (Herrarte, 1978, pág. 122).

"Los antecedentes históricos del sistema acusatorio se remontan al derecho romano, específicamente en la época de Dioclesiano, por el poder absorbente del emperador que hacía las veces de juez; alcanzó su mayor esplendor en la Edad Media, en donde el delito se convierte en un pecado y por lo tanto, la confesión del reo adquiere una importancia fundamental; este sistema fue adoptado rápidamente en la generalidad de países europeos. En este sistema, las funciones de acusación, de defensa y de decisión están en manos de una sola persona, que es el juez. Es un sistema escrito en todos los actos procesales, incluyendo la prueba y las defensas, niega la publicidad de los actos realizados, otorgando una publicidad limitada a las partes. Los actos procesales no se cumplen en forma continua y como estos son escritos, la decisión final la puede dictar cualquier juez, aunque no haya participado activamente en ninguna actividad procesal. El juez dispone de amplios poderes de investigación para dirigir el proceso, recabando todas las pruebas (Omeba Gara, 2006, pág. 384).



Las características de este sistema se enumeran a continuación:

"a) En este sistema concurren los principios de publicidad, oralidad, contradicción, imperando además los principios de igualdad, moralidad y concentración de todos los actos procesales;

b) El procedimiento penal se inicia a instancia de parte, dándole la vida a la acción popular, ya que se da derecho de acusar, no solo a la víctima, sino a cualquier ciudadano;

c) Las pruebas son propuestas y aportadas libremente por las partes y la valoración la efectúa el juzgador de acuerdo al principio de libre valoración de la prueba conocido como sana crítica;

d) Las funciones procesales fundamentales están separadas: El juez únicamente es el mediador durante el proceso penal, ya que se limita a presidir y encara los debates.

Este sistema se caracteriza por las máximas siguientes: "El juez no puede proceder más que a instancia de parte, el juez no debe conocer más de lo que pidan las partes", "No hay juez sin actos", "El juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes". Este sistema ha sido adoptado por muchos países europeos, en Estados Unidos de América, Puerto Rico y México (solo para asuntos federales), para su efectividad se requiere un buen equilibrio no solo cultural sino social y político, ya que su desarrollo y eficacia en una sociedad dependen en gran medida de que se cumpla con el valor justicia" (Herrarte, 1978, pág. 125).



### 3.3.3 Sistema mixto

Tratando de encontrar un proceso adecuado e intermedio entre los sistemas procesales anteriormente citados, donde se mantuviera la secretividad en aquellas diligencias en que dicha exigencia fuera indispensable, la publicidad al recibir la prueba y presentar los alegatos, se ensayaron fórmulas procedimentales que mezclaron lo secreto y lo escrito del sistema inquisitivo lo público y oral del sistema acusatorio. En este sentido, fueron los franceses quienes encontraron el proceso adecuado; de ahí que, en la actualidad, ya son varios los países que aplican fórmulas idénticas a las de los franceses; tales son los casos de Costa Rica y Argentina.

Al respecto de dicho tópico Carlos Castellanos (1999) expone: "El sistema mixto ha nacido de una aspiración, o mejor dicho, de una necesidad: Esta es la de conciliar hasta donde sea posible los dos principios fundamentales del sistema acusatorio e inquisitivo; es decir, el interés individual del procesado el de la sociedad, como ofendida, se considerada facultada para castigar al delincuente. Con esa conciliación, como es natural, se persigue la finalidad de buscar la manera de que no se sacrifique un principio en favor de otro. Por esa causa es que dentro del sistema procesal mixto, se combinan los caracteres del acusatorio y del inquisitivo para garantizar de ese modo, en forma equitativa, los derechos de la acusación y la defensa (p. 6).

En su obra *Derecho procesal penal*, Alberto Herrarte (1978) afirma: "Con la Revolución francesa abandona Francia el sistema tradicional establecido por la ordenanza de Luis XIV y adopta el sistema acusatorio anglosajón, que tiene corta



vigencia. En 1808 se emite el Código de Instrucción Criminal, que perfecciona el sistema mixto, que es el que ha servido de modelo a la mayor parte de los códigos modernos.

Según este código, existe una primera etapa preparatoria de instrucción eminentemente inquisitiva, secreta y sin contradictorio, cuyos actos no tienen mayor validez para el fallo. La segunda etapa es oral y pública, con garantía del contradictorio. Subsiste el jurado de decisión (Corte de Assises), pero se suprime el jurado de acusación -Gran Jurado- y en su lugar se establece la Cámara de Acusación, o sea, a donde pasan los asuntos después del período preparatorio, para los efectos de la acusación.

El Ministerio Fiscal interviene como único acusador y el ofendido solamente tiene el ejercicio de la acción civil. En la actualidad, la fase de instrucción tiene cierta oportunidad de contradictorio. En 1958 ha sido emitido un nuevo Código en el que se permite al ofendido el ejercicio de la acción penal y se establece el juez de aplicación de penas. La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1982 se inclina por el procedimiento mixto. Después de una etapa de instrucción, tiene lugar el juicio oral y público, contradictorio, ante jueces técnicos y colegiados, que resuelven en única instancia, pero estableciéndose el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (p. 131).

En Guatemala, ha habido muchos intentos de reformar la legislación procesal penal, pero es hasta ahora que se ha puesto en vigencia un proceso penal con características del sistema procesal mixto, adaptado a nuestra realidad nacional y contenido en el Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, vigente a partir del uno de junio de 1992.



Con el sistema mixto definido, ha llegado el momento de establecer sus características, las cuales se enumeran a continuación:

a) Es una combinación del sistema inquisitivo que aporta la fase de instrucción y del sistema acusatorio, que aporta la fase del juicio denominada también debate, plenario o decisiva;

b) Su principal objetivo es equilibrar los intereses del individuo con los intereses de la sociedad;

c) En la etapa de instrucción predomina la secretividad, la brevedad o sumario, la investigación sin contradictorio. En la fase del juicio por su parte, predomina la oralidad, la publicidad, la inmediación y la economía procesal;

d) La prueba es de libre valoración por el juzgador, lo que se conoce como sana crítica, o lo que el actual Código Procesal Penal denomina sana crítica razonada;

e) El tribunal no interviene en la instrucción del proceso y puede ser unipersonal (juzgado) o colegiado (tribunal).

El juicio oral, público, contradictorio, continuo, se presenta como el mecanismo más práctico para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el juez forme su correcto y maduro convencimiento, como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender su interés, como el que permite al contralor público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y de garantía de justicia; como el que mejor responde a las exigencias constitucionales (Omeba Gara, 2006, pág. 445).



Es de suma importancia, conocer en qué consiste cada uno de los sistemas penales que se llevan a cabo para perseguir la acción penal, ya que se debe tener una visión en qué consiste cada uno de estos y como pudimos observar, cuál es el que representa más a Guatemala en el proceso penal que se lleva a cabo en los tribunales.

### **3.4 El procedimiento penal guatemalteco**

A continuación, explicaremos someramente la forma en la cual se divide el proceso penal de Guatemala, para que exista un entendimiento más claro acerca de la obtención de pruebas y la implementación de tecnología forense móvil.

Hemos de iniciar diciendo que el proceso penal en Guatemala se divide en varias etapas, cada una de las cuales tiene sus instituciones propias. Es necesario señalar que en proceso penal se divide en cinco fases principales:

- Fase de investigación, instrucción o preliminar, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación y por ende el juicio oral y público.
- Fase intermedia: donde se critica, se depura y analiza el resultado de esa investigación.
- Fase del juicio oral y público: etapa esencial, plena y principal que define el proceso penal por medio de la sentencia.



- Fase de control jurídico procesal sobre la sentencia. Este se desarrolla a través de los medios de impugnación.
- Fase de ejecución penal, en la que se ejecuta la sentencia firme.

Es necesario escribir sobre lo anterior con el fin de que nos quede claro y explicar cada etapa del proceso penal:

- Procedimiento preparatorio:** Esta fase preparatoria en el proceso penal inicia con el consentimiento de la noticia *criminis*, compuesto por los actos eminentemente investigativos que, como su nombre lo indica, preparan y construyen las evidencias, informaciones o pruebas auténticas, que permitirán establecer la existencia del delito y la participación del imputado que, posteriormente, servirán al fiscal del Ministerio Público, formular la acusación y la petición de apertura del juicio penal contra el procesado, ante el juez de primera instancia penal contralor de la investigación. Estos actos, que constituyen la base del requerimiento del fiscal, tratan de analizar si existe una sospecha suficiente de que el imputado ha cometido el hecho punible investigado, bastando para el progreso de la acción, solo habilidad positiva y no la certeza que sí se requiere para una sentencia de condena. Esta fase importa no solo por lo dicho, sino porque el fiscal del Ministerio Público no realiza completamente esta fase de investigación, es decir, no reúne la materia probatoria no proporciona suficientes elementos de convicción para fundamentar la acusación contra el imputado, se da la posibilidad de que el proceso finaliza mediante el sobreseimiento, la



clausura provisional o bien el archivo, según sea el caso. En la ley, el proceso preparatorio está regulado en el Código Procesal Penal; en los artículos 309 al 323; amparados en el artículo 251 de la Constitución Política República de Guatemala. Según lo establecido en Código Procesal Penal, el fin principal de la fase preparatoria es:

1. Reunir todas las evidencias, informaciones y elementos probatorios acerca de la comisión del delito;
  2. Individualizar a los imputados, tanto como autor y como cómplice;
  3. Asegurarse de que el imputado, durante la dilación de la fase preparatoria, no se fugue, ni obstaculice la averiguación de la verdad con el objeto de evadir la responsabilidad penal, que podría tener en el hecho punible; siempre y cuando el delito sea grave y existan suficientes indicios de criminalidad contra el acusado.
- b. **Fase intermedia:** La fase intermedia se desarrolla después de agotada la etapa de investigación. Es decir, después de haber realizado un cúmulo de diligencias consistentes en informaciones, evidencias o pruebas auténticas, que servirán para determinar si es posible someter al procesado a una formal acusación y si procede la petición del juicio oral y público. La fase intermedia, como su nombre lo indica, es una fase procedimental situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función principal consiste en determinar si concurren los presupuestos procesales que ameritan la apertura del juicio penal. Se caracteriza por ser un tanto breve, ya que en su momento procesal en el que el juez de primera instancia; contralor de la investigación califica los hechos y las evidencias que fundamenta la acusación el MP; luego se les comunica a las partes el resultado



de investigaciones, los argumentos y defensas presentadas confiriéndose audiencia por el plazo de seis días para que manifiesten sus puntos de vista y cuestiones previas. Posteriormente, el juez determina si procede o no la apertura a juicio penal.

- c. **Fase del juicio oral o del debate:** Es durante esta etapa donde se desarrolla el juicio propiamente dicho con base en las pruebas aportadas por el Ministerio Público al proceso, sobre las que se fundamentará la pronunciación de la sentencia, ya sea en sentido afirmativo (condena) o negativo (absolución), según sean valoradas por el tribunal de sentencia conforme a la sana crítica razonada; el juicio oral es: "Aquel que se sustancia en sus partes principales de viva voz y ante el juez o tribunal que entiende en el litigio; ya sea este civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc. En el juicio oral, las pruebas y los alegatos de las partes se efectúan ante el juzgador (Ossorio, 2007, pág. 580). La oralidad es esencial para la inmediación, esta es la fase final de la primera instancia procesal, en la que un órgano jurisdiccional, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el tribunal de sentencia penal emite el fallo de primera instancia; y que deviene como consecuencia de todo lo actuado en las anteriores fases preparatoria e intermedia; lo cual hace que estas fases preparatoria e intermedia revistan de una gran importancia en el sentido que si se desarrollaron con apego a lo regulado por el Código Procesal Penal, se evitará que en segunda instancia se anule por motivos de forma, las sentencias recurridas, y que en la sentencia de casación por motivos de forma, se ordene el reenvío del proceso, al tribunal que corresponda. Esta fase final de la primera instancia procesal, es sabido que es la



etapa cumbre o principal del proceso penal, que se desarrolla frente a un órgano denominado por nuestra legislación como tribunal de sentencia, que se integra por tres jueces distintos al que conoció en la fase preparatoria e intermedia, y tiene como finalidad esencial ratificar que es en la fase del juicio oral donde se juzga y se oye al enjuiciado, se recibe y diligencian las pruebas y se realiza el pronunciamiento de la sentencia respectiva. El debate desde el punto de vista procesal tiene asimismo dos finalidades específicas: la absolución del enjuiciado, de conformidad con el artículo 391 del Código Procesal Penal, mediante la cual el tribunal de sentencia libera al acusado, de la acusación que se le había realizado. La condena del enjuiciado, establecida en el artículo 392 del Código Procesal Penal, a manera que el tribunal de sentencia se pronuncie sobre la responsabilidad penal y civil del acusado. La indemnización al imputado, regulada en el artículo 521 del Código Procesal Penal, no puede encuadrarse dentro de las finalidades del debate, ya que es en todo caso, una de las finalidades de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, resolviendo la impugnación de revisión, de conformidad con el artículo 456 del Código Procesal Penal.

