

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

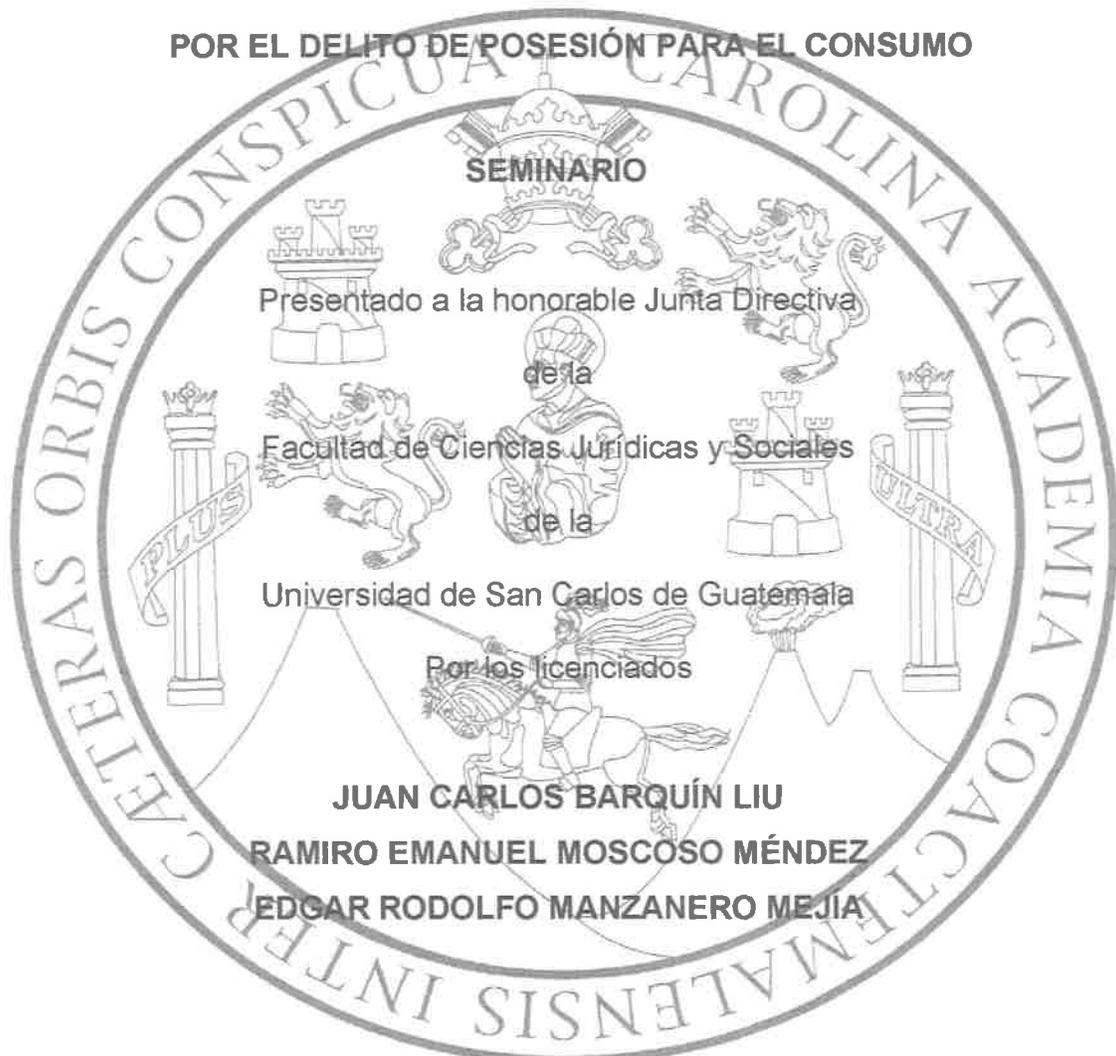


**LIC. JUAN CARLOS BARQUÍN LIU
LIC. RAMIRO EMANUEL MOSCOSO MÉNDEZ
LIC. EDGAR RODOLFO MANZANERO MEJÍA**

GUATEMALA, MAYO DE 2024

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

**LA APLICACIÓN DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN EL PROCESO PENAL
POR EL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**



SEMINARIO
Presentado a la honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por los licenciados

**JUAN CARLOS BARQUÍN LIU
RAMIRO EMANUEL MOSCOSO MÉNDEZ
EDGAR RODOLFO MANZANERO MEJIA**

Previo a conferírseles el Grado Académico de

**MAESTROS EN DERECHO PROCESAL PENAL
(Magister Artium)**

Guatemala, mayo de 2024



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

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

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Vacante

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Presidente

Dr. Erick Noe Lopez Garcia
Vocal

MSc. Edgar Manfredo Roca Canet
Secretario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 23 de mayo de 2024

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa a mi persona en carta con fecha diez de mayo de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical para un informe final de seminario; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que los licenciados: **LIC. JUAN CARLOS BARQUÍN LIU; LIC. RAMIRO EMANUEL MOSCOSO MÉNDEZ; y LIC. EDGAR RODOLFO MANZANERO MEJÍA**, de la **Maestría en Derecho Procesal Penal**, han realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de seminario, cuyo título final es: **LA APLICACIÓN DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN EL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea para el conocimiento.

Dicho trabajo de investigación presenta las partes requeridas, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrado. De esta forma, los ponentes han referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología –APA- en su séptima edición, las fuentes referenciales, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que los estudiantes y su parte mentora y asesora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron las referencias, el índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión; asimismo, los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Col. 6144

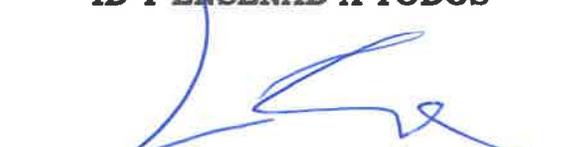


D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 20 de junio del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el Licenciado Juan Carlos Barquín Liu, Licenciado Ramiro Emanuel Moscoso Méndez y el Licenciado Edgar Rodolfo Manzanero Mejía, aprobó el examen privado de seminario en la **Maestría en Derecho Procesal Penal** lo cual consta en el acta número 43-2024, 44-2024 Y 45-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de seminario titulada **“LA APLICACIÓN DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN EL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO.** Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 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



DEDICATORIA
(LIC. JUAN CARLOS BARQUÍN LIU)

- A DIOS:** Le doy gracias por darme la oportunidad de haber culminado este proceso de estudio de la Maestría en Derecho Procesal Penal, y por darme la vida y poder cumplir mis propósitos y bendecirme.
- A MIS PADRES:** Juan Carlos Barquín Aldecoa y Liliana Astrid Liu Espinoza, por haberme dado la vida, inculcándome valores y principios, porque sin ellos, hoy no estuviera donde estoy. Muchas gracias a mis padres.
- A MI HERMANA:** Con cariño, y que sirva de motivación para alcanzar más metas.
- A MI SOBRINO:** Con especial cariño, esperando que este logro le sirva de motivación para seguir adelante y cumplir sus propias metas.
- A MIS PRIMOS:** Con especial cariño.
- A MIS AMIGOS:** Por su apoyo incondicional.
- A:** La Gloriosa y Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el alma mater de nuestra enseñanza hacia la vida profesional, por darme la oportunidad y privilegio de ser un estudiante Sancarlita y permitirme representarla.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme y darme los conocimientos necesarios para ser un profesional honesto, en favor de la justicia, para ponerla al servicio de mi país.

DEDICATORIA
(LIC. RAMIRO EMANUEL MOSCOSO MÉNDEZ)

- A DIOS:** Le doy gracias por darme la oportunidad de haber culminado este proceso de estudio de la Maestría en Derecho Procesal Penal, por darme la vida, por poder cumplir mis propósitos y por sus bendiciones.
- A MIS PADRES:** Ramiro Antonio Moscoso Villeda y Beicy Esperanza Méndez Hoil. Muchas gracias por darme la vida, inculcándome valores y principios, porque sin ellos no estuviera donde hoy estoy.
- A MI ESPOSA Y MI HIJO:** Mercy Guadalupe Méndez Chan, con especial cariño y agradecimiento por estar a mi lado. A mi hijo Matías Alexander Moscoso Méndez, que sirva de motivación y ejemplo para cumplir sus propias metas.
- A MI HERMANO:** Jesús Antonio Moscoso Méndez, con cariño, esperando que este logro le sirva de motivación para seguir adelante y alcanzar más metas.
- A MIS AMIGOS:** Por su apoyo incondicional.
- A:** La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el alma mater de nuestra enseñanza hacia la vida profesional, por darme la oportunidad y privilegio de ser un estudiante Sancarlista y permitirme representarla.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme y darme los conocimientos necesarios para ser un profesional honesto, en favor de la justicia, para ponerla al servicio de mi país.

DEDICATORIA
(LIC. EDGAR RODOLFO MANZANERO MEJÍA)

- A DIOS:** Por la sabiduría y guiarme siempre.
- A MIS PADRES:** Manuel Antonio Manzanero Cano y Haydee Maritza Mejía Padilla, por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Gabriela Ixmucané, Manuel Antonio y Luis Fernando, los quiero mucho. Siéntanse orgullosos de su hermano, como lo estoy yo de ustedes.
- A MIS ABUELOS:** Por los principios y valores inculcados en la familia, basado en el amor y respeto.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi alma mater, por abrirme las puertas del conocimiento.