### **3.5 La investigación en el proceso penal de Guatemala**

Debido a la importancia del proceso penal en Guatemala, es menester estudiar las implicaciones que tiene la investigación dentro de este.



En el proceso penal, es el Estado a través del Ministerio Público, quien se encarga de recabar información y liderar la investigación para esclarecer un delito que ha sido cometido por ser el Estado parte del proceso penal, empero, por ser el único ente que puede castigar a las personas por un delito.

Es por esto que la exclusividad de la investigación corresponde al Ministerio Público como el ente encargado de esclarecer cualquier delito que sea demandado ante los oficios de los tribunales; por lo tanto, es este el que se encarga de adquirir todos los medios de prueba para tratar de comprobar la culpabilidad o no de alguna persona acusada. En este sentido, el Estado de Guatemala debe brindar todos los elementos que puedan ser útiles para la consecución de la verdad.

Los elementos tecnológicos, tienen un gran valor para coadyuvar a la investigación, por lo tanto, es obligación para el Estado que brinde las herramientas y condiciones suficientes para que la investigación se garantizada.

La importancia de la investigación en el proceso penal radica en que, a través de la misma, se consiguen las pruebas necesarias para ligar al presunto culpable al proceso y de comprobarse ciertas las suposiciones entonces es a través de la investigación que hace el Ministerio Público que se consiguen los medios de prueba necesarios para la continuidad, validez y legalidad del proceso penal.

### **3.6 Medios de prueba dentro de la etapa del debate**

Para analizar los medios de prueba en el debate, debemos iniciar por su ofrecimiento; el artículo 347 del Código Procesal Penal señala: Ofrecimiento de prueba.



Resueltos los incidentes a que se refiere el artículo anterior, ofrecerán en un plazo de ocho días la lista de testigos, peritos e intérpretes, con indicación del nombre, profesión, lugar para recibir citaciones y notificaciones, señalarán los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate.

Quien ofrezca la prueba podrá manifestar su conformidad para que se lea en el debate la declaración o dictamen presentado durante el procedimiento preparatorio. Se deberá presentar también los documentos que no fueron ingresados antes o señalar el lugar en donde se hallen, para que el tribunal lo requiera. Los demás medios de prueba serán ofrecidos con indicación del hecho o circunstancia que se pretenda probar.

Si el Ministerio Público no ofreciere prueba, se le emplazará por tres días. Al mismo tiempo, se le notificará al fiscal general de la República para que ordene lo conducente sin perjuicio de la aplicación de las sanciones legales que procedan.

Tal como aparece en la ley, en este momento procesal, también se pueden presentar los documentos y pruebas que no fueron ingresados antes, o pueden indicar el lugar donde se encuentran, para que el tribunal los requiera. Cabe reiterar, que en ese mismo plazo las partes también deben ofrecer e individualizar las pruebas documentales, tales como constancias, reconocimiento e inspección, declaración de testigos, las que hayan sido practicadas con carácter de prueba anticipada, diligencias judiciales, etc., o bien las que establecen los artículos 363 y 364 del código. Y pedir que en momento procesal se deban incorporar por su lectura al debate.

En todos estos casos, las partes deben señalar los hechos y circunstancias que se pretenda probar con los mismos. El código no señala el número de testigos,



peritos o intérpretes que pueden ofrecer las partes. Sin embargo, se deduce que el número es ilimitado. Queda entonces, a criterio del oferente de la prueba de cuantos ofrecer.

En igual forma, queda la prueba de documentos. Obviamente la parte que los ofrezcan deben examinar minuciosamente las actuaciones para establecer cuáles son los más idóneos, útiles a sus intereses y los que mejor conozcan el hecho punible.

Con esto entendido, abordaremos los medios de prueba dentro del debate. Este, por mandato legal, es el medio idóneo para encontrar la verdad real del hecho. Por ello es necesario que se incorpore a él incluso las pruebas que las partes no hayan ofrecido, pero que las circunstancias hicieren indispensables y útiles.

Concluida la declaración del acusado, continúa la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes durante la audiencia de ocho días que se les otorgó en su oportunidad procesal.

El presidente del tribunal tiene la atribución de disponer la comparecencia de los testigos o peritos según el orden que se crea conveniente. Se tendrá en cuenta en esa decisión las circunstancias particulares de cada caso.

En cuanto al acusado, la doctrina es unánime en considerar que la declaración del acusado constituye un acto de defensa para este y no un medio de investigación o prueba en su contra, como falsamente se maneja en la realidad.

Con base en lo preceptuado por el artículo 376 del Código Procesal Penal, el presidente hará leer las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos, si estos hubieren sido citados, responderán directamente a las preguntas que les formule las partes, sus abogados o consultores técnicos o los miembros del tribunal,



en ese orden, y comenzando por quienes ofrecieron el medio de prueba. Si conveniente, el tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos de debate.

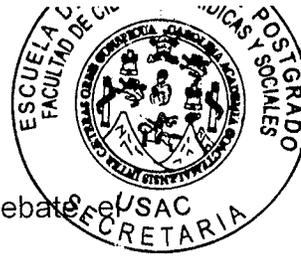
Estas disposiciones son aplicables, en lo pertinente, a los intérpretes. La primera parte de la norma citada alude a la forma común de incorporar al debate los dictámenes de los peritos a través de su lectura; el segundo aspecto de la norma es que estos presupuestos legales también son aplicables a los intérpretes, pero únicamente en lo referente a su presencia e intervención como traductores.

Precisa indicar que la ley adjetiva estipula que los peritos deben rendir sus informes bajo juramento legal, significa que, si el perito no actúa con las formalidades legales, incurre en el delito de perjurio.

La prueba de los testigos es una de las más importantes y comunes en el ámbito jurídico procesal, entre otras que van a nutrir y fundamentar la decisión judicial que se concretará a través de la sentencia.

Su recepción en el ámbito de una audacia oral hace que sea un eficaz instrumento para la investigación de los hechos. Por ello es indispensable que cada testimonio sea tomado con la amplitud necesaria y en profundidad.

En cuando a esta prueba, el código en su artículo 377 establece: Inmediatamente, el presidente procederá a llamar a los testigos, uno a uno. Comenzará con los que hubiere ofrecido el Ministerio Público; continuará con los propuestos por los demás actores y concluirá con los del acusado y los del tercero civilmente demandado. El presidente, sin embargo, podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.



El Código Procesal Penal en su artículo 381 establece: Durante el debate el tribunal también podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. En este caso, la audiencia será suspendida a petición de algunas de las partes por un plazo no mayor de cinco días. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes. Las operaciones periciales necesarias serán practicadas en la misma audiencia, cuando fuere posible.



## CAPÍTULO IV

### 4. MEDIDAS DESJUDICIALIZADORAS

Las medidas desjudicializadoras son como una especie de mecanismos alternos para encontrar una salida al procedimiento común, contenido en el Decreto Código Procesal Penal de Guatemala. Hay que tener en cuenta que el fin de este trabajo que hoy desarrollo es la utilidad, que no solo depende del método intrínseco, si no de la humildad de espíritu y voluntad del enriquecimiento jurídico penal guatemalteco.

En las últimas décadas, los estudios criminológicos y sociológicos han demostrado, que no es posible comprender la criminalidad partiendo de las normas abstractas tanto del derecho penal material como del procesal, sino se debe estudiar la acción del sistema penal que la define y reacciona contra ella.

A pasar el tiempo, el derecho penal en Guatemala ha actuado de manera selectiva y discriminatoria; los casos que llegan no son los más graves, ni los que afectan a los bienes jurídicos fundamentales, si no que generalmente la actuación de las agencias se concentra sobre ciertos sectores sociales, los marginados y los que carecen de relaciones e influencias, en tanto las personas que gozan de poder, dinero y de relaciones sociales son inmunes a su actuación.

En Guatemala, el Código Procesal Penal contempla una serie de medidas alternas al procedimiento común, que político. Desde el punto de vista criminal tiende a que el sistema penal sea eficaz y ejercido de forma racional.



Operativamente, los mecanismos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico al momento de ser aplicados encuentran serios obstáculos.

Entre las medidas alternas encontramos las siguientes:

#### **4.1. LA MEDIACIÓN**

La mediación es una institución novedosa en nuestro derecho penal. Es incluso más reciente que el Código Procesal Penal, el cual fue reformado en 1997 para incluir esta figura.

Esta institución se encuentra regulada en los artículos 25 quater y 477 del Decreto 51-92 Código Procesal Penal, como una instancia donde no debe participar un funcionario judicial. Esta instancia fue creada para que las partes acudan con el fin de solucionar o solventar un conflicto o problema que existe entre ellos.

Esta institución tiene una característica especial, que no tiene carácter obligatorio. Se realiza porque las partes de mutuo acuerdo deciden someter el conflicto a esta institución con el fin de resolverlo. El acuerdo debe constar en acta firmada en los centros de mediación de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial.

La posibilidad de resolver conflictos que han sido calificados como delitos, a través de vías alternativas a la pena, rompe con el esquema tradicional del sistema de justicia guatemalteco, basado fundamentalmente en respuestas retributivas más que reparadoras. Esta innovación responde al modelo político criminal, en los cuales



expresamente se establece la necesidad de promover mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, la mediación.

## **PROBLEMAS EN LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL**

Probablemente, por lo novedoso de esta figura y porque rompe con los principios tradicionalmente del sistema penal, existe un amplio desconocimiento sobre su importancia y las ventajas que provee a las partes del proceso penal. Incluso, se piensa que instituciones como la mediación o la conciliación, únicamente se aplican en faltas o en procesos de naturaleza no penal, lo cual trae como consecuencia su escasa utilización. De esta manera, el problema central para la aplicación de la mediación es el desconocimiento, tanto de su procedencia dentro del proceso penal, como de las ventajas que comporta para la víctima y el sindicado.

La desigualdad de posiciones: En algunas oportunidades, durante el proceso de mediación el sindicado se encuentra en una posición de desigualdad por estar en prisión preventiva, lo cual puede obligarlo a llegar a un acuerdo desproporcional o abusivo.

La falta de solvencia económica del procesado, limita las posibilidades de reparar el daño.

Definición de mediación: es el acuerdo negociado entre autor y víctima del delito, pero con la ayuda y participación de facilitadores, que guían y favorecen la solución del conflicto para que las partes superen sus diferencias en forma pacífica, de tal manera que satisfagan sus necesidades e intereses.



Las ventajas para el sindicado de una mediación son evidentes:

- a. La mediación al facilitar una reparación efectiva permite que el infractor responsabilice de sus actos.
- b. Evita las consecuencias negativas de la cárcel: la estigmatización, especialmente en los más jóvenes.

### **Características**

Las principales características de la mediación son: la voluntariedad, la igualdad entre las partes, su carácter civil y su propósito la "la reparación".

## **4.2. LA CONCILIACIÓN**

Quiero manifestar y compartir una visión que es necesaria para Guatemala de construir una cultura de paz y conciliación. O, mejor dicho, una civilización distinta a la que actualmente vivimos que solo nos ha llevado al choque constante y a grados realmente de destruirnos como guatemaltecos; eso son precisamente los métodos alternativos de resolución de conflictos. Creo que los conflictos, las experiencias son importantes, no como dato anecdótico, único e irrepetible, sino porque enriquecen legados universales, enseñan caminos para levantar otros paradigmas y remover aquellos que nos dañan en nuestra dignidad, ya sea como clases sociales, como etnias, como género, como miembros pues de la humanidad.

Esta medida alterna no es un acto que concluya un proceso, ni tampoco un acto independiente o separado; en una medida que tiene su fundamento en el



Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. Dicho fundamento la clasifica como una etapa obligatoria del "criterio de oportunidad". Es importante indicar la fundamentación del artículo 25 ter del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, "Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el síndico municipal, o por el agraviado o imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación".

Por lo manifestado, esta medida de desjudicialización no se debe considerar autónoma o independiente de un proceso penal, además de lo indicado existen audiencias celebradas por fiscales o auxiliares fiscales, en sus fiscalías a las cuales se les denomina audiencias de conciliación.

#### **4.3. LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PERSECUCION PENAL**

Esta medida de desjudicialización, es catalogada como la acción que detiene el ejercicio de la acción penal. La característica especial es que durante un periodo o plazo el imputado debe cumplir con las condiciones que un juez competente ha impuesto a su caso. Durante ese plazo el imputado no debe violar las condiciones impuestas. Luego de transcurrido el mismo se produce la extinción de la acción penal, por el contrario, si el imputado trasgrede o violenta las condiciones el órgano jurisdiccional competente tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal en contra del imputado.



La suspensión condicional de la persecución penal consiste en el sometimiento del imputado a un programa de rehabilitación, entre otras alternativas.

Esta figura o medida tiene su origen en el sistema anglosajón y en el principio se le denominó "diversión". Desde su origen se definió como la desestimación de cargos por parte del fiscal del Ministerio Público bajo la condición de que el imputado sindicado preste su consentimiento para someterse, por un periodo o plazo determinado por un órgano jurisdiccional competente, a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento y cumpla con las condiciones dictadas.

El objetivo de esta institución es evitarle al sindicado el desarrollo de un proceso en su contra, cuando la consecuencia del mismo posiblemente va a ser la suspensión de la ejecución de la condena según el artículo 72 del Código Penal Decreto Número 17-73 del Congreso de la República. De esta medida desjudicializadora es importante mencionar que el objetivo principal es eludir la estigmatización que supone tener una condena y antecedentes penales y se da con el objetivo político criminal de descongestionar el sistema penal, reduciendo el trabajo al Ministerio Público y al todo el sistema de justicia, sin desatender la reparación a la víctima.

En conclusión, la suspensión condicional está orientada a evitar la desocialización que produce la privación de libertad, ya sea en forma preventiva o en el cumplimiento de una condena. De este contexto se define que los fines de

prevención adquieren una relevancia especial. Por esta razón, si bien es necesario la reparación, el consentimiento de la víctima no es un requisito indispensable



## **Problema en la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal**

A pesar de los beneficios que aporta esta medida desjudicializadora, su utilización es mínima, en comparación con los procesos activos dentro del sector justicia. Los problemas en su aplicación son de tres aspectos, normativos, culturales y estructurales.

En cuanto a los problemas normativos, la suspensión condicional de la persecución penal, al basarse en los requisitos que exige el Código Penal para otorgar la suspensión condicional de la pena arrastra una legislación basada en un derecho penal de autor que contradice los principios constitucionales, específicamente, la libertad de acción y la culpabilidad por el acto.

En relación con los problemas culturales, los fiscales muchas veces prefieren un procedimiento abreviado para obtener una sentencia condenatoria, luego aplicar la suspensión condicional de la pena.

Existen problemas estructurales para la utilización de la suspensión condicional de la persecución penal, ya que en Guatemala funcionan muy pocas instituciones públicas en las cuales el imputado pueda cumplir el régimen de prueba, lo cual limita las posibilidades del juez al momento de imponer las condiciones de la



suspensión. Asimismo, los jueces de ejecución deben verificar el cumplimiento de las medidas: solo existen once salas de ejecución, siete en la ciudad de Guatemala, dos en el departamento de Chiquimula y dos en el departamento de Quetzaltenango, lo que dificulta la aplicación de esta medida en todo el territorio de Guatemala.

### **Procedencia de la suspensión condicional de la persecución penal**

La suspensión condicional de la persecución penal se encuentra fundamentada en el artículo 27 del Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y en el artículo 72 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. En los referidos artículos se plasma los casos de procedencias en los siguientes supuestos:

- En los delitos cuya pena máxima no exceda de los cinco años de prisión y en los delitos culposos.
- Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso.
- Que el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido trabajador constante.
- Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles o circunstancias no revelen peligrosidad.



## Requisitos de la suspensión condicional de la persecución penal

- Conformidad del imputado.
- Admisión de los hechos.
- Reparación del daño.
- No es necesario el consentimiento del ofendido.
- Aprobación judicial.

## Procedimiento de la suspensión condicional de la persecución penal

- El procedimiento para la suspensión es semejante al del procedimiento abreviado, con las modificaciones del artículo 287 del Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- El Ministerio Público deberá requerir al juez de primera instancia penal, la suspensión del proceso. En la solicitud deberá constar la aceptación de los hechos por parte del imputado y su conformidad con las medidas de conducta propuestas.
- En audiencia el juez escucha al imputado y si le concede la medida le debe informar sobre las características de la suspensión y las consecuencias del incumplimiento, así como de otras opciones a las que puede recurrir. La resolución del juez no podrá posponerse.
- Si el juez no admite la suspensión, el procedimiento seguirá su curso por la vía que corresponda (artículo 287 del Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala). En ese caso, al



igual que en el procedimiento abreviado, el Ministerio Público vinculado por la solicitud que realizó para lograr la suspensión (artículo 465 del Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala), es decir, podrá modificar la calificación de los hechos.

- Si el juez admite la suspensión del proceso, deberá notificar al juez de ejecución, quien será el encargado de velar por el cumplimiento de las condiciones impuestas (artículo 288 del Código Procesal Penal Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala).

#### **4.4. EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD**

El criterio de oportunidad es el mecanismo a partir del cual el Ministerio Público puede disponer del ejercicio de la acción penal, absteniéndose de ejercitarla por la poca gravedad del hecho, inadecuación de la sanción penal u otros criterios de política criminal definidos por la ley.

El Ministerio Público no puede atender todos los casos que ingresen al sistema, como tampoco puede darles un trato igualitario, por lo que debe elegir aquellos que ameritan una investigación. El criterio de oportunidad orienta esta selección e impide que la persecución penal se realice de forma irracional, utilizando los valiosos recursos del Estado en casos de insignificancia social.

En cuanto al imputado, las ventajas de la aplicación de un criterio de oportunidad son evidentes, le brinda la posibilidad de solucionar el conflicto a través de la reparación del daño, permitiendo un acercamiento con la víctima; y,



principalmente, le evite verse sometido a un proceso penal y tener que cumplir una eventual condena, eludiendo así la estigmatización, disociación y los sufrimientos que conllevan tanto el proceso como la pena. Asimismo, a diferencia del procedimiento abreviado, o de la suspensión condicional de la persecución penal, en el criterio de oportunidad la ley no exige que el imputado reconozca de forma expresa los hechos. Finalmente, con relación a la víctima, el criterio de oportunidad tiene la ventaja de que privilegia la reparación, por lo que sus intereses se verán satisfechos con mayor prontitud a si espera el término de un proceso penal.

### **Problemática en la aplicación del criterio de oportunidad**

Existen dos principios que utilizan como argumentos para que el criterio de oportunidad sea inoperante en el proceso penal guatemalteco:

- a) Principio de legalidad, que tradicionalmente sigue un esquema procesal inquisitivo, basado en la idea retributiva de la pena. En el derecho procesal guatemalteco existen mecanismos que representan simplificación de las reglas procesales y constituyen excepciones al principio de legalidad, vigente en leyes procesales que responden a un sistema inquisitivo. Se define el principio de legalidad como la reacción del Estado, quien ante la hipótesis de comisión de un delito, se debe presentar ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y si corresponde el castigo que se logre comprobar. Otra definición es que el principio de legalidad es aplicable ante todo hecho delictivo, donde el sistema penal debe poner en marcha los mecanismos del Estado para la



investigación, juzgamiento y castigo del culpable. Es evidente que  
manifestado, el principio de legalidad debe ceder a criterios de oportunidad  
que permitan que la selección de los casos sea racional y acorde con los  
fines del derecho penal. En este sentido, debemos aplicar la justicia a favor  
del criterio de oportunidad, que permita que la selección de los casos sea  
racional y acorde con los fines del derecho penal. En este sentido, se  
argumenta a favor del criterio de oportunidad y los demás medios de salida  
al procedimiento común, que su no regulación hace que en la práctica  
operen criterios de oportunidad sin control.

- b) El principio de inocencia frente a las medidas de simplificación del procedimiento común. Contra la aplicación del principio de oportunidad se argumenta que es violatorio del principio de inocencia, indicando que el imputado tiene derecho a demostrar su inocencia en el proceso y en este caso ni siquiera se solicita su consentimiento. En Guatemala, la regulación del criterio de oportunidad, no hace referencia expresa a que el Ministerio Público, al solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, debe contar con la aceptación del imputado, si lo hace con respecto a la víctima quien debe prestarlo. Es importante preguntarnos si el consentimiento del imputado significa la aceptación de los hechos o la aceptación de su culpabilidad. Al respecto, es importante señalar que no es lo mismo aceptar el procedimiento que aceptar los hechos. El primero solo significa conveniencia para solventar su situación jurídica, sobre todo si se induce



que del mismo, obtendrá su libertad; con respecto al segundo, es simplemente aceptar los hechos, no es confesión de culpabilidad.

Además de la problemática que se observa en la operatividad en la aplicación del criterio de oportunidad, observamos varios problemas que justifican los funcionarios judiciales para la aplicación del criterio de oportunidad siendo estos:

**A. Subutilización:** Diversos estudios han determinado que, en la práctica guatemalteca, existe una subutilización por parte del Ministerio Público del criterio de oportunidad; únicamente se aplica en el 5 % del total de casos que ingresan al sistema. Esta subutilización es originada, probablemente, por una visión político criminal fuertemente influida por principios retributivos y una cultura organizacional que califica de exitosos únicamente aquellos procesos que llegan a sentencias condenatorias. Asimismo, generalmente los fiscales basan la aplicación del criterio de oportunidad en el monto de la pena y el tipo de delito, sin tomar en consideración la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito.

**B. Dilación:** El criterio de oportunidad puede aplicarse desde que se tiene conocimiento de un hecho delictivo, para que se cumpla con los fines político criminales de esta figura. Así, es conveniente que se otorgue lo más rápidamente posible, sin embargo, en la mayoría de los casos, la fiscalía solicita el criterio de oportunidad hasta vencer el periodo de la investigación.



**C. Burocratización:** Los jueces de primera instancia tienen a su control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público todos los delitos sancionados con pena de prisión, consecuentemente, el Código Procesal Penal les faculta para autorizar el Criterio de Oportunidad en estos delitos. A pesar de esta competencia general, en algunas oportunidades los jueces de instancia devuelven los procesos a los juzgados de paz para que estos autoricen los criterios de oportunidad en delitos sancionados con penas inferiores a tres años, entorpeciendo la resolución de estos y vulnerando el principio de economía procesal y *favor libertatis*.

Respecto a la procedencia del criterio de oportunidad, se puede afirmar que, en términos generales, el artículo 25 del CPP establece el principio de oportunidad y reconoce cuatro supuestos en los cuales el fiscal, con el consentimiento del agraviado, si lo hubiere, puede abstenerse de iniciar la persecución o interrumpir la ya iniciada.

En términos más concretas y citando el artículo 25 Código Procesal Penal, el criterio de oportunidad se podrá aplicar cuando a juicio del Ministerio Público, no exista afectación o amenaza grave al interés público y la seguridad ciudadana.

**a) Comprende delitos no sancionados con pena de prisión**

Este primer caso, el CPP se está refiriendo a todos los supuestos de los delitos sancionados exclusivamente con multa. De conformidad con las reformas procesales introducidas a través del Decreto 79-97, los delitos sancionados con



penas de multa son competencia de los jueces de paz y deben tramitarse a través del procedimiento de juicio de faltas (art. 488 del CPP).

#### **b) Comprende delitos perseguibles por instancia particular**

En los delitos cuya persecución penal se sujeta a una intervención inicial de la víctima, por lo cual la actuación del órgano encargado de la persecución penal por mandato legal corresponde al Ministerio Público. Esta queda condicionada al hecho que el agraviado estime o no conveniente instar a la persecución penal. Está claro que los intereses en juego colocan en primer lugar la posición de la víctima en el sistema penal. Sin embargo, una vez la víctima proporciona la noticia a cualquiera de los órganos encargados de conocer hechos presumiblemente delictivos, el ejercicio de la acción penal estará a cargo del MP.