ÍNDICE



Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

Lic. Juan Carlos Barquín Liu

1. La posesión para el consumo en la Ley contra la Narcoactividad	1
1.1. El narcotráfico	1
1.2. Marco legal de los delitos relacionados al narcotráfico en Guatemala	3
1.2.1. Decreto 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad	3
1.2.2.1. Delitos regulados en la Ley contra la Narcoactividad	6
1.2.2.2. Sanciones a los delitos regulados en la Ley contra la Narcoactividad	6
1.3. El delito de posesión para el consumo en Guatemala	10
1.4. La fiscalía de Delitos de Narcoactividad	13
1.5. La posesión para el consumo en el derecho comparado	14
1.5.1. En Colombia	15
1.5.2. En México	16
1.5.3. En El Salvador	17
1.5.4. En Honduras	18
1.5.5. En Costa Rica	19
1.6. Diferencia entre posesión para el consumo y otros delitos de narcoactividad	20

CAPÍTULO II

Lic. Ramiro Emanuel Moscoso Méndez

2. Parámetros para diferenciar entre los delitos de posesión de drogas para el consumo y el de promoción y estimulación a la drogadicción	23
2.1. Posesión para el consumo	23
2.2. Clasificación del delito según la intención del sujeto activo	25



2.2.1. Delito doloso	26
2.2.2. Delito culposo	27
2.2.3. Delito preterintencional	28
2.3. Características de la norma jurídica	28
2.4. El delito como acción	29
2.4.1. Acción típica del delito de posesión de droga para el consumo, promoción y estímulo a la drogadicción	31
2.4.2. Acción antijurídica del delito de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción	32
2.4.3. Acción culpable de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción	33
2.4.4. Acción punible de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción	35
2.5. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal	35
2.6. La prueba en los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción	40
2.7. Parámetros	41
2.7.1. Medidas de peso	44
2.7.2. Medidas de longitud	45
2.7.3. Medidas de capacidad	46
2.8. Propuesta de implementación de medidas	47
2.8.1. Cálculo de consumo diario por persona	47
2.8.2. Propuesta de cantidad en gramos	47
2.8.3. Propuesta de cantidad den centímetros cúbicos	48
2.8.4. Propuesta de cantidades precisas que ayuden a diferenciar los delitos posesión para el consumo y el de promoción y estímulo	48
CAPÍTULO III	
Lic. Edgar Rodolfo Manzanero Mejía	
3. El derecho penal	49



3.1. Evolución histórica	49
3.2. El delito	51
3.3. El delito en el derecho comparado	53
3.4. Fines	56
3.5. La pena	59
3.6. Legalización y descriminalización	62
3.7. La despenalización	63
3.8. Los sustitutivos penales	67
3.8.1. Definición	67
3.8.2. Clasificación de sustitutivos penales	68
3.8.3. Legal de clasificación, sustitutivos penales	69
3.9. El delito de posesión para el consumo	73
3.10. Los sustitutivos penales y las medidas de coerción en el proceso penal en la comisión del delito de posesión para el consumo	78
CONCLUSIÓN	81
BIBLIOGRAFÍA	85



INTRODUCCIÓN

Como reflexión inicial en el exordio de este estudio es válido afirmar que, con el auge de la venta de drogas ilícitas, nacieron los carteles colombianos y mexicanos, los cuales dominan la producción y transporte de drogas hacia los Estados Unidos y Europa, por ende, demanda cada vez más drogas. Derivado de esta situación, países como Guatemala han quedado al margen del desarrollo y, dentro de los mapas que dibujan los carteles de la droga, para sentar bases y puestos de control para el narcotráfico a gran escala, dejando al país sumido en la violencia y drogadicción, pues la venta al menudeo es un negocio que desde 1980, ha ido en auge y no ha parado de crecer, pese a las intensas luchas para detener este flagelo.

Es por esta lucha, que se ha creado la Ley contra la Narcoactividad y en ella, se ha penalizado el consumo de cualquier droga o estupefaciente que no sea medicado por un profesional de la salud, ya que se considera que las drogas son el precursor de actividades delictivas como el robo, hurto, violaciones, homicidios y otros delitos, que se cometen bajo efectos de las drogas, las cuales causan alteraciones del sistema nervioso central de los consumidores.

Algo preocupante desde la creación de la Ley contra la Narcoactividad, es el hecho de que, como resultado de la falta de aplicación oficiosa de estos sustitutivos penales, se ha dado un aumento en el alto número de personas que van a la cárcel por penas de menos de tres años, a las cuales se les podía aplicar un sustitutivo penal, pues la prisión no ayudará a mejorar la conducta de una persona que ha cometido un delito



menos grave, sino, que le causará problemas pues en las cárceles de Guatemala, reina la anarquía y violencia, y no se cumple con los principios de reinserción social del reo.

La drogadicción es un fenómeno mundial que afecta a todas las personas. Al decir fenómeno, se hace referencia a que es un problema que ha surgido como propuesta a los múltiples problemas que enfrenta la humanidad entera. Por un lado, una sociedad que trata de llenar sus carencias afectivas con sustancias psicotrópicas, como una salida a sus problemas, aunque esta salida sea destruirse a sí mismo.

En este contexto, y para adecuarse a los nuevos tiempos, Guatemala actualizó sus leyes en esta materia, excluyendo del Código Penal lo relacionado con el narcotráfico, creando una ley especial de esta materia. El tema que aquí se plantea, se divide a su vez otros subtemas, relacionados con los delitos de posesión para el consumo y de estímulo y promoción, que buscan explicar de forma llana y sin tanto preámbulo la problemática existente, en cuanto en el establecimiento de lo que debe entenderse por uno u otro delito.

Esto es con la finalidad de sentar un precedente en esta materia y que sirva a estudiantes del derecho, y a cualquier persona que pueda tener interés en este tema para ahondar; asimismo, en un mediano plazo, plantear la modificación de la Ley contra la Narcoactividad, a fin de clarificar con datos expresos y medibles las cantidades que deben ser consideradas, para enmarcar un acto en uno u otro delito de esta misma naturaleza; así, facilitar las labores de investigación e imputación de cargos tanto a jueces como a fiscales, para que se favorezca de este modo a la sociedad y, principalmente al individuo que, en muchos casos, no es un delincuente, sino, un



consumidor patológico buscando un poco de paz en el triste refugio de la marihuana u otro estimulante o estupefaciente.

El presente análisis jurídico se realizó derivado de la importancia de la aplicación de sustitutivos penales y, aplicación de ciertas medidas de coerción, como alternativa a la aplicación de prisión provisional o penas de prisión, por el delito de posesión para el consumo.

Considerando que el bien jurídico tutelado por la Ley contra la Narcoactividad por el delito de posesión para el consumo, es la salud del consumidor y poseionario de estupefacientes prohibidos por el ordenamiento jurídico, el derecho a la salud es fundamental y debe ser garantizado por el Estado; por lo que la política criminal, para combatir el consumo y posesión de drogas, debe avanzar en el sentido de rehabilitar, resocializar, educar y prevenir este tipo de conductas en los niños y jóvenes.

Existe una demonización de los delitos establecidos en la Ley contra la Narcoactividad, lo que crea una criminalización y abuso por delitos de bajo impacto, como la posesión para el consumo de drogas, lo que genera violación a derechos fundamentales y procesales, estableciendo sanciones de privación de libertad por delitos veniales.

Los delitos regulados en la Ley Especial contra la Narcoactividad no gozan de ciertos beneficios penales, por lo que surge el interés de profundizar en esta situación, específicamente el delito de posesión para el consumo, que es de los más comunes y sancionados, en los cuales muchas veces, en las detenciones suele darse un abuso de autoridad policial y posterior judicialización, pudiendo en el peor de los casos, quedar ligado a un proceso penal, bajo prisión provisional y posterior pena de prisión.



La posesión para el consumo es un delito que debe ser beneficiado con sustitutivos penales y medidas de coerción, que permitan la libertad de los consumidores, con sanciones que busquen un cambio en el autor, dándole la oportunidad de servir a la sociedad con penas en las que se le obligue a prestar trabajo comunitario.

En el futuro deberá discutirse los pro y contras de la legalización, descriminalización y despenalización de la posesión para el consumo, y de esta forma la producción, específicamente de marihuana, pueda ser realizada por agricultores y poder mejorar la economía del país, considerando que actualmente la producción de esta planta en muchos países es una gran industria, pues se tiene como referente a Estados Unidos de Norte América.

En síntesis, la sociedad, el Estado y el orden jurídico procesal penal, requieren de la aplicación de sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad, los sustitutivos penales, para que los jueces tengan la facultad de elegir la sanción de acuerdo al tipo penal, a las circunstancias de la infracción y a las condiciones del justiciable. Dichas alternativas deben orientarse a conseguir mejores condiciones para la rehabilitación y reinserción social y, sin duda alguna, una de las sanciones alternas es la del trabajo en beneficio de la comunidad en caso del delito de posesión para el consumo.



CAPÍTULO I

Lic. Juan Carlos Barquín Liu

1. La posesión para el consumo en la Ley contra la Narcoactividad

1.1. El narcotráfico

El narcotráfico hace referencia a todo el comercio ilegal de diferentes tipos de drogas como cannabis, cocaína, heroína y metanfetamina, entre otras. Hay que tener en cuenta que el narcotráfico es un proceso que comienza con la siembra, cultivo y procesamiento de la droga, continúa con su distribución y, finalmente, se da el consumo de la misma. Además, otra etapa crucial en el proceso es la colocación y blanqueo del dinero que se perciben producto de la venta de las drogas.

El narcotráfico es un fenómeno global, un producto y una economía que genera inmensas ganancias, es uno de los negocios más rentables que se conocen en la actualidad. Los narcotraficantes, y con ellos su cultura de violencia y excesos, son solo uno de los eslabones más visibles de este negocio. Otros eslabones son menos visibles, pero igualmente importantes y receptores de la alta rentabilidad que produce el narcotráfico. Por ejemplo, el sistema financiero en todos sus niveles, nacional, regional e internacional; la política, desde familias de presidentes hasta caudillos locales aferrados a municipalidades minúsculas ubicadas en territorios clave para el negocio; y finalmente, la diversa actividad económica de empresarios, que va desde comerciantes municipales hasta grandes consorcios globales. (Argueta, 2018. p. 35)



Se debe entender por tráfico de drogas a la tenencia, distribución y todo acto relacionado a la movilidad ilícita de droga, la cual es transportada por diversas vías, como: marítima, terrestre y área. Tiene como finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito (entendiéndose como ilícito todo consumo ajeno). En algunas legislaciones se considera delito solamente el tráfico, pero no la tenencia de drogas en cantidades reducidas a las necesidades personales del consumidor, mientras que otras tipifican como conductas delictivas tanto el tráfico como la tenencia. Para una mejor definición, se presentan tres modalidades de mayor utilización por las estructuras vinculadas con el narcotráfico.

La posición geoestratégica sitúa a la república de Guatemala como el país de Centroamérica que sirve de puente atractivo para el mercado regional y trasiego, sin límites de todo tipo de drogas, razón por la que de esta situación se derivan problemas de inseguridad ante la ausencia de políticas que contrarresten la problemática, con la porosidad de las fronteras terrestres, pasos peatonales y vehiculares, por mencionar uno de los puntos de partida que le abren la puerta a diferentes grupo de narcotraficantes que se por largas décadas se han desplazado en la región, con el único fin de ejercer control de las rutas para el trasiego de drogas, ejerciendo presión y control sobre la población. (Salamanca, 2012, p. 115)

Los carteles de droga que más han influido en la región son los del Golfo y el Pacífico (conocido en otros años como el cártel de Sinaloa); a partir del año 2008 se registra la incursión de "Los Zetas", que se posicionaron y tomaron el control de ciertos puntos, desplazando algunas estructuras locales.



1.2. Marco legal de los delitos relacionados al narcotráfico en Guatemala

1.2.1. Decreto 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad

Es importante tener en cuenta que, en Guatemala, hasta principios de los años noventa, no se contaba con una ley específica que regulara los delitos derivados del narcotráfico, y por ello se vivía en una situación muy delicada donde las acciones de los grupos criminales y carteles de la droga, habían tomado el país como su cuartel principal, al ser un puente entre los productores sudamericanos y los consumidores norteamericanos. Y es en el ir y venir de droga y dinero que la población guatemalteca se fue sumergiendo en el consumo de las drogas y se metieron en el negocio ilegal, al tener muchas salidas legales si eran detenidos, siendo esta impunidad lo que disparó los índices de drogadicción y crímenes relacionados con drogas.

En Guatemala, la lucha contra el narcotráfico, el crimen organizado la corrupción y el terrorismo se ha evidenciado principalmente en la firma de convenios de cooperación, que establecen esfuerzos conjuntos para el combate al narcotráfico y la promoción comercial con otros países del istmo.

El Gobierno de Estados Unidos de América, por su parte, ha certificado a Guatemala como uno de los países que cooperan en la lucha contra el narcotráfico, lo que significa que mantiene una cooperación financiera para el combate a las drogas, además de iniciar una Estrategia Nacional de Control de Drogas, que incluye la supervisión directa y la operación militar conjunta que ejecutan Guatemala y los Estados Unidos en territorio nacional guatemalteco nombrada *Plan Maya Jaguar*.



El Estado de Guatemala, en uso de sus facultades soberanas, ha contraído compromisos internacionales que lo obligan a cooperar y actuar en la lucha contra la narcoactividad y a legislar internamente en consecuencia; el resultado del cumplimiento de esos deberes es la Ley contra la Narcoactividad, que recoge el espíritu de las convenciones internacionales, estando en consonancia con las necesidades de luchar por las vías establecidas contra estos tipos delictivos. Actualmente, en Guatemala ha aumentado el tráfico ilícito de drogas a nivel nacional y, como consecuencia de ello, también ha aumentado el consumo de drogas.

Hay incapacidad para controlar el tráfico de drogas en el territorio nacional, pues la policía y la fiscalía de narcoactividad del Ministerio Público no cuentan con el equipo y tecnología adecuados para poder combatir el narcotráfico, además, la corrupción del sistema hace difícil detener estas acciones ilícitas.

El país, por su situación geográfica es vulnerable y es un fácil puente, en virtud que se tienen salidas por el océano Atlántico y el Pacífico, y por lo extenso, y montañoso que es el territorio, las autoridades no pueden cubrir áreas que son aprovechadas por los narcotraficantes que provienen de América del sur para introducir la droga (Sección de Asuntos Narcóticos (NAS), s. f.).

Fue por ello, que se aprobó el Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, con fecha 23 de septiembre de 1992, el cual contiene la Ley contra la Narcoactividad, con la que se pretende enfrentar de manera general y profunda el delito de narcotráfico que tanto daño causa en la sociedad guatemalteca. Esta ley



contiene tres considerandos que son de importancia resaltar, toda vez que en ellos se plasman los antecedentes y motivos que llevaron a la creación de la ley.

En el primero se hace relación al deber estatal contemplado en la Constitución Política de la República de Guatemala de garantizar la vida, la integridad y el desarrollo de la persona humana; considera la salud de los habitantes como un bien público y declara de interés social las acciones contra la drogadicción.

En el segundo de los considerandos se hace mención que el Estado de Guatemala ha aceptado, suscrito y ratificado diversos tratados internacionales que lo comprometen a luchar contra el narcotráfico y toda aquella actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes, psicotrópicos y drogas.

Se menciona que Guatemala ha sido víctima de la acción delictiva del narcotráfico en general, sin que hasta esa fecha existiera una legislación adecuada que enfrente de manera general y profunda este problema que causa daño no solo a los ciudadanos sino al propio régimen de derecho y la institucionalidad del país.

Con relación al contenido de la Ley contra la Narcoactividad, la misma se encuentra regulada en 80 Artículos, divididos en XII capítulos; en el primer capítulo se establece la protección a la salud, declarando de interés público la adopción de medidas necesarias para combatir el narcotráfico; se define algunos términos e instituciones contempladas en la ley; en el capítulo II se regula lo relativo a la participación de personas individuales y jurídicas en el delito; en el capítulo III se señalan la clasificación de penas principales y accesorias



aplicadas según el delito cometido; la conversión de la multa, la conmutación de las penas privativas de libertad, la suspensión condicional de la pena y su revocación, el comiso que se encuentra regulado en el Artículo 18, el cual sufrió una reforma en su último párrafo, según Decreto número 62-98 del Congreso de la República de Guatemala; y por último hace mención de un tema realmente importante, siendo este la destrucción judicial de drogas, contenido en el Artículo 19 de la ley, que fue reformado por el Artículo 2 del Decreto número 32-99 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se establece el procedimiento y el plazo señalado para la destrucción de las drogas incautadas o decomisadas. (Folgar, 2007, pp. 24 y 25)

1.2.1.1. Delitos regulados en la Ley contra la Narcoactividad

Como ya se hizo mención anteriormente, la Ley contra la Narcoactividad, se creó en 1992, para servir como un instrumento de lucha contra las drogas y sus expendedores, no contra los consumidores, y es por ello que, al delito de posesión para el consumo se le han dado las penas más bajas respecto de los demás delitos tipificados en la referida ley, a los cuales se les han otorgado penas mucho más drásticas.

1.2.1.2. Sanciones a los delitos regulados en la Ley contra la Narcoactividad

- a) Tránsito internacional: el autor de este delito será sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de cincuenta mil quetzales a un millón de quetzales.
- b) Siembra y cultivo: el autor de este delito será sancionado con prisión de cinco a veinte años de prisión y multa de Q.10,000.00 a Q.100,000.00.



- c) Fabricación o transformación: el autor de este delito será sancionado con prisión de ocho a veinte años, y multa de Q.50,000.00 a Q.1,000,000.00.
- d) Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito: el autor de este delito será sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de Q. 50,000,00 a Q. 1,000.000.00, igual pena se aplicará a quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas utilizadas para el tráfico ilícito.
- e) Posesión para el consumo: el autor de este delito será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q200.00 a Q 10,000.00.
- f) Promoción y fomento: el autor de este delito será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de Q 10,000.00 a Q.100, 000.00.
- g) Facilitación de medios: el autor de este delito será sancionado con prisión de cinco a diez años y multa de Q.10,000.00 a Q100,000.00.
- h) Alteración: el autor de este delito será sancionado con pena de cuatro meses a dos años y multa de Q 200.00 a Q 10,000.00. Igual pena se aplicará a quien, sin fines terapéuticos o prescripción médica a otra persona, con el consentimiento de esta, aplique cualquier tipo de drogas. Si a quien se administrare no prestare su consentimiento o fuere menor de dieciocho años, la pena será de tres a seis años de prisión y multa de Q 5,000.00 a Q 100,000.00.
- i) Expendio ilícito: el autor de este delito será sancionado con prisión de tres a cinco años de prisión y multa de Q 2,000.00 a Q10,000.00.



- j) Receta o suministro: el autor de este delito será sancionado con prisión de tres a cinco años de prisión, multa de Q 200.00 a Q10,000.00 e inhabilitación para ejercer su profesión, pena accesoria esta última, la cual no podrá exceder el tiempo que dure la pena privativa de libertad.

- k) Transacciones e inversiones ilícitas: el autor de este delito será sancionado con prisión de seis a veinte años y multa de Q50,000.00 a Q 5,000,000.00. Con la misma pena será sancionado: a) La interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado del establecimiento que autorizare, permitiere o realizare dichas transacciones, conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto. b) Quien participe en actos o contratos reales o simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores tendientes a ocultar, encubrir, simular o diluir los recursos financieros obtenidos como resultado de las actividades ilícitas a que se refiere esta ley. c) El que sin ser de las personas mencionadas en el inciso anterior y conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto, autorizare, permitiere o realizare las transacciones a que se refiere este Artículo, aprovechándose de su función, empleo o cargo, será sancionado con prisión de cinco a diez años y de Q.10,000.00 a Q.1,000,000.00 de multa. No incurrirán en esta figura delictiva las personas jurídicas o individuales que reportaran al Ministerio Público, las transacciones mayores a cincuenta mil quetzales que realizaren. Dichos reportes solo podrán utilizarse para los efectos de esta ley.

- l) Asociaciones delictivas: los autores de este delito serán sancionados, por ese solo hecho, con pena de prisión de seis a diez años y multa de Q 1,500.00 a Q



3,000.00. Quien promueva, dirija, financie, o en cualquier forma realice una conducta sin la cual no podría realizarse la organización ni las actividades de estas bandas o asociaciones, será sancionado con pena de prisión de diez a veinte años y multa de Q 3,000.00 a Q 6,000.00. Lo anterior sin perjuicio de los demás delitos en que hayan incurrido.

- m) Procuración de impunidad o evasión: el autor de este delito será sancionado con prisión de seis a quince años e inhabilitación definitiva para el ejercicio de funciones públicas, y multa de Q 50,000.00 a Q 1,300,000.00. Si los hechos mencionados se cometieron en forma culposa por el funcionario o empleado público la pena será de dos a seis años con definitiva inhabilitación de funciones.
- n) Promoción o estímulo a la drogadicción: el autor de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años y multa de Q 5,000.00 a Q.100,000.00.
- o) Encubrimiento real: el autor de este delito será sancionado con prisión de tres a cinco años y multa de Q 1,000.00 a Q100,000.00
- p) Encubrimiento personal: el autor de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años, más multa de Q 1,000.00 a Q.100,000.00. Para los efectos de la aplicación de este Artículo y el anterior será indiferente que el hecho delictivo se hubiere cometido en territorio nacional o extranjero.

Como se pudo observar en la legislación nacional, respecto de los delitos relacionados al narcotráfico y conexos, el delito de posesión para el consumo tiene la pena más baja, en comparación con los demás, y esto se justifica en que la lucha es, como ya se



indicó, contra los proveedores de las drogas y no contra los consumidores, terminan siendo víctimas de las adicciones que les quitan todo.

1.3. El delito de posesión para el consumo en Guatemala

Es un delito que se encuentra regulado en la Ley contra la Narcoactividad Decreto Número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, norma jurídica que tipifica el delito de posesión para el consumo de drogas, esta conducta será cometida por toda persona que, al momento de ser aprehendida o detenida por un agente de la Policía Nacional Civil, se encuentre en posesión de drogas para su consumo propio. La pena por imponer para este tipo penal será de prisión y multa, en cuanto a la prisión la pena es de cuatro meses a dos años y la multa oscila entre doscientos y diez mil quetzales.