En estos casos, el análisis del artículo veinticinco (25) numeral segundo del Código Procesal Penal desaparece la limitación establecida en el numeral tercero, en el sentido del requerimiento de que la pena máxima de prisión no sobrepase los cinco (5) años. Por lo que el criterio de oportunidad, en el supuesto del artículo veinticinco numeral segundo (25.2)., se puede aplicar en todos los delitos de instancia particular establecidos en la ley, incluso los más graves, como la violación y otros cuya pena de prisión sobrepasan los cinco años.

Comprende delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años en estos casos habrá que acudir al Código Penal para determinar si el máximo de la pena a imponer para el tipo penal aplicable, supera o no los cinco años. Un aspecto importante para tomar en cuenta en este supuesto



es que el marco penal a imponer en la parte especial del Código Penal establecido para el autor de los delitos consumados; por lo que, para el supuesto establecido en el artículo veinticinco numeral tercero (25.3) tenga sentido para los demás partícipes del injusto penal, deberá hacerse tomado en cuenta el conjunto del articulado del código y no solo el tipo básico del delito que se analiza.

El marco penal para imponer varía significativamente cuando se trata de autores o cómplices de delitos consumados, o al autor de un delito en tentativa (ver artículos sesenta y tres (63) y sesenta y cuatro (64) en conjunción con el artículo sesenta y seis (66) del Código Penal). Solo de esta manera los demás participantes y el propio autor en tentativa del hecho punible, pueden beneficiarse con la aplicación del Criterio de Oportunidad.

El siguiente ejemplo ilustra de mejor forma el supuesto del artículo veinticinco numeral tercero (25.3): el autor de hurto se le puede imponer una pena entre uno y seis años (doscientos sesenta y cuatro del (264) del Código Penal. Obviamente, al autor de un hurto consumado no se le podrá aplicar el criterio de oportunidad, pero sí al cómplice o al autor de hurto en tentativa, por cuanto en esos casos la pena se reduce en un tercio, quedando un máximo de pena de cuatro años, según el artículo sesenta y tres y sesenta y seis (63 y 66) del Código Penal.

La responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima el presente supuesto contemplado en el artículo veinticinco numeral cuarto (25.4) del Código Procesal Penal es una innovación importante, ya que permite adecuar las distintas categorías del derecho penal bajo aspectos de política criminal, tomando en cuenta la importancia de las teorías preventivas de la pena y

los postulados garantistas que exigen se castigue a la persona de acuerdo a su culpabilidad.



Lo anterior, representa un problema, debido a que uno de los obstáculos para la aplicación del criterio de oportunidad es que los fiscales, al momento de solicitarlo, únicamente se basan en el monto de la pena que sea inferior a cinco años y no utilizan este casi de procedencia.

Por lo que, si el abogado defensor considere que la responsabilidad del sindicado o su contribución al hecho es mínima, puede solicitar al juez que se requiere el dictamen del Ministerio Público sobre la conveniencia de aplicar dicho criterio de oportunidad, tal como regula en el artículo doscientos ochenta y seis (286) del Código Procesal Penal.

En este caso, para determinar la procedencia del criterio de oportunidad, se debe partir de un análisis de cada elemento de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que tome en cuenta los criterios que se enuncian posteriormente. Se realiza un examen detallado de cada uno de los supuestos, para favorecer la invocación de los mismos al momento de solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, los cuales pueden ser:

- i. **Casos en que concurre un mínimo de injusto:** Para que un hecho pueda ser calificado como delito debe ser, en primer lugar, una acción típica. Así, por ejemplo, quien mediante una determinada acción "sustrahe una cosa mueble ajena", realiza el tipo de hurto. En segundo lugar, se debe tratar de una acción antijurídica, o sea prohibida. Por regla general, lo será ya con la tipicidad, puesto



que el legislador solo incorporará una acción al tipo cuando la misma usaria deba estar prohibida. Pero este indicio puede ser contradicho si en el caso concreto concurre una causa de justificación (art. 24 del Código Penal); por ejemplo, si la persona actúa en legítima defensa.

De acuerdo con la moderna dogmática penal, el injusto es equivalente a la acción antijurídica o ilícita, es decir, a aquella acción que se encuentra enmarcada en un tipo penal y en la que no concurren causas de justificación. El injusto se encuentra conformado por dos juicios de valor: el desvalor de acción que se refiere al juicio sobre la conducta y el desvalor de resultado que recae sobre la lesión o prueba en peligro del bien jurídico.

A continuación, se analizarán aquellas circunstancias en las cuales existe un mínimo de responsabilidad, ya sea porque el desvalor de resultado o el desvalor de acción carecen de la suficiente relevancia penal, entre las cuales se pueden señalar los siguientes.

- a. **Insuficiente desvalor de resultado:** Se consideran como casos de mínima responsabilidad, aquellos en los cuales el desvalor de resultado sea mínimo. Para determinar cuando el desvalor de resultado es mínimo, debe apreciarse el grado de daño efectivamente producido sobre bien jurídico.
- b. **Insuficiente desvalor de acción:** El desvalor de acción se encuentra, fundamentalmente, integrado por el juicio sobre el elemento subjetivo de la conducta, es decir, si el sujeto actúa dolosa o culposamente. En este caso, existirá un insuficiente desvalor de acción cuando el grado de imputación a título



de dolo o culpa sea ínfimo, de manera que el sujeto realizó una acción con dolo muy reducido, (dolo eventual). En el caso de los delitos culposos cuando la infracción al deber objetivo de cuidado sea muy pequeña (art. 26,6 y 26,11 del Código Penal). Por ejemplo, en un hecho de tránsito, la persona que ocasionó el percance pasó el semáforo entre la luz amarilla y la luz roja, confiando que no venía ningún otro vehículo.

c. **Causa de justificación incompleta:** Este supuesto se refiere a aquellos casos en los cuales el sujeto actúa dentro de una causa de justificación, pero excediéndose de los límites establecidos por la ley (artículo 26 del Código Penal).

Un mínimo de culpabilidad: El último supuesto de responsabilidad mínima se refiere a la concurrencia de circunstancias que disminuyan de manera sustancial la culpabilidad. Estas circunstancias se pueden agrupar de la manera siguiente:

- **Inimputabilidad incompleta:** Se trata de los casos en los cuales el sujeto ha sufrido una disminución en su capacidad de motivación, ya sea por causa de una enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o trastorno mental transitorio, sin que llegue a ser suficiente como para ser considerado inimputable y excluir su responsabilidad (arts. 23 y 26,1,3 CP).
- **Error de prohibición vencible:** El error vencible de prohibición deja un grado de culpabilidad disminuido, que en nuestra legislación se encuentra comprendido en la atenuante de ignorancia (art. 26,9 CP). Cuando la ignorancia del sujeto ha sido un elemento esencial para la realización del injusto penal, ello puede



producir una disminución tan grande del grado de la culpabilidad y de la responsabilidad, que hace que el hecho no amerite ser llevado a juicio.

- **Inculpabilidad incompleta:** Aquí se encuentran aquellos casos en los cuales concurre una causa de inculpabilidad, pero esta carece de un requisito para excluir la responsabilidad.

**Participación mínima:** Para determinar este supuesto debe hacerse una clara distinción entre autores y participantes. Son autores, propiamente dichos, los sujetos que realizan los elementos del tipo. En contraposición, son partícipes, quienes, sin realizar los elementos propios del tipo penal, contribuyen a la realización de estos por parte de su autor.

Los partícipes son de las dos categorías: 1) aquellos cuya contribución se considera tan importante que la ley los equipara a los autores, tal el caso del inductor y el cooperador necesario (art. 36 CP); 2) y aquellas a los cuales la ley les otorga una categoría distinta, como los cómplices (art. 37 del CP). En el caso de los inductores y los cooperadores necesarios, es claro que su grado de participación es tan importante que no pueden entrar dentro de los supuestos de participación mínima. Por lo tanto, este supuesto es aplicable únicamente a los cómplices, en aquellos actos de complicidad que poco contribuyan a la realización del tipo, es decir, en aquellos en que su actuar fue prácticamente irrelevante.



**Penal natural, casos en los cuales el acusado ha sido afectado directamente y gravemente por las consecuencias de un delito imprudente:** Procede la aplicación del criterio de oportunidad cuando el inculpado haya sido afectado directamente y gravemente por las consecuencias del delito y la pena resulte inapropiada. Solamente se admite en los casos de delitos culposos, especialmente, el ámbito de los delitos de tránsito. Por ejemplo, una madre maneja imprudentemente y provoca un accidente que causa la muerte de su hijo.

Por su parte, el criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia, obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio y secuestro.

La reforma al Código Procesal Penal en 1997, ha introducido un caso especial de criterio de oportunidad, al incorporar la figura del "arrepentido", conocido en la doctrina como "testigo de corona", pues a diferencia de los demás supuestos estudiados, su objetivo no es la descarga de tránsito del Ministerio Público, ni la reparación de la víctima, sino de favorecer la persecución de los autores intelectuales y cabecillas del crimen organizado, a través de la información suministrada por partícipes y encubridores.

El supuesto especial de criterio de oportunidad permite beneficiar a los cómplices o encubridores de los delitos mencionados anteriormente, cuando declaren en el proceso incriminando a los autores. El Código Procesal Penal



guatemalteco ha optado, a diferencia de otras legislaciones, por enumerar en los tipos penales los delitos que se pueden aplicar este caso especial de criterio de oportunidad. En este sentido, se puede distinguir, que el criterio de oportunidad beneficia a los que den información sobre delincuencia organizada, caracterizada por una estricta división jerárquica, así como por un procedimiento mercantil, planeado y controlado.

En los demás delitos contemplados, resulta difícil situarlos dentro de los supuestos de delincuencia violenta o delitos graves, que se contemplan en otras legislaciones, que no enumeren los delitos sino simplemente hacen referencia a que en el caso especial de oportunidad, se puede aplicar a la delincuencia organizada, criminalidad violenta y delitos graves.

Del análisis del artículo 25.6 se puede apreciar que, para la aplicación de esta medida alterna al proceso común, el legislador ha establecido los siguientes requisitos:

- a) Que los actos realizados por el declarante puedan ser calificados solamente de autoría o complicidad del delito específico de encubrimiento con relación a los enumerados en el numeral comentado, por lo tanto, no podrá aplicarse para tipos penales distintos de los citados en la ley, ni cuando el imputado haya actuado como autor o como cómplice de los delitos en referencia. Por ejemplo, no podrá gozar del beneficio del criterio de oportunidad del supuesto analizado quien haya sido autor o cómplice del delito de cobro ilegal, artículo 452 del Código Penal. Para gozar de este beneficio, es necesario que la calidad de autor o de cómplice sea con respecto al delito de encubrimiento, siempre y cuando no haya existido acuerdo previo con los autores o cómplices del delito de cobro ilegal.



Por el contrario, si el sujeto se concertó con los autores del hecho antes de la ejecución del delito, la persona ya no puede ser considerada encubridor. En consecuencia, necesariamente tendrá la calidad de cómplice y esta complicidad queda fuera del beneficio de la aplicación del criterio de oportunidad, pues está claro que la complicidad del artículo 25.6 del Código Procesal Penal se da con respecto al delito específico de encubrimiento.

b) Que el imputado declare en el proceso, aportando elementos que contribuyan eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores materiales e intelectuales de los citados delitos.

Este criterio de oportunidad no puede aplicarse a funcionarios públicos que hayan cometido el delito de encubrimiento con motivo o ejercicio de su cargo, cuando se encuentre en relación a los delitos señalados en el artículo 25.6 del Código Procesal Penal. A diferencia del resto de supuestos, en estos casos el control por parte del juez de primera instancia o del juez de sentencia es más limitado, aunque debe verificar que se trate de un autor o cómplice de encubrimiento y, esto, no en contradicción en cuanto a la obligación que la ley señale para aplicar el criterio especial de oportunidad, pues lo que la norma jurídica regula es que el juez de primera instancia está obligado a otorgarlo, cuando una vez hecha la calificación jurídica, compruebe la calidad de encubridor o de cómplice de encubrimiento.

La problemática en estos casos, la persona que obtiene la inmunidad al prestar su testimonio no lo hace de forma desinteresada, se ofrece a declarar motivada por el interés de ser excluida del proceso. En otras palabras, de ser inculpada, el testigo



del delito de encubrimiento pasa a ser testigo de la causa, lo cual pone en duda la objetividad de su testimonio, ya que su inmunidad está condicionada a los términos de su declaración.