Para la configuración del delito de posesión para el consumo, el elemento material del mismo está constituido por la efectiva posesión de alguna droga, sin tener para ello la prescripción facultativa correspondiente. El elemento subjetivo trascendental de este delito está conformado por la intención o animus del sujeto activo de poseer, de tener para su consumo inmediato, una cantidad razonable de droga.

Para la normativa contenida en el Artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad, no importa que la intención del sujeto activo sea el consumo propio o sea la introducción al organismo por cualquier vía, anal, sublingual, nasal, de cualquier droga para sentir los efectos inmediatos de la misma, sino que, a la norma mencionada lo único que le importa es el ánimo o intención de tenerla o poseerla por parte del sujeto activo sin que se llegue a su consumo.



Surge la interrogante de cómo podrá demostrarse que la droga incautada es para consumo propio, para ello el Artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad Decreto Número 48-92 establece: “(...) cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que, de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal”, es decir, la Ley no establece con claridad la cantidad de droga que la persona debe portar para que sea aprehendida por dicha figura delictiva, ya que únicamente dice la cantidad razonable para el consumo, lo cual queda a discreción de los agentes de la Policía Nacional Civil que realizan la detención.

En la nota periodística realizada por Reynolds (2012), se menciona la entrevista realizada al jefe de la Fiscalía Distrital Metropolitana del Ministerio Público, que es la fiscalía que conoce los delitos de posesión para el consumo, ya que, en la Fiscalía de Delitos contra la Narcoactividad, conoce únicamente aquellos delitos con penas más altas relacionadas al narcotráfico, para ello se menciona:

Como el delito está tipificado como posesión de droga para el consumo, las cifras no especifican la clase de droga que portaba el detenido. Luis Arturo Archila, jefe de la Fiscalía Distrital Metropolitana asegura que en el 85 por ciento de los casos la persona detenida portaba marihuana y en el 15 por ciento restante, crack o cocaína. (s. p.)

De la entrevista realizada por el medio de comunicación, puede evidenciarse que al momento de realizar detenciones por posesión para el consumo de droga, no solo no se especifica la cantidad de la misma, sino tampoco la clase de drogas que la persona



debe portar para que proceda su detención. Por lo anterior, las cifras de detenciones de personas por esos delitos son altas, trayendo consecuencias no solo para la persona que es detenida, quien debe de pagar una multa o bien verse privado por su libertad, sino también se ve afectado seriamente el Organismo Judicial, el Ministerio Público y el Sistema Penitenciario, por los altos casos de detención.

Anteriormente, el delito era regulado en el Código Penal (1973) como posesión de droga, el cual era considerado como una falta a las buenas costumbres, pero para cometer dicho acto delictivo era necesario que el sindicado se encontrara en un estado de alteración en la vía pública; por lo que en la actualidad dicha acción pasó de ser una falta a ser un delito, sancionado con prisión y multa.

En la entrevista realizada al fiscal de la Fiscalía Metropolitana del Ministerio Público, por la periodista Reynolds (2012), este expresa:

Luis Arturo Archila, jefe de la Fiscalía Distrital Metropolitana, admite que la ley es ambigua, lo cual genera problemas a la hora de tipificar un delito y hace que, a la hora de comparecer ante un juzgado o tribunal, la suerte que pueda correr el sindicado dependa en gran medida, de la interpretación del juez. “Podríamos estar hablando de posesión para el consumo si la persona lleva uno o dos *grillos* (cigarros) de marihuana o uno o dos sobres o colmillos de cocaína,” afirma Archila. (s. p.)

Por lo que con el simple hecho de portar cualquier clase de droga y la persona es aprehendida por agentes de la Policía Nacional Civil, será puesto a disposiciones de



los Órganos Jurisdiccionales por el delito de consumo de droga, pudiendo ser sancionadas las personas con una pena de prisión y una multa.

1.4. La fiscalía de Delitos de Narcoactividad

Es una fiscalía especializada en la persecución de delitos relacionados al narcotráfico y los delitos conexos, la cual tiene como principio elemental la lucha contra los delitos de narcotráfico y delitos conexos, pero en el ejercicio de la acción penal, está limitada por los siguientes principios, los cuales son elementales para su correcto funcionamiento:

- a) **Autonomía:** esta fiscalía deberá actuar con independencia, por iniciativa propia y en cumplimiento de las funciones legales, sin subordinación a otra autoridad u organismo del Estado.
- b) **Unidad y jerarquía:** el Ministerio Público como institución es única e indivisible para todo el Estado, se organiza jerárquicamente y en la actuación de cada uno de sus funcionarios está representada íntegramente y esto deberá respetarse siempre.
- c) **Tratamiento como inocente:** en materia de información pública del proceso penal, no vulnerar el principio de inocencia, el derecho de intimidad y la dignidad de las personas.
- d) **Respeto a la víctima:** ejecutar las funciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien debe proporcionársele asistencia, consideración y respeto (Ley orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo No. 40-94).



El trabajo de esta fiscalía se ve reflejado en sus grandes cifras de incautaciones, por ejemplo, en el año 2022, la Fiscalía de Delitos de Narcoactividad, a través del Centro Interinstitucional contra la Narcoactividad en Guatemala (CICNAG), con el objeto de afectar a las organizaciones criminales dedicadas a la siembra, cultivo y distribución de ilícitos, en coordinación con otras instituciones de Gobierno realizó erradicaciones de forma periódica y estratégica en varios departamentos del país.

Según datos que se obtuvieron del Ministerio Público, en el año 2022 se erradicaron los siguientes cultivos:

- a) 5,255,198 matas de marihuana.
- b) 9,866,484 matas de amapola.
- c) 3,181,980 matas de arbustos de hoja de coca.

Un total de 283.01 hectáreas erradicadas en total, que asciende a un valor estimado de USD 285,791,799.49.

Siendo los departamentos con mayor cantidad de procedimientos fueron Totonicapán con 54 y Petén con 47.

Estas cifras demuestran que el trabajo surte efectos positivos en la reducción del narcotráfico. (Ministerio Público, 2022)

1.5. La posesión para el consumo en el derecho comparado

Es importante saber qué es el derecho comparado, así, el derecho comparado es entendido como un método que se puede utilizar en cualquier área o ámbito del



derecho, pero es preciso que se hagan estudios concretos y delimitados de leyes, instituciones y antecedentes jurídicos, los cuales permitan elaborar un correcto análisis de dos o más normas jurídicas.

1.5.1. En Colombia

La posesión de drogas únicamente se considera un delito en Colombia cuando la conducta investigada se adecua al tipo penal de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes que establece el Artículo 376 del Código Penal (Ley 599 de 2000). En ese sentido, la posesión de drogas o estupefacientes destinadas al consumo personal no tiene prevista una sanción penal por las autoridades colombianas. De esta manera, siempre existe una duda generalizada acerca de cuál es el límite entre el consumo personal y la comisión del delito.

De acuerdo con lo anterior, el criterio fundamental para desarrollar una defensa por tenencia de drogas corresponde al análisis del caso particular que debe hacer el defensor respecto a las características de la dosis para uso personal que consagra el literal J del Artículo 2 de la Ley 30 de 1986. Así, las cantidades máximas permitidas por el Estado colombiano para el consumo propio son:

- a) 20 gramos para la marihuana.
- b) 5 gramos para la marihuana hachís.
- c) 1 gramo para la cocaína u otras sustancias que tengan base de cocaína.
- d) 2 gramos para la metacualona.



Adicionalmente, esta disposición aclara que cuando la finalidad sea la comercialización del estupefaciente, no se podrá considerar la posesión de la droga para consumo personal, independientemente de la cantidad que le sea hallada a la persona. En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en su jurisprudencia que la dosis de uso personal es un comportamiento atípico frente al delito de Tráfico de Estupefacientes (Artículo 376, Código Penal).

1.5.2. En México

El delito de posesión simple, como se le conoce actualmente, surge de la Ley de Narcomenudeo, una reforma que entró en vigor el 21 de agosto de 2009 y modificó la Ley General de Salud (LGS), el Código Penal Federal (CPF) y el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP). Con ella, se introdujo en la LGS un capítulo denominado “Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo”. Como su nombre lo indica, este tipo de delitos pretenden proteger tanto la salud pública “de terceros” como la salud individual “de personas usuarias” (Pérez, 2014, p. 78).

Con la reforma de Ley de Narcomenudeo, se logró establecer una división competencial entre las autoridades federales y locales en la persecución de los delitos contra la salud. Las últimas estarán encargadas del narcomenudeo y del consumo; mientras que las primeras se enfocarán en la atención del narcotráfico. Otro de los grandes cambios de esta reforma fue el definir las dosis máximas que presumen consumo personal e inmediato, lo cual pretendió hacer una distinción entre consumidores, narcomenudistas y tráfico a gran escala. Para este propósito, se introdujo en la LGS una tabla que establece las



cantidades máximas por las que se considera que una persona posee la sustancia con fines de consumo personal e inmediato. (Pérez, 2014, p. 78)

Los conflictos por narcotráfico en los últimos diez años han convertido a México en un epicentro de la violencia mundial, que ha cobrado más de 100.000 vidas (Beittel, 2017). Además, la relación entre una economía débil y la violencia urbana es un tema importante en lo que atañe a las políticas, y el presidente Andrés Manuel López-Obrador, ha hecho de la creación de empleo uno de los pilares de su plataforma para reducir la violencia por drogas. En líneas generales, gran parte de la violencia en el mundo hoy se concentra en áreas urbanas de economías en desarrollo involucradas en el tráfico de cocaína (Instituto Igarapé, 2017).

Si bien el comercio internacional ha beneficiado mucho a las economías en desarrollo, nuestro estudio destaca que la pérdida de empleos de manufactura por la competencia internacional puede acarrear grandes costos sociales. Para una integración internacional sostenible es preciso desarrollar enfoques innovadores de colaboración para abordar los retos sociales y de distribución asociados a la integración económica.

1.5.3. En El Salvador

El Decreto número 728, Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas, establece las penas para el delito de posesión y tenencia de drogas, siendo su marco legal el siguiente Artículo.

Posesión y Tenencia Art. 37.- El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florecencias, plantas o parte de ellas, o drogas, a las que se



refiere esta ley, en cantidades que a juicio prudencial del juez sean presumiblemente comerciales, o que siendo autorizado no justifique su tenencia, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si la tenencia es con el objeto de realizar cualquiera de las actividades señaladas en el Artículo anterior, la sanción será de seis a diez años.

Aquí no se hace mención a una cantidad específica de drogas, sino que se da la juez el poder de decidir cuánto es más que suficiente para el consumo y cuanto para la venta.

1.5.4. En Honduras

La Ley del uso indebido y tráfico ilícito de drogas y sustancia psicotrópicas, establece el modo en que se tratará a los que cometen el delito de posesión para el consumo, de la siguiente forma:

Artículo 26. La persona que sea sorprendida en posesión de cigarrillos de marihuana o su equivalente en hoja seca o pasta básica o de cualquier otra droga que produzca dependencia, en una cantidad mínima, tal que, de acuerdo con el dictamen del Departamento Médico Legal del Poder Judicial o de un médico empleado por el Estado, a falta de aquél, sea considerado para su consumo personal inmediato, se le aplicarán las siguientes medidas de seguridad:

- a) Por la primera vez, internamiento hasta por 30 días y multa de quinientos a un mil lempiras;



- b) Por la segunda vez, internamiento de 30 a 90 días y multa de mil a cinco mil lempiras; y,
- c) Si se tratare de un fármaco dependiente o drogadicto, será internado en un centro de rehabilitación para su tratamiento hasta lograr su resocialización; esta medida se aplicará aun tratándose de la primera vez.

La misma medida se le impondrá a quien sin ser fármaco dependiente, reincide por tercera vez y multa de cinco mil a diez mil lempiras. En los casos en que la posesión o tenencia exceda de la cantidad mínima considerada para consumo personal inmediato, se entenderá como violación al Artículo 18 de esta Ley.

Lo interesante de esta ley es que reconoce la necesidad de darle ayuda a las personas que viven sometidas por la drogadicción y en lugar de enviarlas a prisión, a los adictos, el juez debe enviarlos a rehabilitación, desde su primera detención.

1.5.5. En Costa Rica

Si la droga es para su consumo no hay penalización, esto debido a que, a diferencia de otros países centroamericanos, en Costa Rica no penaliza el consumo inmediato personal de drogas, pues recién en agosto de 2013 el Gobierno aprobó una reforma parcial a la “Ley de Estupeficientes” (Ley 8204).

Sí la policía lo revisa y encuentran drogas como marihuana, lo pueden arrestar si la cantidad de droga que la persona lleva induce a pensar que no es para consumo personal, sin embargo, como el consumo no es penalizado si la cantidad de droga que porta la persona es poca probablemente solamente se la decomisarán, debe tomarse



en consideración que la marihuana es una droga ilícita de ahí la facultad de las autoridades para destruirla. Sin embargo, el procesar judicialmente la causa dependerá de cada caso en específico.

Respecto de la cantidad permitida, es importante tener en cuenta que no existe una cantidad permitida, dependerá de cada caso determinar si la persona porta la sustancia para consumo personal o para otros fines comerciales.

Algo peculiar con la legislación de Costa Rica, es el hecho de que, si bien el comercio del compuesto conocido como marihuana es ilegal, no hay norma legal que limite el cultivo, de hecho, la Ley N° 8204 solo prohíbe el tráfico. Lo que ha sucedido a nivel nacional, es que si se demuestra que es para consumo personal no es penado.

1.6. Diferencia entre posesión para el consumo y otros delitos de narcoactividad

Esta es una cuestión muy discutida en el ámbito jurídico, especialmente entre los abogados litigantes, que se plantean hacer pasar casi cualquier cosa por el delito de posesión para el consumo, lo cual es, en algunos casos, un absurdo.

Esta controversia sobre qué casos se tramitarán como posesión para el consumo y que casos serán tratados como otro delito, nace con la Ley contra la Narcoactividad, pues en el referido cuerpo legal, en su Artículo 39 deja abierta la puerta a la interpretación antojadiza, pues no delimita la cantidad de drogas que deben ser consideradas para consumo propio, pues el Artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad, al respecto indica que:



Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q200.00 a Q 10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.

Tal y como se puede observar, no hay más datos que permitan diferenciar un delito de otro, especialmente cuando se trata de posesión para el consumo, pues alguien puede ser detenido con una libra de marihuana para su consumo y también otra persona con cinco libras podría decir que es para su consumo, y todo dependería de cuanto puede consumir una persona y del tiempo que le toma hacerlo, a la hora de tipificar el delito, pero esos estudios y estándares aun no existen, así que todo quedan en criterio del juez.





CAPÍTULO II

Lic. Ramiro Emanuel Moscoso Méndez

2. Parámetros para diferenciar entre los delitos de posesión de drogas para el consumo y el de promoción y estimulación a la drogadicción

2.1. Posesión para el consumo

La posesión para el consumo hace referencia a tener, transportar o almacenar una cantidad mínima suficiente para el consumo propio de un individuo; sin embargo, esta definición es inexacta, toda vez que no establece cantidades precisas de lo que debe entenderse como tal.

La Ley contra la Narcoactividad, define el delito de posesión para el consumo de la manera siguiente:

Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q.200.00 a Q.10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que, de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.

En cuanto al origen de la noción jurídica de delito, Medina (2010), refiere que “tiene su origen y fundamento en el concepto social que, acerca de este fenómeno, existe formado y, por lo tanto, es un convenio entre las partes” (p. 37).



La doctrina en materia penal, define al delito, sin atribuirle otro carácter que el de la transgresión a sus normas, lo define como acción antijurídica; quiere decir entonces que el delito no tiene más definición que la propia establecida en el Código Penal o en leyes especiales de esta misma materia, por lo que puede interpretarse que una acción puede ser delictiva en determinado tiempo y lugar y estos mismos actos no ser considerados delitos en otro sitio o en otro tiempo. Podría mencionarse como ejemplo la acción de adulterio, que fue penalizada en el Código Penal guatemalteco, y luego declarados inconstitucionales los Artículos relacionados con este.

García Máynez, (1982) define el delito como “Acto contrario a derecho, culpable y sancionado con una pena” (s. p.). El centro de esta definición lo constituye el acto, la acción entendida como un proceso causal, como un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo que se exterioriza perceptible por los sentidos, este acto debe ser, además, contrario a derecho, es decir antijurídico, concibiendo, pues, la antijuricidad como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo; y este acto puede ser también una simple postura de inacción; tal el caso de los delitos por omisión.

La valoración del autor de ese acto, es decir, la culpabilidad concebida en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad. (García Máynez, 2002, p. 222)



Citadas sus tres características que son la acción, antijuricidad y culpabilidad, formaban la esencia del concepto de delito, aunque a veces era necesario, además, añadir algunas características que condicionaban todavía el castigo, pero no tenían nada que ver con el acto mismo ni con sus elementos, y que debían considerarse separadamente, las llamadas condiciones objetivas que son punibilidad y excusas absolutorias, que son propiamente de carácter subjetivo.

En la medida en que la filosofía del derecho fue abarcando más espacio, fue llegando la separación entre antijuricidad y culpabilidad, derivado de la relación objeto-sujeto. En algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, si no se recurría desde el primer momento a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble en el hurto y la intención de injuriar en la injuria.

2.2. Clasificación del delito según la intención del sujeto activo

La violación de los supuestos que se encuentren previstos en el Código Penal serán atribuidos al imputado, hay que tener presente que esos hechos pueden ser por acción u omisión; cuando hay intención de causar el daño se está frente a delitos dolosos. En cuanto a los delitos culposos, son aquellas acciones antijurídicas acaecidas sin la voluntad del sujeto activo. Tal el caso de un accidente de tránsito.

Según el Artículo 11 del Código penal “el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se le presenta como posible y ejecuta el acto” y, el Artículo 12 regula 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”.

Dentro de esta denominación nos hallamos frente a tres categorías del delito: doloso, culposo, y preterintencional.

2.2.1. Delito doloso

El delito es doloso cuando de la propia naturaleza del mismo se desprenda la intención de causar daño, es decir, no se da de manera fortuita, sino que el autor ha planificado previamente el acto, poniendo principal empeño en la realización del mismo.

El Código Penal lo califica como la relación de causalidad, es decir, qué causas han mediado en su perpetración y qué relación tiene la causa el acto consumado. De esta manera, el Artículo 11 del Código penal lo define de la manera siguiente: “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”.

En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción, no cambia la regla en la aplicación de la ley, pues debe establecerse siempre la intención del autor del delito; de este modo, tanto el que transporta o promueve el uso de estupefacientes, es consciente de que el acto es contrario a la ley y que recibirá una sanción en caso de ser atrapado en el acto tarde o temprano, o bien la evidencia así lo demuestre.

En este tipo de delito, generalmente, sí existe intención del agente; sin embargo, abundan casos en que alguien intencionadamente, y como muchas veces suceda,



haga por descuido o por error transportar determinada cantidad de estupefacientes sin ser consciente del riesgo porque alguien, actuando de mala fe, ha involucrado a una persona ajena al asunto. Volviendo al tema del dolo, esta es la característica que diferencia un delito de otro en cuanto a la causalidad y la pena a imponer, tomando que nadie puede alegar ignorancia de la ley.

2.2.2. Delito culposo

El delito culposo se da cuando quien ha incurrido en él lo ha hecho sin pretender; es más, ha incurrido en él sin haberlo siquiera previsto. El delito culposo tiene como característica principal la falta de voluntad del actor, es decir, es un acto típico, antijurídico y punible, del que el actor es culpable por ser el agente que ocasionó el hecho, pero que sucedió sin haberlo planteado como posible.

El Código Penal guatemalteco, en su Artículo 13, establece que el delito es culposo cuando, por acción u omisión de acciones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia; asimismo, establece que los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley. En todos los casos, el delito es el mismo, pero el juzgador tendrá la tarea de decidir la pena a imponer basándose en estos aspectos de causalidad.

En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de estímulo y promoción, es poco probable que se dé forma culposa, pues no es un hecho que se realice sin saber lo que se hace. En este tipo de delito, el autor sabe que su conducta es reprochable y que existe una pena para esta; sin embargo, no toma en consideración los riesgos o bien cree que sufrirá persecución penal.



2.2.3. Delito preterintencional

La preterintencionalidad del delito hace referencia a que, el autor sí es culpable de la conducta reprochable, pero que no la ha realizado con intención del mal causado; y, en este punto, podría mencionarse la muerte de una persona que ha sufrido un infarto por un susto sufrido en forma de broma. En este ejemplo, el autor quiso jugar y este ha muerto del sobresalto. En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de estímulo y promoción, no concurren estas circunstancias; sin embargo, es importante abordar el tema para una mejor comprensión.