Asimismo, en un Estado de derecho es insostenible someter a un imputado que hace uso de su derecho de abstenerse a declarar, a la continuación de las medidas de persecución penal en su contra, mientras que su coimputado es liberado de la persecución por aportar pruebas de cargo.

Esto significa que por ejercer el derecho de "abstenerse a declarar", el imputado está siendo "castigado" y continúa sometido a proceso, con lo cual se desvirtúa totalmente la libertad en el ejercicio de este derecho.

En estos casos, se podrían establecer dos estrategias de defensa:

1. Plantear la inconstitucionalidad del artículo 25 numeral seis, porque contravienen los artículos dos (2) y doce (12) de la Constitución Política de la República, ya que las negociaciones entre el fiscal y los acusados pueden comprometer gravemente al derecho a la defensa y el derecho a la justicia. El derecho a la defensa porque ingresa al proceso una prueba legítima, ya que, como se señaló, es muy dudosa la objetividad del testimonio. Esta vulneración se agrava al permitir el CPP la posibilidad de incorporarla como prueba anticipada.

Asimismo, se vulnera el principio de igualdad entre las partes, otro presupuesto del derecho de defensa, porque como señala Ferrajoli, en estos casos "el interrogatorio que debe ser manifestación del contradictorio a través de la exposición de la defensa y la contestación de la acusación se convierte en una relación de fuerza entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene



que asumir obligaciones probatorias sino presionar sobre el segundo "falsas acusaciones". El derecho a la justicia, porque la base del juicio sería "verdad negociada". El admitir como medio probatorio un testimonio prestado bajo promesa de inmunidad, cuestiona la veracidad de los hechos dados por probados, no puede existir "justicia" sin "verdad".

1. En el caso de que la declaración sea tomada como prueba anticipada, deben estar presentes al defensor y el acusado, de lo contrario, se ha vulnerado el derecho de defensa (art. 8 del Pacto de San José) que establece que todo testigo tiene que ser repreguntado. En este caso, la prueba sería inadmisibles.

2. En el caso de que la declaración sea ofrecida como medio de prueba en el debate, el defensor deberá objetar su admisibilidad (art. 347 del CPP).

- Si el tribunal acepta la prueba, debe impugnar el auto de admisión a través de una reposición (arts. 350 y 402 del Código Procesal Penal).

- Durante el debate, el defensor deberá interrogar al testigo acerca de la razón de su declaración, para demostrar que la prestó bajo la promesa de obtener inmunidad.

Asimismo, en sus conclusiones deberá restarle valor probatorio a esta prueba ya que el testigo es inidóneo, porque tuvo un interés al declarar: para obtener su libertad, tal como lo establece el artículo 211 del Código Procesal Penal.



De acuerdo con el artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, para que el Ministerio Público pueda aplicar algún criterio de oportunidad de los contemplados en el artículo 25 Código Procesal Penal será necesario:

**a) Autorización judicial:** La autorización judicial para la aplicación del criterio de oportunidad la dará el **juez de primera instancia o el juez de paz**, en su cargo, en los supuestos señalados en el artículo 25 Código Procesal Penal. La función del juez es controlar que en el caso concreto se cumplen todos los requisitos exigidos por la ley. El juez no podrá entrar a valorar la conveniencia o no del criterio, sino si la petición es acorde a lo dispuesto por la ley. Por ejemplo: cuando el fiscal solicita al juez autorización en un caso en que, según su opinión (dado la discreción otorgada por la ley) no se afecta gravemente el interés público, pero el imputado es funcionario público y ha cometido un delito en ejercicio de su cargo. Lo que no podría hacer el juez es reemplazar el criterio del fiscal y sostener que no autoriza a suspender la persecución penal porque a su juicio, el hecho sí afecta gravemente un interés público, pues esa valoración es una potestad dada al Ministerio Público.

La conveniencia político criminal de iniciar o suspender el procedimiento común por concurrir la aplicación de un criterio de oportunidad, es una potestad exclusiva del Ministerio Público; al respecto, Bovino indica: "La autorización del juez de primera instancia o de paz que conozca el asunto no consiste en la realización de un análisis de oportunidad que remplace el juicio del fiscal, pues ese juicio de oportunidad solo corresponde al fiscal, encargado de ejercicio de la acción penal".

**b) El consentimiento del agraviado si lo hubiere:** A diferencia del imputado, que se ha convertido en el protagonista principal del proceso penal, el ofendido ha



sido en el fondo solamente una figura marginal, que ha visto cómo el órgano estatal encargado de la persecución penal –jueces de la instrucción en el modelo inquisitivo y Ministerio Público en los modelos acusatorios – lo ha desplazado. Por ello interviene por regla general, solo como testigo del hecho cuando no se adhiere, solo como testigo del hecho cuando no se adhiere a la persecución pública – en cuyo caso actúa como querellante adhesivo – o como querellante exclusivo en los delitos de acción privada.

El criterio de oportunidad es una institución que ha pretendido revertir esta tradición procesal, dándole participación a la víctima en la solución del conflicto, pero esencialmente, en la reparación del daño producido por las consecuencias del delito. Si de acuerdo con la política criminal del Estado, las medidas desjudicializadoras significan para el Ministerio Público cierto nivel racional y eficiencia en la solución de determinados conflictos, que dada su utilidad social no ameritan un desgaste innecesario de todo sistema penal en la tramitación del proceso, para la víctima sus expectativas son distintas.

Por ello, el interés real de la víctima, generalmente, no es el ejercicio de la persecución penal, sino, una reparación por las lesiones o los daños causados por el delito. En este sentido, la víctima es un protagonista del conflicto social –del cual el poder estatal ha pretendido ocupar su lugar –junto con el autor. Sin embargo, en la medida en que la víctima no pueda acceder a obtener la reparación, se podrá satisfacer una necesidad estatal, pero el conflicto en sí no ha hallado solución integral. En aquellos casos en donde no exista víctima determinada, sino se entiende que la sociedad es la agraviada, corresponde al Ministerio Público otorgar el consentimiento en nombre de la sociedad.



c) **Que el imputado haya reparado el daño o llegado a un acuerdo para la reparación:** En relación con este punto se distinguen distintas situaciones. El daño únicamente debe repararse en la medida en que se ha causado. En el caso de que el daño no pueda repararse en forma inmediata, deberá asegurarse su cumplimiento. El funcionario de justicia (juez, fiscal y abogado defensor), debe considerar la situación de incumplimiento de la obligación de reparación plasmada en el título ejecutivo.

En este caso, no se podría reiniciar la acción penal, ya que al aplicarse el criterio de oportunidad y al llegarse a un acuerdo entre las partes, el conflicto se resolvió penalmente. A partir de ese momento, el incumplimiento no infringe ninguna ley penal sino tan solo una obligación civil. Por eso, es importante la labor del defensor, del abogado del querellante adhesivo, y sobre todo la del fiscal.

La problemática de esto es que es un obstáculo señalado por los defensores para la aplicación de un criterio de oportunidad es la insolvencia de sus defendidos, quienes en muchas oportunidades no pueden pagar los daños y perjuicios causados.

En estos casos es necesario tener presente que la reparación es un concepto más amplio que el resarcimiento económico o indemnización. Son las partes quienes fijan los términos del acuerdo, el cual no debe tomar, necesariamente, en consideración, los criterios civiles para reparar el daño la víctima considera suficiente una declaración pública de arrepentimiento, o el trabajo a su favor, no exista ningún impedimento para la reparación se tenga por hecha.



Por lo tanto, el defensor podrá proponer fórmulas de arreglo que no implique un desembolso económico, siempre y cuando estas sean aceptadas por las partes.

Cuando el daño producido no afecte a persona individual en concreto, sino a la sociedad, el imputado deberá haber reparado el daño o garantizar su reparación en el plazo máximo de un año. En caso de insolvencia, el juez podrá reemplazar la reparación por la realización de una actividad en servicio a la comunidad, por periodos de entre quince y veinte horas semanales en un plazo no superior al año. A la vez, podrá imponer la realización de normas de conducta y abstenciones establecidas en el artículo 25 bis del Código Procesal Penal.

En algunas oportunidades, antes de la solicitud del criterio de oportunidad, el procesado se encuentra bajo el régimen de prisión preventiva. Esta limitación a su derecho a la libre locomoción lo coloca en una condición fáctica de desigualdad frente a las otras partes, la cual lo afecta psicológicamente y puede forzarlo a llegar a un acuerdo que vulnere seriamente sus intereses. En otras palabras, la prisión preventiva funciona como una presión para obtener un acuerdo desfavorable para el sindicado. En estos casos, el defensor deberá buscar los mecanismos adecuados (aplicación de una medida sustitutiva a la prisión preventiva) para favorecer las negociaciones en condición de igualdad.

Por otra parte, el defensor puede solicitar la presencia del Ministerio Público durante la primera declaración, con el cual existe la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, aun antes de dictar prisión preventiva y ponerlo en una situación de desventaja.



d) Que el sindicato no haya sido beneficiado previamente por la aplicación de un criterio de oportunidad, por la comisión de un delito doloso que haya dañado o puesto en peligro el mismo bien jurídico (artículo 25 Quinquies Código Procesal Penal)

Por ejemplo, si ya se le concedió un criterio de oportunidad por una estafa, no podrá concedérsele de nuevo por hurto, ya que en ambos casos se afecta la bien jurídica propiedad. Por otra parte, sí será posible concederlo por lesiones leves, si a la persona se le concedió previamente por lesiones culposas.

e) **Que a juicio del Ministerio Público el interés público o la seguridad ciudadana no estén gravemente afectados:** Un último requisito para conceder el criterio de oportunidad es que, de acuerdo con el Ministerio Público, el hecho no afecte gravemente el interés público o la seguridad ciudadana.

El manual del juez define el interés público como aquella situación en la cual “el acto trasciende el interés de la víctima, afectando de manera directa a toda la colectividad”. Efectivamente, existe un interés público cuando el hecho trasciende de los intereses directos de los implicados. El delito podría haber afectado a una víctima colectiva identificada, como una comunidad o todos los guatemaltecos, en el caso de bienes jurídicos colectivos e intereses difusos. En estos supuestos, el Ministerio Público deberá establecer cuáles son los intereses en colisión, es decir, quién podrá resultar afectado si otorga el criterio de oportunidad y determinar por qué decide que este interés debe prevalecer.



Por ejemplo, en el caso de un delito ecológico que daña los nacimientos de agua, podría ser que la municipalidad en donde se dio el ilícito, acepte la reparación porque considera que esos ingresos le vendrían muy bien. Sin embargo, dada la crisis de agua en el país, el Ministerio Público puede considerar que es mejor perseguir este tipo de delitos.

El interés público no se debe confundir con el clamor popular, es decir, con la solicitud de los grupos solidarios con la víctima, de que el tribunal resuelva en un determinado sentido. Por el contrario, el interés público debe concretarse en el interés de un determinado sector o de toda la colectividad que está siendo vulnerado a través del delito.

En todo caso, el defensor público siempre podrá exigir que el Ministerio Público identifique con claridad en qué consiste la colisión de intereses y cuál es el interés prevalente que le impide aplicar el criterio de oportunidad. Solo de esta manera se podrá establecer si este conflicto es real y si los argumentos que llevan a determinar el interés que debe prevalecer, guardan coherencia con los principios de una política criminal democrática.

En cuanto el concepto de seguridad ciudadana, esta puede definirse como "el conjunto de condiciones que garantizan la integridad de los derechos de las personas, así como la preservación de las libertades, el orden y la paz públicos".

Respecto a esta definición, es necesario resaltar que el concreto de seguridad ciudadana es un concepto de carácter funcional, es decir, que a través de preservar la seguridad, lo que se debe perseguir es el mantenimiento de determinadas condiciones que permiten un adecuado ejercicio de los derechos humanos.



En este sentido, al igual que sucede con el supuesto anterior, si el Ministerio Público alega que no es posible otorgar el criterio de oportunidad por razones de seguridad ciudadana, deberá demostrar los derechos de quien o de quienes se pondrían en peligro si concede esta medida. Es decir, que no basta con sostener que la desjudicialización de un determinado caso afecta la seguridad ciudadana, sino que es necesario especificar cuáles condiciones se alteran y los derechos de quién son puestos en riesgo.