2.3. Características de la norma jurídica

Sanmartín (1999), opina que “criterio del delito tiene como característica predominante la prohibición de hecho mediante la amenaza penal, y lo que realmente caracteriza el delito es la sanción penal” (p. 357), por lo que puede establecerse que el delito es un acto humano, es una acción u omisión que trae consigo daños graves o no y sus consecuencias, si no tiene su origen en una actividad humana, no podrá ser reputado como delito, ya que los hechos de los animales no pueden constituir delito como en la antigüedad, donde se les seguían juicios a los mismos.

Por otro lado, se tiene por establecido que el acto es antijurídico si está en oposición a una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido, pero esta acción antijurídica debe corresponder a un tipo legal o figura delictiva definida y sancionada con una pena, pues no todo acto antijurídico constituye delito, es decir que ha de ser necesariamente un acto típico; es decir, debe estar escrita en ley o código mediante el cual se establezca una sanción pecuniaria o privativa de libertad.



En otro orden, la acción o la omisión ha de hacer culpable, es decir, imputable a una persona a título de dolo o culpa y ser causado por negligencia, imprudencia o impericia, puesto que una acción es imputable cuando recae en una persona determinada con capacidad para soportar sus efectos.

La acción o la omisión debe ser sancionada con una pena: si la acción o la omisión imputada no es sancionada con una pena, simplemente no existe delito. En ese sentido se habla de una serie de elementos positivos, constitutivos del delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; por el contrario, se mencionan una serie de elementos negativos, que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, y en estos casos, eliminan la responsabilidad penal del sujeto actor. (p. 39).

2.4. El delito como acción

Osorio, (2008) explica que “El delito es acción. Esta acción tiene que caer bajo un tipo jurídico-penal y no concurrir ninguna causa de exclusión del injusto, también la acción tiene que ser imputable al agente” (s. p.); lo que en otros términos significaría para imponer una pena, tiene que haber una ley previa.

A opinión de Garnica (2018), los tipos penales se refieren a conductas en general, donde se abarcan tanto los comportamientos activos como omisivos. “La conducta, o acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; y la voluntad implica siempre finalidad; la acción es, por eso, siempre ejercicio de una



voluntad final” (De León Ambrocio, 2012, p. 31) y, en ese sentido, la inexistencia de la voluntad en el actuar del sujeto activo, excluye la acción.

López (2008) sostiene que, al tratar al delito como acción, se desprenden tres características esenciales del mismo. Siendo, “primero, el delito como acción, considerando, como es natural lo que esta acción puede consistir en inacción u omisión y que a consecuencia es merecedora de sanción cuando en ella concurren los otros elementos del delito” (p. 39). Dicho de otra manera, la acción a que se hace referencia debe ser punible, antijurídica y a su vez, caer bajo un tipo estipulado en la ley; es decir, tiene, por fuerza, que estar encuadrada en un tipo penal en una norma previa a la perpetración del hecho.

Por otra parte, la acción típica que no se encuentre justificada por alguna causa de exclusión del injusto necesita así mismo, ser punible, ser imputable. Debe por ende ser una acción reprochable, y siempre establecida en ley, porque la tipicidad implica estar definido en ley en cuanto a qué debe entenderse por tal delito y las penas aplicables.

Puede decirse, por lo tanto, que el delito se configura cuando existe un comportamiento del hombre, ya sea por acción o por omisión, que tiene un efecto en el mundo externo o transgrede el orden social y, por lo tanto, tiene relevancia para el derecho penal. En el caso del delito de posesión para el consumo y la promoción y estimulación, es una acción típica, antijurídica e imputable determinada en la Ley contra la Narcoactividad.



2.4.1. Acción típica del delito de posesión de droga para el consumo, promoción y estímulo a la drogadicción

En la teoría del delito, la acción típica se refiere a que una conducta se halle enmarcada dentro de un supuesto jurídico; es decir, a adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley que, para fines del debido proceso debe estar imprescindiblemente en ley, como un supuesto; es decir, dentro de la suposición impersonal y condicional del verbo rector.

En el caso del delito de posesión para el consumo y el de promoción y estímulo a la drogadicción, el delito se encuentra tipificado en la ley de la materia; es decir, en la Ley contra la Narcoactividad, atendiendo al principio de legalidad, pues solo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales, acto que en la constitución aparece contemplado en su Artículo 17 al señalar que “no hay delito ni pena sin ley anterior”, esto en concordancia con el principio de irretroactividad de la ley.

Dentro de esta caracterización del delito penal pueden identificarse tres funciones: la función seleccionadora, la función garantista, y la función motivadora. En lo que respecta a la función seleccionadora del tipo, la misma se refiere a que existe una selección por parte del legislador donde determina, dentro de todas las conductas humanas existentes, aquellas susceptibles de transgredir bienes jurídicamente tutelados y el orden social, es decir, transgredir la propia ley y lacerar los derechos de una persona.



En la función garantista, solo los comportamientos descritos como delitos en la ley respectiva pueden ser sancionados y en la función motivadora del tipo se refiere a que mediante la amenaza de imponer una pena a aquel que cometiere un hecho delictivo, el ciudadano se ve motivado a actuar de conformidad con el orden previamente establecido y a no transgredir las leyes por miedo a la sanción establecida; dicho de otro modo, existe en esta modalidad un convenio social, una complicidad entre el Estado y el ciudadano común, una persuasión adecuada.

2.4.2. Acción antijurídica del delito de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción

La antijuridicidad es el elemento positivo del delito y, en el caso que ocupa este trabajo de investigación, la juricidad debe entenderse como la tipificación del delito de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción y este se encuentra en la Ley contra la Narcoactividad. Dicho esto, se sobreentiende que la antijuricidad del delito de posesión para el consumo como el de estímulo y promoción es todo aquel acto contrario al orden establecido, es decir, todo acto contrario a esta ley.

Por esto mismo, considerando que la antijuricidad es todo acto contrario a las normas de derecho, la antijuridicidad es esa contradicción con el presupuesto de la norma penal. Este presupuesto jurídico es la relación de contradicción con el orden jurídico. Esta ya se ha dado aún de modo fáctico desde el momento de cometer el acto; no obstante, en un Estado de derecho este extremo debe ser probado por el órgano competente que, en el caso de Guatemala, es el Ministerio Público.



El acto de poseer para el consumo, y el de promoción y estímulo a la drogadicción atentan en un principio contra el orden jurídico preestablecido y pueden, finalmente, considerarse como lícitas cuando procede alguna causa de justificación que convierte por ende en lícita una conducta que, sin embargo, esta conducta puede tener su exención de la pena, si se diera el caso de justificar el acto, principalmente en la posesión para el consumo; si se diera, por ejemplo, el caso de un presunto poseedor que por algún motivo ajeno a su voluntad llevara consigo una cantidad mínima considerada como dentro de los parámetros establecidos y que, sin embargo, este logre comprobar que ni la consume ni la posee.

2.4.3. Acción culpable de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción

La acción culpable en los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción es un elemento positivo del delito, y consiste en la capacidad que tiene el ente acusador para imputar una responsabilidad penal al presunto actor de un delito. Es la posibilidad de imputar al agente el hecho delictivo realizado. Un elemento más en cuya virtud se hace un juicio de reproche a quien, pudiendo actuar de forma correcta ha decidido deliberadamente quebrantar la norma.

Bacigalupo (2014) define la acción culpable como:

(...) aquella característica del derecho penal que da al ente acusador la potestad de individualizar al agente infractor de la norma y proponer ante el juez la sanción correspondiente, en tanto que da al juez la potestad de imponer la sanción que considere adecuada desde su sana crítica. (p. 122)



Para que una persona sea considerada culpable de un hecho, deben convergir los principios de imputabilidad o capacidad ante la ley, antijuricidad y la obligación de acatar la ley, como en el caso de los delitos de omisión. La capacidad ante la ley consiste en tener el agente una madurez tanto física como mental, para poder comprender lo descrito en la ley penal, condición que se encuentra normalmente en personas que ya han alcanzado la mayoría de edad y se encuentran mentalmente estables.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los menores de edad son inimputables; es decir, no puede imputárseles delito y, en el caso de los menores en conflicto con la ley, existen instituciones creadas especialmente para el efecto. En cuanto al conocimiento de la ley, la simple publicación en el diario oficial ya es considerada dada a conocer, por lo que nadie puede alegar ignorancia de la ley. Por tal motivo, el desconocimiento de la ley no exime de su responsabilidad.

En el caso de los delitos por omisión, que no es el caso en estos, debe haber obediencia expresa o reglamentos previos que obliguen al agente a realizar aquel acto que, de no hacerlo, incurriría en el delito de omisión. Ahora bien, en los hechos justificantes del delito, la acción antijurídica, típica y culpable ha ocurrido en circunstancias extraordinarias donde un sujeto, aun siendo imputable y conociendo lo descrito en la ley penal, no puede exigírsele que obedezca una norma, porque obedecerla significa exponerse, como es el caso de la legítima defensa; que no es el caso en los delitos de posesión para el consumo y de estímulo y promoción, pero que es preciso mencionarlo para comprender a cabalidad el tema.



Tanto el delito de posesión para el consumo como el de promoción y estímulo a la drogadicción, tienen como acción culpable el acto deliberado de hacer una acción prohibida expresamente en la Ley contra la Narcoactividad.

2.4.4. Acción punible de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción

La acción punible como característica del delito, hace referencia a la capacidad legal, física y psíquica del individuo al que se le imputa un delito. El término “punible” apunta directamente a la imposición de la pena, misma que solo puede darse si en el infractor concurren los supuestos de imputabilidad.

Nieto (2011), define: “la punibilidad debe entenderse como el último requisito que debe cumplirse para poder afirmar que el individuo ha incurrido en un delito con todos sus elementos y que, además, cumple con todos los requerimientos para ser imputado” (p. 64). Esta característica impone la seguridad de que, aun cuando concurren las características de del acto típico, antijurídico y culpable. La acción de punibilidad debe cumplir un aspecto muy importante y este es analizar todos los eximentes de la responsabilidad penal. En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción, no es la excepción el hecho de atender a este principio.

2.5. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal

La responsabilidad penal puede verse modificada en contra o en favor del infractor de la norma. En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de estímulo y



promoción, la responsabilidad penal puede verse modificada por muchos factores, como el caso de un enfermo terminal al que, por cuestiones humanitarias se le exima de la pena, dada su condición de salud, o bien verse aumentada la pena por el peligro que, a consideración del juez, el agente imputado represente para la sociedad. Estos modificadores de la responsabilidad penal pueden ser atenuantes o agravantes de la pena.