#### **4.1.1. Prohibiciones para el otorgamiento del criterio de oportunidad**

El artículo veinticinco (259 del Código Procesal Penal en su primera y último párrafo, determinan que no podrá aplicarse el criterio de oportunidad cuando:

1. A criterio del Ministerio Público, el delito pueda afectar o amenazar gravemente al interés público y a la seguridad ciudadana. Con respecto a esta primera prohibición, el funcionario de justicia deberá obviar la utilidad social cuando sea mínima la responsabilidad del imputado, pues que este caso, el criterio de oportunidad no depende del carácter utilitario de la pena sino de la dignidad de la persona humana, que fundamenta el principio de culpabilidad, según el cual la pena no debe sobrepasar el grado de culpabilidad.
2. Cuando el delito ha sido cometido por funcionario o empleado público con motivo o en ejercicio de su cargo.



Los efectos del criterio de oportunidad conforme con el artículo 25 Bis, último párrafo del Código Procesal Penal establece:

- a) En primer lugar, que la aplicación del criterio de oportunidad provocará el archivo del proceso por el término de un año.
- b) En segundo lugar, cuando haya transcurrido un año desde la resolución judicial de aprobación del criterio de oportunidad, se producirá la extinción de la acción penal y el Ministerio Público ya no podrá perseguir a esa persona por esos hechos.

Dentro del término de un año, tanto el Ministerio Público como el propio agraviado podrán solicitar la anulación del criterio de oportunidad, demostrando que en el acuerdo de reparación existió fraude, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento. En otras palabras, el simple incumplimiento de las obligaciones civiles producto del acuerdo de reparación entre víctima e imputado, no es motivo suficiente para la anulación del criterio de oportunidad, pues, como ya se indicó, con la aplicación del criterio de oportunidad el conflicto penal queda solucionado, y la única forma de provocar la anulación y proseguir con la persecución penal, es demostrando que existió fraude, dolo, violencia o simulación, conforme al incidente establecido en el artículo 135 de la ley del Organismo Judicial.

Debe tenerse en cuenta que entre las condiciones que se imponen en el artículo veinticinco 25 Bis del Código Procesal Penal, para no anular, la aplicación del criterio de oportunidad, esta que durante el término que dura el archivo (un año), no surjan elementos que demuestren que la figura delictiva que sirvió para la aplicación del criterio de oportunidad era más grave, que haberse conocido no hubieren permitido su aplicación.



Una última dificultad presenta nuestro Código Procesal Penal en el artículo 286, en donde se le da la facultad al Ministerio Público a reiniciar la acción penal “cuando lo considere conveniente, siempre y cuando no haya caducado la acción”. Por ello, tras la reforma de 1997, el citado artículo hay que entenderlo de forma limitada, conforme el agregado artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, es decir, solo se producirá la reapertura de la acción en los supuestos ya comentados.

#### **4.4.1 Momento procesal oportuno para solicitar la aprobación del criterio de oportunidad**

De acuerdo con el artículo 286 del Código Procesal Penal, la solicitud para pedir la decisión judicial para la aplicación del criterio de oportunidad podrá darse desde que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta antes del comienzo del debate. Es conveniente que el criterio de oportunidad se aplique lo más rápidamente posible, siendo aconsejados que se practiquen en la primera audiencia, para que pueda cumplir con los fines para los que fue establecido.

A pesar de la necesidad de aplicación en las primeras instancias del proceso, el criterio de oportunidad puede ser otorgado después de haberse admitido la acusación y remitido el expediente para el tribunal de sentencia, siempre antes del comienzo del debate. En este caso, será a diferencia de los otros momentos, el tribunal de sentencia el facultado para aprobar el criterio de oportunidad, previa iniciativa del fiscal.



La problemática que suscita en que la mayoría de los casos el fiscal solicita el criterio de oportunidad al vencer el periodo de la investigación. En estos casos, el defensor podrá provocar la solicitud de aplicación del criterio de oportunidad antes de que venza el plazo, de acuerdo con las siguientes posibilidades. En los casos de competencia de un juzgado de paz, cualquiera de las partes pueda solicitar la audiencia de conciliación, por lo tanto, la defensa puede provocarla en caso convenga a su patrocinado, según el artículo 25 ter del Código Procesal Penal.

En los otros casos, el defensor puede solicitar al juez que requiera el dictamen del Ministerio Público sobre la conveniencia de aplicar el criterio de oportunidad, según el artículo 286 del Código Procesal Penal.

No en todos los casos es conveniente la aplicación de un criterio de oportunidad, cuando el fiscal espera que venza el periodo de investigación y solicita el criterio de oportunidad únicamente porque no ha reunido los medios de prueba necesarios para ir a debate, lo conveniente objetivamente hablando es el sobreseimiento según se plasma en el artículo 325 del Código Procesal Penal.

#### **4.4.2 Procedimiento para la aplicación de un criterio de oportunidad**

En los artículos 25 Bis y 25 Ter del Código Procesal Penal se establece los trámites a seguir para obtener la aplicación de un criterio de oportunidad; en este sentido, se distinguen los siguientes casos:

##### **a. La inexistencia de daño, ni agraviado**



El fiscal del MP presentará la solicitud ante el juez de primera instancia cuando la pena de prisión del delito imputado es superior a tres años de prisión. En los casos en que la pena contemplada para el delito fuere inferior a los tres años de prisión, el fiscal o el síndico municipal presentarán la solicitud ante el juez de paz. Seguidamente, el juez de primera instancia o el de paz, según el caso, deberá examinar la solicitud para verificar si se cumplen con los requisitos exigidos por la ley para la aplicación del criterio de oportunidad. Finalmente, y sin más trámite, el juez resolverá aprobando o denegando la aplicación del criterio de oportunidad. Si, por ejemplo, el fiscal solicita la aprobación de un criterio de oportunidad en el caso de un asesinato, exponiendo que lo hace porque considera que este delito no amerita una pena mayor de cinco años, no cumpliendo con el inciso tres del artículo 25; lógicamente el juez está obligado a negarse a aprobar la solicitud, pues en este caso, el juez está cumpliendo con su función de contralor de los requisitos legales exigidos en cada criterio de oportunidad.

Relevante resulta, que en el presente caso no se pueden imponer ni sanción pecuniaria ni trabajos a favor de la comunidad, porque sencillamente no hay daño que reparar.

**b. Existencia de daño a la sociedad**

El fiscal del Ministerio Público presentará la solicitud de aplicación del criterio de oportunidad ante el juez de primera instancia cuando la pena sea inferior a tres años de prisión o consiste en multa, el fiscal o síndico municipal presentará la solicitud ante juez de paz. En ambos casos, el juez competente



según el caso, verificará que el imputado haya reparado el daño o que haya otorgado garantías suficientes de resarcimiento en el plazo de un año. Si el imputado es insolvente, el juez podrá imponerle la prestación de servicio social a la comunidad y el cumplimiento de reglas de conducta de acuerdo con el artículo veinticinco Bis.

**c. Existencia de daño ocasionado a tercero:** De acuerdo con el artículo 25 Ter cuando existe un tercero que ha sufrido las consecuencias del delito, se pueden distinguir dos situaciones en la tramitación del criterio de oportunidad:

**i) Cuando las partes (autor y víctima) no han llegado a un acuerdo:** En este caso, cualquiera de las partes –incluso el defensor del imputado- puede solicitar al juez de paz, en los delitos con pena inferior a tres años o en los delitos con pena superior, que convoque a una audiencia de conciliación. Si autor y víctima llegan a un acuerdo y el Ministerio Público considera que procede la aplicación de un criterio de oportunidad según el artículo 25Ter del Código Procesal Penal, levantará un acta de lo acordado, haciendo esta audiencia de conciliación según el artículo 344 bis.

**ii) Cuando las partes (autor y víctima) han llegado a un acuerdo:** En este caso, imputado y agraviado, directamente entre ellos o través de un centro de mediación, presentarán ante el juez de paz, el acta para que la homologue a la categoría de título ejecutivo según el artículo 25 quater. Una vez que el acuerdo



de haya producido, se presentará junto con la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad al juez de paz o de primera instancia, según el caso, para que, si constatados los requisitos establecidos en la ley y legalidad del acuerdo alcanzado, autorice la aplicación del criterio de oportunidad.

De acuerdo con el artículo 25 ter, la solicitud para la aplicación del criterio de oportunidad, en los casos en que las partes han llegado a un acuerdo, se puede presentar directamente por las partes. En este caso, el juez deberá recabar opinión favorable del Ministerio Público, para poder aprobar la suspensión de la acción penal; en caso contrario, por ser la opinión del Ministerio Público vinculante para el juzgador, este no podrá aprobar el criterio de oportunidad.

Por último, dado el principio de celeridad que inspire a todo el sistema procesal guatemalteco, cuando la conciliación se produce ante el juez de paz competente, estando presentes el autor, la víctima y el Ministerio Público, en el mismo acto se emitirá resolución favorable de aplicación de criterio de oportunidad.

#### **4.4.3 Momentos procesales en los cuales se otorga criterio de oportunidad**

El criterio de oportunidad, puede ser otorgado en varios momentos procesales dentro del proceso penal, por lo que es preciso analizar cómo estos pueden funcionar conforme con la legislación nacional. En ese contexto, se puede determinar que se puede pedir el mismo dentro de las siguientes etapas del proceso.



- a. En la etapa preparatoria: Esta institución puede ser planteada desde los primeros momentos del proceso penal, ya que por ejemplo si al momento de la declaración de la persona, el juez de la causa decidió procesar al sindicado y a la vez conceder una medida sustitutiva de prisión, y el delito se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 25 del Código Procesal Penal y el daño ha sido reparado por este, podría llegarse a un acuerdo con el ente fiscal y solicitarlo al juez de garantías, para que este resolviera si autoriza o no la suspensión de la persecución penal, otorgando el criterio de oportunidad y el sindicado, beneficiado, deberá comprometerse a cumplir con las reglas o abstenciones establecidas en el artículo 25 bis del Código Procesal Penal.
- b. En la etapa intermedia: El criterio de oportunidad es un acto conclusivo de etapa preparatoria, que permite ser discutido en la etapa intermedia y el cual, al concederse, genera la suspensión de la persecución penal y cierra dicha etapa.
- c. En la etapa de debate: El artículo 286 del Código Procesal Penal hace notar que el criterio de oportunidad es una institución que puede plantearse incluso previo al debate, y se reguló de la siguiente forma: en los casos en que la ley permita la aplicación del criterio de oportunidad para abstenerse de ejercitar la acción penal, el Ministerio Público podrá pedir la decisión que corresponda al juez competente. La aplicación del criterio de oportunidad solo será posible antes del comienzo del debate.



Es decir, que puede lograrse la aplicación de este beneficio previo a que el tribunal declare abierto el debate, aunque estén en la propia sala de debates, haciendo el planteamiento previo, podrá conocerse y concederse por el tribunal sentenciador si este así lo considera, tomando en cuenta tanto los supuestos, los requisitos de reparación del daño, como las reglas o abstenciones que hayan de establecerse.

Respecto a los efectos del criterio de oportunidad se puede afirmar que pasado un año desde que la aplicación del criterio de oportunidad quede firme, es posible que la decisión de conceder sea recurrida; se producirá la extinción de la acción, por lo cual el Estado ya no podrá perseguir a esa persona por esos hechos. La impugnación de la resolución que autoriza la aplicación del criterio de oportunidad podrá realizarse cuando se demuestre que hubo fraude, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento o si surgieran elementos que demuestre que la figura delictiva era más grave y que, de haberse conocido, no hubiera permitido la aplicación de la institución procesal.

No obstante, el mero incumplimiento de las obligaciones civiles de reparación no provoca la anulación del beneficio, sino que será necesario demostrar que el impago se debe a fraude, dolo, simulación o violencia. El artículo 286 del Código Procesal Penal faculta al Ministerio Público a reiniciar la acción, cuando lo considere conveniente, siempre y cuando no haya caducado la acción. Obviamente, tras la reforma del Decreto No. 79-97 del Congreso de la República, hay que interpretar este artículo en forma limitada, por cuanto el fiscal solo podrá reabrir el proceso si demuestra que se dan las condiciones señaladas en el párrafo anterior. Si el



imputado entiende que el fiscal no tiene elementos para proseguir la persecución que esta caducó por haber transcurrido el plazo de un año, podrá interponer ante el juez la excepción de falta de acción, conforme al artículo 294 del Código Procesal Penal.

### **Prohibición en otorgar el criterio de oportunidad**

Como en todo beneficio procesal existen ocasiones en las cuales este criterio debe ser denegado, debido a que no se cumple con lo establecido en la ley para tal efecto, o bien la conducta delictiva es incompatible con el beneficio otorgado.