En el caso de las circunstancias agravantes, estas hacen presumir al juzgador que el delincuente ha obrado contra la ley a sabiendas de que lo actuado es un ilícito y que, además, de la pura naturaleza del acto se entiende que es perjudicial para sí y para la sociedad y, aun así, ha actuado de tal manera. Por lo mismo, existe en este caso un profundo convencimiento

Para la definición de estas modalidades del delito, Cabanellas (2015), señala que circunstancias agravantes “son aquellas que aumentan la responsabilidad criminal en un contexto en que el delincuente pone especial interés y dedicación para que, al obrar, el acto salga hecho a la perfección” (p. 263).

Estas circunstancias se encuentran reguladas en el capítulo II, del Título IV del Código Penal, particularmente en su Artículo 27, cuando señala que son circunstancias agravantes las siguientes:

- a) Motivos fútiles o abyectos.
- b) Alevosía.
- c) Premeditación.



- d) Medios gravemente peligrosos.
- e) Aprovechamiento de calamidad.
- f) Abuso de superioridad.
- g) Ensañamiento.
- h) Preparación para la fuga.
- i) Artificio para realizar el delito.
- j) Cooperación de menores de edad.
- k) Interés lucrativo.
- l) Abuso de autoridad.
- m) Auxilio de gente armada.
- n) Cuadrilla - Nocturnidad y despoblado.
- o) Menosprecio de autoridad.
- p) Embriaguez.
- q) Menosprecio al ofendido.
- r) Vinculación con otro delito.
- s) Menosprecio del lugar.
- t) Facilidades de prever.



u) Uso de medios publicitarios.

v) Reincidencia.

w) Habitualidad.

En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción, la situación es la misma, aunque cabe destacar que no obligatoriamente han de concurrir todos los elementos, sino tan solo aquellos mediante los cuales se pueda establecer que el infractor empleó la especial diligencia en la planificación del delito, ya sea en el traslado de la droga para su consumo, como en las formas para estimular el cultivo, la producción, el comercio, el consumo o el tráfico de estupefacientes.

En el caso de las circunstancias atenuantes en los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción, son aquellas condiciones de tiempo, lugar y modo que atenúan o aminoran la responsabilidad penal. Es decir que dichas circunstancias obran en favor del delincuente, consiguiendo para este una consideración de aspectos que atenúan la pena referida como principal, pudiendo obtener ya sea una medida desjudicializadora como criterio de oportunidad, suspensión de la persecución penal e, incluso, una sentencia absolutoria.

En lo referente a estas circunstancias, el Artículo 26 del Código Penal establece: son circunstancias atenuantes las siguientes:

a) Inferioridad psíquica.



- b) Exceso de las causas de justificación.
- c) Estado emotivo - Arrepentimiento eficaz.
- d) Reparación de perjuicio.
- e) Preterintencionalidad.
- f) Presentación a la autoridad.
- g) Confesión espontánea.
- h) Ignorancia.
- i) Dificultad de prever.
- j) Provocación o amenaza.
- k) Vindicación de ofensa.
- l) Inculpabilidad incompleta.
- m) Atenuantes por analogía.

Por lo expresado anteriormente, puede establecerse que las circunstancias atenuantes en los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción son aquellos aspectos que modifican la responsabilidad penal en favor del imputado y que pueden ser cualidades nominadas o innominadas dentro de la teoría del delito y, sobre todo, en la estructura de este, que influyen en la toma de decisiones del juez o



tribunal a la hora de dictar sentencia, afectando de manera positiva al presunto infractor.

2.6. La prueba en los delitos de posesión para el consumo y de promoción y estímulo a la drogadicción

La prueba en el caso de los delitos arriba indicados son los mismos que en otros, sin embargo, casi siempre dependen de la declaración policial y, lamentablemente, en Guatemala los entes policiales no gozan de credibilidad, por lo que se hace necesario acudir a medios fiables, y esto se torna un tanto difícil en los actos mencionados.

Bentham (2008), refiere que la prueba es “algo mágico que tiene el proceso investigativo que reaparecer en el presente aquello que ha pasado, representar vivos sentimientos que se han consumido” (p. 96). La prueba entonces consiste en crear el convencimiento al juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, lo que implica presentarle los medios que puedan convencer al juez de que el acto imputado efectivamente acaeció.

Por otro lado, la prueba es un medio o instrumento que se emplea en el proceso para establecer la verdad de un hecho, o para respaldar los argumentos en un debate o en la audiencia de presentación de medios de prueba. Además, la prueba es un hecho cierto y conocido del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes, porque mientras el ente acusador imputa un cargo, el imputado lo niega, y la aceptación de los hechos o la condena impuesta va a depender de qué tan contundente sea la prueba.



En los conceptos anteriores puede apreciarse que las pruebas serían las razones o argumentos que demuestran la existencia o inexistencia de un hecho, que lleva al convencimiento de quien decide el procedimiento de determinación de responsabilidades que demuestran que una persona efectivamente incurrió o no en un hecho generador de responsabilidad penal. Precisado lo anterior, se destaca que los medios de prueba son todos los elementos o instrumentos utilizados por las partes o el titular del órgano encargado de la investigación que, en el caso de Guatemala, es el Ministerio Público. Estos medios de prueba suministran las razones o argumentos para que el juez o tribunal pueda decidir.

En el caso de los delitos de posesión para el consumo y de estímulo y promoción, las pruebas serán, en primer término, la sustancia incautada, los medios de producción y propaganda, y cualquier otro material capaz de demostrar la culpabilidad del imputado.

2.7. Parámetros

La Ley contra la Narcoactividad que entró en vigor en 1992 sustituyó los Artículos en el antiguo Código Penal, los cuales consideraban la posesión de droga para el consumo como una falta a las buenas costumbres, únicamente cuando el sindicado se encontraba en “estado de alteración psíquica en un lugar público”. Es decir, como en otros países del mundo, Guatemala no consideró siempre la posesión para el consumo como un delito. De ser una falta, pasó a ser un delito sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y una multa de Q200 a Q10,000. ¿Por qué el cambio? En aquellos años se hizo muy grande el tema de la posesión, porque comenzaba a crecer el narcomenudeo y la venta de marihuana llevó a la venta de otras drogas.



El término parámetros hace referencia al uso de instrumentos apropiados para poder cuantificar la materia. En este caso, las medidas, sean éstas de capacidad, de peso o de longitud. En cuanto a qué debe entenderse por posesión para el consumo, la ley no es clara, pues únicamente refiere la descripción cantidad razonable, pero no indica qué se entiende por razonable.

Luis Arturo Archila, jefe de la Fiscalía Distrital Metropolitana, admite que la ley es ambigua, lo cual genera problemas a la hora de tipificar un delito y hace que a la hora de comparecer ante un juzgado o tribunal, la suerte que pueda correr el sindicado dependa en gran medida, de la interpretación del juez. “Podríamos estar hablando de posesión para el consumo si la persona lleva uno o dos grillos (cigarros) de marihuana o uno o dos sobres o colmillos de cocaína,” afirma Archila.

Sin embargo, el criterio de Archila difiere del criterio de los consumidores de droga. Néstor, uno de los tres jóvenes cuyo testimonio se narra al inicio de este reportaje, asegura que cada mes le compra a su dealer una onza de marihuana, cantidad con la cual fabrica unos 20 puros. Afirma que compra esa cantidad mensual “para no tener que estar llamando al dealer a cada rato”, siguiendo la misma lógica de quien acude al supermercado y se surte de víveres para la quincena. Mientras que para el fiscal una cantidad “razonable” significa dos grillos, para Néstor “razonable” significa 20.

Aplicando los parámetros que Archila emplea para determinar qué cantidad es “razonable” se puede deducir que, si Néstor fuera detenido con la onza de



marihuana que compra cada mes, podría enfrentar un proceso penal, no por posesión para el consumo sino por promoción o estímulo a la drogadicción, un delito que conlleva una pena mayor (de dos a cinco años de prisión y multa de Q5 mil a Q100 mil).

“El tema queda al arbitrio del fiscal y del juez y en última instancia es el juez quien pondera el hecho. La semana pasada una señora iba a ingresar al Preventivo de la zona 18 y le encontraron un envoltorio escondido en sus partes íntimas con una libra de marihuana. Generaba la duda de si el delito debía ser tipificado como posesión para el consumo o como promoción o estímulo a la drogadicción porque una libra ya es una cantidad que no es para el consumo sino para la venta al menudeo al interior del penal,” agrega Archila.

El fiscal explica que el contexto y el lugar en que se realiza la detención son tomados en cuenta por el MP a la hora de tipificar el delito. “Si la persona va en la calle se puede pensar que es para vender, pero si se encuentra en su casa y la persona está enferma se puede pensar que es para su uso,” dice Archila.

También existen ambigüedades en los partes policiales, ya que, Archila afirma que en muchas ocasiones se consigna que el sindicado “caminaba sospechosamente”, un término altamente subjetivo que se relaciona con el olfato o intuición que desarrolla un agente de la PNC para reconocer a un posible delincuente. Sin embargo, esos criterios, según las organizaciones sociales que trabajan con jóvenes en riesgo, han llevado a la estigmatización de personas



que viven en barrios marginales o cuya indumentaria está asociada con el pandillerismo (pantalones flojos, tatuajes, etcétera).

En cuanto a los señalamientos de cohecho e implantación de droga que narran testigos como Jonathan y Mario, Archila afirma: “Es posible que suceda. El policía dice “él intentó sobornarme”, pero probablemente fueron ellos los que le pidieron el soborno al imputado. Cuando puede establecerse eso el fiscal o el juez deciden abortar el caso.”

Muchos jueces, explica Archila, desestiman los casos o aplican un “criterio de oportunidad” al considerar que el sindicado debe ser tratado como un enfermo y no como un delincuente, lo cual significa, por ejemplo, que al sindicado se le ordene que se inscriba en un programa de rehabilitación para drogadictos durante un tiempo específico. (Reynolds, 2012, s. p.) (sic)

2.7.1. Medidas de peso

De acuerdo con Sistema Internacional de Medidas, el estándar de peso es el gramo, considerado como la unidad mínima de referencia del sistema métrico decimal. Este tiene como múltiplos: el decagramo, hectogramo y el kilogramo, que representan 10, 100 y 1000 gramos netos respectivamente. De igual modo, existe una escala de submúltiplos conocidos, como decigramo, centigramo, y miligramo.

Algunas de estas medidas de peso son las que utilizan la mayoría de las personas cuando realizan las compras o ventas de diversos productos, pero dentro de este mismo sistema de peso existen otros referentes, como el megagramo, el cual se



conoce internacionalmente como tonelada, o tonelada métrica, que equivale a mil kilogramos. Su nombre proviene del vocablo francés antiguo tonel y, aunque no forma parte del Sistema Internacional propiamente dicho, sí es válido en el ámbito comercial.