De conformidad con el ordenamiento procesal penal vigente, específicamente en el artículo 25 del código Procesal Penal, establece que el criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del 1 al 5 de este mismo artículo no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo. Y en el Código Penal encontramos que dentro de estos delitos son:

- a) De los delitos cometidos por funcionarios públicos o por empleados públicos.  
(artículos 418-438 bis).
- b) De los delitos de cohecho (artículos 439-444).
- c) De los delitos de peculado y malversación (artículos 445-448).
- d) De las negociaciones ilícitas (artículos 449-452).
- e) De la prevaricación (artículos 462-467).
- f) De la denegación y retardo de justicia (artículos 468-469).

g) Del quebrantamiento de la condena y evasión de presos (artículos 477-478)



### **La importancia del control del criterio de oportunidad en Guatemala**

El criterio de oportunidad es una de las formas en las cuales la ley de Guatemala determina que se puede suspender la pena de prisión dentro del país sin que por esto se deje de ser responsable por la acción ilícita que ha cometido el ciudadano en contra de la sociedad nacional. En tal sentido, es necesario establecer cuál es la importancia que tiene esta institución jurídica dentro de la sociedad y el derecho penal.

Se puede afirmar, entonces, que el criterio de oportunidad está condicionado a hechos que no representen violaciones graves a los derechos humanos y que tampoco tienen grandes repercusiones en la sociedad, esto debido a que este se tiene que otorgar cuando los autores de los delitos no se consideren una amenaza a la sociedad dentro de la que viven. Respecto a la importancia que tiene su aplicación, se puede afirmar que es la siguiente:

- a. Correcta utilización de la economía procesal, es decir, que únicamente se tenga que promover el juicio cuando este sea necesario, con lo cual no se utilizan los recursos que no sean adecuados en conductas delictivas que no tengan un impacto a la sociedad dentro del territorio nacional.



- b. Evitar la forma en la cual se contribuya a reducir el hacinamiento en los centros carcelarios de Guatemala, de tal manera que no se utilicen ni cárceles preventivas ni centros penales para delitos que no representan un peligro dentro de la sociedad nacional.
- c. La aplicación consciente y correcta del criterio de oportunidad tiene la finalidad de asegurar y concentrar los recursos efectivos para investigar y sancionar los delitos de mayor impacto e importancia dentro de Guatemala.
- d. Descongestionamiento del sistema de justicia, el cual se ve beneficiado con la implementación de esta medida, pues los procesos serán discriminados de una forma objetiva, dándoles seguimiento a aquellos que verdaderamente merecen la pena por implicar una amenaza o consecuencias más graves.
- e. El Ministerio Público podrá priorizar aquellos que, como se indicó anteriormente, merecen la pena por las consecuencias o amenazas que representan.
- f. La agilización de procesos penales, esto en pro de los imputados por la comisión de los mismos, garantizando de esta manera derechos y garantías constitucionales y aplicando principios rectores del proceso penal, siempre en beneficio de la justicia del país.

Se puede considerar entonces que el criterio de oportunidad, como medida de desjudicialización, nace en el ámbito penal, como una medida que tiene como finalidades primordiales el descongestionar o descargar trabajo a todo el sistema de



justicia penal, lo cual incluye tanto al Ministerio Público como a los juzgadores del ramo penal. Otra finalidad será priorizar y discriminar los procesos que verdaderamente merecen la pena darles seguimiento debido al peligro o amenaza que representan para el agraviado o para la sociedad. En lo anterior, deben observarse las distintas garantías y principios constitucionales, como los rectores de toda la actividad jurídica, administrativa y política del Estado, siendo uno de los principios más importantes en cualquier ámbito el principio de legalidad, así como sujetarse a nuestra norma suprema, la Constitución Política de la República de Guatemala, de la cual nacen todas las demás normas y disposiciones legales.

El criterio de oportunidad debe fundamentarse en los artículos 25 y 25 Bis del Código Procesal, debido a que esta es la norma ordinaria que regula dicho procedimiento, por lo mismo, cualquier otra normativa que desarrolle o complemente a tal normativa y que sea jerárquicamente inferior, deberá observar lo dispuesto en este para evitar así contracciones, lo cual provocaría en su momento que se incurra en ilegalidad al momento de su aplicación. Tiene como finalidad, aparte de las mencionadas, brindar mayor agilidad y celeridad a los procesos penales, sobre todo a aquellos que no representen amenaza seria a los agraviados o a la sociedad.



## CAPÍTULO V

### **5 Responsabilidad penal mínima en la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo**

Es preciso establecer la importancia que tiene la responsabilidad penal dentro del derecho penal y cómo puede ser utilizada en el caso de la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo.

En ese contexto, se debe establecer que la responsabilidad penal es aquella que se concreta en la aplicación de una pena, por la acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra, es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta (una vez demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor o inductor y el resultado) y de orden público (Cabanellas, 2006, pág. 225).

La responsabilidad penal o criminal es el deber jurídico que se impone a un individuo imputable de responder de su acción antijurídica prevista en el Código Penal como delito, de la que es culpable, debiendo sufrir sus consecuencias jurídicas.

Es cierto que el concepto de responsabilidad penal no es exactamente el mismo que el concepto de responsabilidad criminal.

La responsabilidad penal se concretiza a establecer que únicamente la persona que acciona u omite realizar alguna actividad a la cual está obligado, va a ser



responsable por los daños causados, porque por su voluntad hizo o dejó de hacer algo, esto tendrá como consecuencia responder penalmente por esos actos voluntarios que provocaron la violación de la ley penal. Es por ello que la responsabilidad penal dista de cualquier obligación que se puede contraer en el campo que se ubique, porque esta es aplicable únicamente en forma personal, es decir, aplicable solamente a la persona que ha cometido la infracción o quien ha violado las normas penales.

En tanto que, si se habla de responsabilidad civil o administrativa, e incluso de otro tipo de obligación, pueden responder otras personas, que en la mayoría de los casos pueden ser los herederos u otros obligados solidariamente e incluso después que el obligado haya muerto.

La doctrina señala de varias formas a quien comete un delito, delincuente, sujeto activo; la criminología lo denomina criminal. Dentro del proceso penal se denomina de diferentes formas, según la etapa procesal en que se encuentre, sindicado o imputado, procesado, acusado, condenado, reo. Dentro del presente trabajo de investigación únicamente se analizará desde el punto de vista de los grados de participación.

Se puede afirmar que: La responsabilidad penal recae sobre el autor el cual la doctrina lo define como la persona física que realiza la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, puede ser desde el punto de vista de su participación, material o intelectual; material, quien de manera directa y material realiza la conducta típica; e intelectual, quien idea, dirige y planea el delito (Amuchategui Requena, 2009, pág. 56).



Los autores sean materiales o intelectuales dentro del derecho criminal establece que deben ser estudiados, para determinar cuál fue el móvil o que motivó a cometer la acción, pues este estudio además de la investigación realizada por el ente responsable determinará la pena a imponer, pues en ocasiones son tan crueles los hechos que merece profundizar en el origen.

Asimismo, vale la pena realizar investigaciones conscientes para que se castigue a los verdaderos responsables, principalmente en los delitos cometidos en donde se ven involucradas personas jurídicas.

El Código Penal guatemalteco, en el artículo 36 define como autores a: "Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito; quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo; quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer; quienes, habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación".

La norma penal guatemalteca amplía más lo relacionado con la autoría, pues además de la participación del sujeto activo o autor, establece lo que se conoce en la doctrina como coautor, cuando en la comisión del delito participan otros sujetos; de los cuales se considera que, aunque no hayan participado directamente en la ejecución, su aporte o ayuda fue importante para cometerlo.

Tanto la doctrina como la ley coinciden en que los cómplices participan en forma indirecta, colaboran, alientan, animan, prometen su colaboración antes o después de la ejecución o participan como enlaces o intermediarios. Es decir, si bien su participación no es directa, tienen injerencia en la comisión del ilícito penal.



Es por ello por lo que para el ente investigador en ocasiones es difícil imputación, debido a la forma en que se cometió el ilícito y las diferencias mínimas que existen, siendo complicado también para los jueces al momento de dictar la sentencia, pues unos solicitan que se condene autores y otros como cómplices.

#### **5.4. Derecho comparado en Centroamérica sobre la portación ilegal de arma de fuego**

HONDURAS:

Decreto Numero 130-2017, del Congreso Nacional, Código Penal.

Artículo 580. TENENCIA O PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO. La tenencia de armas de fuego o municiones careciendo de las licencias o permisos necesarios debe ser castigada con las penas siguientes:

- 1) De uno a cuatro años y localización permanente de hasta dos años, si se trata de armas o municiones permitidas, y
- 2) De cuatro a seis años, si se trata de armas o municiones prohibidas.

Con las mismas penas previstas en el numeral 1) se castiga la tenencia de armas artesanales.

Se aumenta la pena de prisión en un tercio a quien porte las anteriores armas de fuego o municiones sin autorización.

NICARAGUA:



LEY NÚMERO 510 LEY ESPECIAL PARA CONTROL Y REGULACIÓN  
ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES  
RELACIONADOS

Artículo: 121 Delito de portación y uso ilegal de arma de fuego o partes de este.

En los casos de las personas naturales que sin tener la licencia respectiva transporte cualquier arma de fuego o partes de esta, municiones, explosivos y sus accesorios, así como los demás materiales relacionados, o porte cualquier arma de fuego sin licencia, incurre en la comisión del delito de tener la respectiva portación y uso ilegal de armas de fuego o partes de esta, municiones explosivos y sus accesorios, así como los demás materiales relacionados, o porte cualquier arma de fuego, será sancionado con una pena principal de uno o tres años de privación de libertad, el comiso del arma o demás objetos incautados y el pago de una multa equivalente a doce salarios mínimos promedio.

Se considera agravante cualquier hecho punible en la que el arma o los demás objetos regulados y controlados por la presente ley hayan sido utilizados en la comisión de cualquier acto delictuoso o tentativa de estos.

COSTA RICA:

1995 LEY DE ARMAS Y EXPLOSIVOS



Artículo 88. Tenencia y portación de armas permitidas.

Se le impondrá pena de uno o tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimiento de bien público o utilidad comunitaria, bajo el control de sus autoridades, a quien tenga en su poder armas permitidas por la presente ley y que no se encuentren inscritas en el Departamento.

Se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso.

A quien porte armas permitidas por la presente ley y, habiendo contado con el respectivo permiso en el periodo anterior, no lo haya renovado dentro de los nueve meses posteriores al vencimiento, se le impondrá de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimiento de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades.

EL SALVADOR:

DECRETO Número 1030. La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Artículo 346-B.- Será sancionado con prisión de tres a cinco años, el que realizare cualquiera de las conductas siguientes:

- a) El que tuviere, portare o condujere un arma de fuego sin licencia para uso o matrícula correspondiente de la autoridad competente;



- b) El que portare un arma de fuego en los lugares prohibidos legalmente, en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias psicotrópicas;
- c) El que entregare o proporcionare un arma de fuego a menores de edad, sin ejercer vigilancia, ni tomar las medidas de seguridad necesarias, o fuera de los lugares y casos permitidos por la ley.

Si el tenedor, portador o conductor reincidiere o tuviere antecedentes penales vigentes, será sancionado con prisión de cinco a ocho años.

GUATEMALA:

DECRETO Número: 15-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Armas y Municiones.

Artículo 123. Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.

Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta Ley como de uso civil, deportivas o de ambas clases.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de ocho a diez años incommutables y decomiso de las armas.

Es importante mencionar y comparar cómo se regula, se sanciona la portación de arma de fuego, sin autorización, ni licencia en algunos Estados de Centro



América, en la mayoría de Estados, excepto Honduras, fue necesario crear una ley especial para normar los delitos relacionados con las armas, municiones y explosivos. La creación de estas leyes o las reformas a las ya establecidas son relativamente recientes, observamos que en la mayoría de países centroamericanos se utilizó una proporcionalidad de la sanción o de la pena. Excepto en Guatemala, la sanción o pena es exagerada por el tipo de delito de mera actividad y de peligro, ya que existen en nuestro ordenamiento jurídico, delitos de resultado que tienen menos pena y que realmente ponen el peligro a la sociedad. Lo que puedo observar en Guatemala, es la falta de estudios técnicos, científicos y una verdadera política criminal, que pueda influir en la realización o reformas de las leyes vigentes. Es cierto, que la excesiva cantidad de reformas aisladas tanto del propio Código Penal como mediante la regulación de tipos penales en leyes especiales ha provocado la desarmonización de las leyes; creación de tipos penales omnicomprendidos, ambiguos o con deficiente calidad descriptiva que violan la legalidad estricta; desproporcionalidad en las penas; incremento en las conductas consideradas como delito; una falta de congruencia entre la parte general del Código y la parte especial, así como descodificación de las normas penales por la proliferación de leyes penales especiales y de normas de contenido del poder punitivo y sobre todo del populismo punitivo.



### 5.5. El tipo penal de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva

Esto se regula en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones que establece que: Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, quien sin licencia de la DIGECAM o sin estar autorizado legalmente porte armas de fuego de las clasificadas en esta Ley como de uso civil, deportivas o de ambas clases.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de ocho (8) a diez (10) años incommutables y comiso de las armas.

Conforme con lo que establece el autor Girón Palles (2017) se puede afirmar que:

Inicialmente, se piensa que ese tipo penal corresponde a los delitos de mera actividad en donde para su comisión no se necesita la producción de un resultado lesivo para su penalización como la muerte o afectación a la integridad física de una persona, sin embargo, al hacer el análisis dogmático corresponde a un delito de peligro abstracto aspecto que se infiere del segundo considerando de la ley antes descrita, el Decreto Número 15-2009 Congreso de la República afirma: "Que la proliferación de armas de fuego en la sociedad guatemalteca pone en riesgo la vida e integridad física de la mayoría de habitantes de la República, debido a la relación existente entre hechos violentos y armas de fuego, lo que hace necesario que se regulen las formas y medios por los cuales una persona puede ejercitar sus



derechos de tenencia y portación de armas de fuego, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

De este considerando se extraen los siguientes elementos:

- a. La existencia de un peligro o riesgo para el bien jurídico derecho a la vida o la integridad física de las personas;
- b. El bien jurídico es colectivo o difuso (la mayoría de los habitantes de la República);
- c. Dispone una relación existente entre hechos violentos y armas de fuego;
- d. La necesidad de regular el uso de armas de fuego.

A partir de estos razonamientos se espera que con la nueva Ley de Armas y Municiones, al aumentar la pena por la conducta prohibida, disminuyen las muertes violentas que ocurren en Guatemala, aunque no se presentan estadísticas. Un hecho notorio es que además de la penalización de la conducta, el aumento de las penas muestra que esta medida político criminal no ha sido efectiva, pues la sanción se incrementó diez veces más inicialmente tenía una pena de seis (6) meses a un año de prisión y actualmente tiene de ocho (8) a diez (10) años de prisión; la pena mínima aumentó dieciséis veces a la que corresponde al mil



seiscientos por ciento y la máxima diez veces que equivale a un mil por ciento (Girón Palles, 2017, pág. 68).

Según esta normativa la persona que porte un arma de fuego civil deportiva con la licencia correspondiente no pondría en peligro el bien jurídico de la vida o de la integridad de algún elemento de la colectividad, por lo que la conducta penaliza la portación de arma de fuego sin licencia respectiva. Aunque no haya peligro concreto para los ciudadanos se castiga la violación de desobediencia a la norma de lo que se infiere que los delitos de peligro abstracto equivalen a los delitos de mera actividad y viceversa.

En consecuencia, de los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad que se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa y el juez no tiene que entrar a valorar si esa peligrosidad pudiera ocasionar el daño (Villamor, 2002, pág. 1).

Quedó claro, entonces, que en la conducta de portar un arma de fuego de uso civil y/o deportivo es un delito de peligro abstracto, porque la misma no produce un resultado lesivo para los bienes jurídicos que tutela peligro para los derechos a la vida e integridad de las personas.



## 5.6. Responsabilidad penal mínima en la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo

En algunas circunstancias, tal como puede suceder en la portación ilegal de armas de fuego de uso civil o deportivo, las personas pueden desconocer la previsión de la norma penal. Se podría plantear un error de previsión directo, aspecto que de proceder exime la culpabilidad, sin embargo, en el caso que el desconocimiento de la norma sea superado invencible, se puede optar por un criterio de oportunidad fundamentando en la responsabilidad penal mínima.

La misma norma no especifica si el arma incautada no está en perfectas condiciones según el peritaje que se realiza, no dispara o cualquier otra situación. Si fuera este el caso, no habrá jamás un resultado de peligro pues esta se encuentra muy alejado de producir el resultado. La idea es que la defensa pueda construir una estrategia basada en aspectos dogmáticos criminológicos y político criminales enfrentamiento de un criterio de oportunidad basado en la responsabilidad mínima.

Para el análisis dogmático hay que tener en consideración los presupuestos procesales del criterio de oportunidad regulados en el artículo 25 del Código Procesal Penal, en el que se afirma que "cuando el Ministerio Público considere que el interés público la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados previo conocimiento la gravedad de la actuación judicial podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes: numeral cuarto (4). que la responsabilidad penal del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima.



Por interés público debe entenderse la utilidad para toda colectividad no un pequeño grupo sector de la sociedad denominado equivocadamente grupo popular, es decir, el grupo de personas que simpatizan con la víctima y de seguridad ciudadana.

En el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo, no están gravemente afectados por el interés público y la seguridad ciudadana, pues para ello es importante realizar el análisis de la responsabilidad penal mínima por ocurrir culpabilidad mínima.

Así, pues, es necesario considerar los elementos de la culpabilidad tales como la capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de la conducta y contrastarlas con la parte negativa de estos, como son la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad tal como lo regula el artículo 23 del Código Penal, así como el desconocimiento de la antijuridicidad y las causas que eximen de responsabilidad penal. Pues si estos existen no se configura la responsabilidad penal, sin embargo, hay casos en que la responsabilidad penal es mínima y no debe tomarse en cuenta la cantidad de la pena que con el tipo penal porque no se trata del supuesto contenido del artículo 25.3 del Código Procesal Penal, sino que hay que explicar la responsabilidad penal mínima. Para ello es importante tomar en consideración el desvalor de la acción o de la conducta.

a. **Argumento dogmático:** En los casos de imputabilidad mínima se estima la enfermedad mental, el desarrollo psíquico incompleto o estado mental transitorio, que no son suficientes para excluir la responsabilidad penal, pero sí para disminuirla tal como los de inferioridad psíquica y estaba el motivo reguladas en



el artículo 26 numerales uno y tercero (3) del Código Penal en el primer caso disminuir la capacidad de comprender o de querer del sujeto y en el numeral segundo obrar por estímulos poderosos que naturalmente hayan producido arrebató en el autor.

Los otros casos de responsabilidad mínima solo ignorancia por la falta de ilustración de la naturaleza del delito en cuanto haya influido su ejecución e inculpabilidad incompleta las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir la responsabilidad en los respectivos casos

Si no existiera alguna circunstancia de las anteriores por desvalor de la acción la estrategia será aumentar el valor del resultado que tiene relación con la antijuridicidad pues la portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas un delito de peligro abstracto, porque no produce un daño lesión a los bienes jurídicos como la vida o la integridad de las personas ni siquiera se pusieron en peligro en caso concreto pues este bien jurídico es difuso colectivo y de remoto peligro.

La conducta que la ley cuestiona es la carencia de licencia para la portación de arma de fuego una desobediencia a la norma se considera a la persona que la transgredió y al ser un delito de peligro abstracto no hay desvalor de resultado pues únicamente hay antijuridicidad formal, pero no antijuridicidad material por ausencia de resultados la lesión a la vida, integridad de las personas o por ausencia de un resultado de peligro concreto por lo que el análisis dogmático se puede inferir que la existencia de la responsabilidad mínima como uno de los supuestos para otorgar criterio de oportunidad regulado en el artículo 25 numeral cuarto del Código Procesal Penal.



- b. **Argumento criminológico:** Consiste en evitar de parte de las agencias de control penal la criminalización del imputado, pues dentro de la prisión hay muchas posibilidades de iniciar una carrera criminal, aspecto que no puede prescindir, así como los daños colaterales que causan al procesado y a su familia la prisión preventiva. Desde luego, en el trámite habrá que presentar oficio extendido por la fiscalía de ejecución del Ministerio Público, donde consta que el procesado o acusado no ha usado con anterioridad del criterio de oportunidad por el mismo bien jurídico, por ejemplo, posesión para el consumo, hurto, etcétera.
- c. **Argumento político criminal:** El sistema acusatorio procesal penal además de contar con procedimientos específicos diferentes al procedimiento común donde la forma de finalizar el proceso es la sentencia, tiene los métodos alternativos de solución de conflictos dentro de los cuales se encuentra el criterio de oportunidad. Este, asimismo, es parte de la política criminal del Estado para finalizar el proceso por medidas desjudicializadoras. Esta aplicación constituye una forma de enfrentar y disminuir el retraso en la tramitación de los procesos denominado mora judicial y llevar a juicio oral para resolver mediante una sentencia los delitos de verdadero impacto social, en el presente caso, la portación de arma ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivo, que es un delito de peligro abstracto en el cual no hay lesión y resultado de peligro para los bienes jurídicos como la vida o la integridad de las personas. En consecuencia, el interés público y la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados.



EJEMPLOS DE CAUSAS PENALES DONDE SE ORTORGAN CRITERIOS DE OPORTUNIDAD POR EL DELITO DE PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL y/o DEPORTIVA

- Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de Delitos de Extorsión, Guatemala. Audiencia etapa intermedia. C-01071-2020-00008, de fecha 12 de enero de 2021.
- Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Malacatán, San Marcos. C-12005-2021-00058, MP 180-2021-836, fecha 27 de abril de 2021.
- Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Malacatán, San Marcos. C-12005-2020-260, MP 180-2020-2881, fecha 5 julio de 2021.
- Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, Malacatán, San Marcos. C-12005-2018-00073, MP 180-2018-213, fecha 12 de julio 2021.



## CONCLUSIONES

1. El Decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones y su Reglamento no ha logrado que los ciudadanos guatemaltecos tengan los medios adecuados y racionales para defenderse y garantizar su vida, su integridad física y los bienes de la persona y de la familia.
2. El Decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones y su Reglamento Ley de Armas y Municiones y su Reglamento no han logrado detener el aumento desproporcionado de la delincuencia, dejando a los ciudadanos en una situación de indefensión.
3. El Decreto 15-2009 Ley de Armas y Municiones y su Reglamento Ley de Armas y Municiones y su Reglamento no han logrado restringir la tenencia y portación de armas de fuego, al contrario, el índice delincencial se ha incrementado.
4. El Ministerio Público puede solicitar al juez contralor de una causa, el criterio de oportunidad, argumentando para ello la participación mínima de una manera objetiva, con base en la conclusión de su investigación, al determinar que la persona sindicada no representa un peligro para la sociedad.

5. Los jueces han otorgado criterios de oportunidad en los delitos ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, cuando el Ministerio lo solicita.





## BIBLIOGRAFÍA

Amuchategui Requena, G. (2009). *Derecho penal*. México: Editora mexicana.

Antonio Guerrero Torres, M. B. (12 de 9 de 2017). *hptt://laberinto.uman.es*.

Obtenido de *hptt://laberinto.uman.es*

Bodenheimer, E. (1986). *Teoría del derecho*. Mexico : Fondo de Cultura Económica.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario de derecho usual*. Argentina: Astrea.

Del Rosario-Rodríguez, M. F. (Junio de 2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Dikaion*, 20(1), 99.

García Laguardia, J. M. (1985). *Política y Constitución*. Guatemala: Procuraduría de los Derechos Humanos.

Girón Palles, J. G. (2017). *Teoría jurídica del delito aplicada al proceso penal*. Guatemala: Maya N'oj.

Mesa, V. N. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (Novena ed.). Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.

Prado, G. (2007). *Teoría del Estado*.

Pozo, J. H. (2000). *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala, parte general*. Guatemala: Organismo Judicial. Recuperado el 4 de octubre de 2017.



Porrúa Pérez, F. (2005). *Teoría del Estado*.

Reyes García, M. A. (2014). *Análisis constitucional de los deberes del Estado*.

humanos, C. d. (2016).

<http://www.cintras.org/textos/congresodh/elderechoalaintegridadjmg.pdf> .

SANTIAGO, A. (. (VII). El concepto de bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución. *Revista Colección, Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina*, 239.

Sierra Rojas, A. (2012). *Teoría del Estado*.

Villamor, F. (2002). *Delitos de peligro abstracto*. España: Portal Iberoamericano de Ciencias Penales.