La tonelada es una unidad de medidas de peso que se aplica para el pesaje de productos comercializados o distribuidos en grandes cantidades; así como maquinarias y equipos, de modo que, al hablar de una máquina que soporte peso, se habla, por ejemplo, de camiones de una, dos o más toneladas.

Las medidas de peso hacen referencia a la fuerza que ejerce un objeto sobre la superficie horizontal, siendo las más comunes en el medio nacional guatemalteco el miligramo, gramo, onza, libra, kilogramos, arroba, quintal, y tonelada.

2.7.2. Medidas de longitud

La medida de longitud tiene como base principal el metro, y existen dos sistemas de medidas: uno formado por pulgadas y otro de centímetros. Como su nombre lo indica, es el usado para medir el tamaño o longitud de los objetos. Los medios para la medida de longitud han cambiado mucho con el tiempo. La base de referencia era el cuerpo humano. Por ejemplo, el codo era una unidad que indicaba la longitud desde el codo hasta la punta de los dedos.

El codo, como unidad de medida, fue utilizado en culturas antiguas en Mesopotamia, Egipto y Roma, y ejemplo de esto queda registrado en la Biblia cuando se narra la vida de Noé y las medidas del arca representadas en codos. La longitud variaba de una



región a otra, pudiendo ser de 45 a 50 centímetros, según fuera el tamaño del brazo de quien impusiera esta medida.

Los estudios han demostrado que las pirámides de Egipto, conocidas por su construcción precisa, se construyeron con dos tipos de codos: uno largo y otro corto. Se dice que la medida estándar de longitud en estas épocas era el cuerpo del gobernante del país o algún otro individuo poderoso. Incluso hoy en día, las unidades de longitud basadas en el cuerpo humano se utilizan en países como los Estados Unidos, como la yarda, el pie y la pulgada; pero también en la vida cotidiana se utiliza este método, al hablar de jeme, cuarta o dedo, como una forma de referencia.

2.7.3. Medidas de capacidad

Las medidas de capacidad son aquellas unidades que se utilizan para determinar la cantidad de líquido que puede contener un recipiente o un objeto., siendo las unidades más comunes de capacidad el litro, el mililitro y el galón, incluyendo sus múltiplos, que son aquellos valores que representan una cantidad mayor que la unidad original, en tanto que los submúltiplos son valores que representan una cantidad menor. Por ejemplo, un hectolitro es un múltiplo del litro, mientras que un centilitro es un submúltiplo

Este tipo de medidas se usa en el diario vivir, tanto en la compra y venta de algún producto, como en la administración de medicamentos y, en el caso que ocupa este trabajo de investigación, también para medir cantidades de droga en presentación líquida.



2.8. Propuesta de implementación de medidas

Las medidas pueden variar según la percepción, pero en el caso de este delito, la ley tendría que decir puntualmente qué cantidad es considerada para el consumo y a partir de qué volumen debía ser considerado delito de estímulo y promoción.

Esta imprecisión causa serios problemas tanto para el imputado como para jueces y fiscales al momento de plantear la comisión de este delito, por lo que hace falta un estudio serio que establezca cuál es la cantidad de consumo diario de un adicto, y si la posesión para el consumo se calcula en dosis diarias o semanales o en otra definición temporal, pero no debe determinarse con precisión.

2.8.1. Cálculo de consumo diario por persona

La dosis promedio de droga va a depender del tipo de la misma. En el caso de la cocaína, se establece que cinco miligramos es el promedio que consume una persona, y que 500 miligramos a un gramo ya es considerada dosis letal. De esta manera, cada droga tiene su dosis mínima y su dosis máxima antes de ser considerada mortal, pero debe ser un profesional de la materia el que establezca tal extremo, para poder determinar qué es uno y qué otro delito.

2.8.2. Propuesta de cantidad en gramos

La cantidad propuesta de droga va depender del tipo de la misma, pues existen en muchas presentaciones, como polvo, o soluciones, en todo caso, esta presentación podría ser en medidas de peso o en medida de capacidad, según fuera el caso.



2.8.3. Propuesta de cantidad den centímetros cúbicos

En el caso de querer usar este sistema, tendría que establecerse una modalidad de medición, que podría ser en centímetros cúbicos en el caso de la mariguana o similares.

2.8.4. Propuesta de cantidades precisas que ayuden a diferenciar los delitos posesión para el consumo y el de promoción y estímulo

Se propone en este caso establecer una cifra para cada tipo de droga, que podría ser, en el caso de la mariguana tres centímetros cúbicos o treinta gramos el máximo para el consumo y, en el caso de otros opiáceos como la cocaína, establecerlo en un máximo de cinco milímetros cúbicos o medio gramo de la sustancia, considerándose para la venta cualquier cantidad que supere tal cifra.



CAPÍTULO III

Lic. Edgar Rodolfo Manzanero Mejía

3. El derecho penal

Esta particular área del Derecho ha interesado a infinidad de tratadistas, quienes a lo largo del tiempo, han desarrollado obras de contenido académico de gran envergadura que actualmente son referentes, pues han impactado de forma especial los ordenamientos jurídicos y continúa el proceso de aportación porque se mantiene en continua evolución, adaptándose a las transformaciones de las sociedades.

Por consiguiente, es pertinente incluir elementos importantes que, desde la perspectiva histórica, enfatizan aspectos relevantes de sus antecedentes, y que se estima imperativos puntualizarlos para la comprensión de cómo se fue estructurando en forma paralela a las necesidades de las sociedades, las cuales demandan controles más efectivos, por la relación que existe con el derecho premial.

3.1. Evolución histórica

El crimen es paralelo a la historia de la humanidad, la fuente de esta aseveración está en la Biblia. En el libro del Génesis se especifica cómo Caín mató a su hermano Abel, de tal forma que la propia interacción del ser humano genera acciones u omisiones manifiestas de su voluntad, que lesionan los intereses de los demás y tienen que ser reprimidas por el Estado, lo cual ha variado según el período histórico que se trate.



De tal forma que esto generó que se concibieran ideas de aspectos relacionados con la disciplina en estudio, *verbigracia*, los griegos tenían la idea de lo que representaba una pena, de esa cuenta, para el filósofo Gorgias era una especie de medicina para el alma y esto refleja la preocupación que debía de impactar en el ser humano, por lo cual los castigos se imponían para que los seres humanos obedecieran por temor y no por la razón. Tales pensamientos son antecedentes que hoy en día influyen en la concepción de lo que se entiende como derecho penal.

Connotados autores han tratado de sintetizar lo concerniente a la evolución histórica de esta rama de las ciencias jurídicas. De esa cuenta, Fontán Balestra (1995) reitera la importancia de conocer la evolución histórica de una institución jurídica para comprender su esencia, ya que: “siendo el Derecho Penal, una de las ramas más relevantes de la ciencia jurídica deviene imperativo estudiar su progreso a lo largo de la historia para tener una comprensión en el presente y perfeccionarlo en el futuro” (p. 91), lo cual ha sido un ideal porque constantemente existen teorías que aportan nuevas perspectivas en la cuestión del delito y cómo abordarlo, tendiendo a encontrar elementos que puedan armonizar las tendencias contemporáneas que influyen en los ordenamientos jurídicos.

Por lo consiguiente, se concuerda que es complejo determinar etapas de la evolución del derecho penal, porque cada momento histórico es influido por circunstancias pasadas de cada etapa, lo que dificulta el poder realizar una definitiva distinción entre fases históricas, sin embargo, coinciden en que puede considerarse que el derecho penal inicia desde una etapa privada hacia un derecho público con más garantías para



quien realiza una acción contraria a la ley, o sea, desde un derecho arbitrario y absoluto, hacia un sistema de legalidad (Creus, 1990 y Garrido Montt, 2010).

Lo cierto es que, convergen históricamente una serie de fases que permiten establecer qué fue lo que incidió, para que paulatinamente se fueran reconociendo como tales y lo que también influyó, para que evolucionara y transformara cada una de ellas. De esa cuenta Núñez (1987) considera que: “el Derecho Penal deviene de un largo proceso desarrollado por etapas progresivas que imbuidas de finalidades prácticas culminaron sus objetivos al lograr codificar sus principios” (p. 42).

En síntesis, para los efectos de conocer la evolución de una ciencia, es necesario determinar la estructura de la misma que facilite el entendimiento total, de manera que en relación al derecho penal, una amplia gama de antecedentes históricos ha sido catalogados por diversos autores de acuerdo a diversas épocas, que cronológicamente explican las ideas que tenían las sociedades sobre los castigos y las conductas antisociales que posteriormente fueron catalogadas con el nombre de delitos.

3.2. El delito

Es preponderante resaltar el impacto que representa el movimiento técnico jurídico en este medio de cultura jurídica, ya que varios tratadistas han aportado definiciones de delito basados en dicha noción, por lo que se considera que es el más influyente en el derecho penal en este aspecto, por lo cual como corolario se plasman seguidamente algunas de ellas con un sesgo evidente de enfoque técnico-jurídico. Por otra parte, tal como se desprende de lo especificado, el concepto de delito ha recibido diferentes acepciones que se han esbozado atendiendo al contexto histórico de cada sociedad.



Jiménez (1990) define el delito como: “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal” (p. 207). Asimismo, según Zeceña (1948), el delito: “Es el acto opuesto al derecho, causado contra las personas o las cosas y regularmente sancionado por la ley penal” (p. 94).

La ley enfatiza la amenaza penal, o sea, lo que verdaderamente caracteriza al delito es su sanción ya que, sin una sanción determinada, a pesar de que una actividad sea inmoral o socialmente dañosa, no puede considerarse como tal, toda vez que no se ve amenazada por una pena y por ende no se encuentra prohibida por la ley.

Debe estipularse que existe una distinción entre el concepto formal y materia del delito, ya que la importancia de la distinción entre el concepto formal y el material de delito se debe a que ambos desarrollan funciones totalmente diferentes. Por una parte, el concepto formal del delito describe la extensión concreta de la zona penal y es por ello determinante para la función de garantía de la ley penal.

Por el contrario:

El concepto material de delito encarna la concepción de la comunidad sobre aquello que puede ser prohibido mediante una amenaza de pena, de suerte que es un importante instrumento político-criminal. (...). Además, este concepto representa, para la criminología, el criterio mediante el cual dicha disciplina extrae su objeto de investigación a partir de las ciencias primarias (sociología, psicología, etcétera). (Reinhart, 1994, p. 213)



Por su parte, Cabanellas de las Cuevas (2008) afirma que: “Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. De forma genérica, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa” (p. 114). Se determina, definitivamente, que el hecho delictivo se relaciona con la necesidad de imposición de una sanción, por el hecho de ser un acto contrario al ordenamiento de un Estado que permite la convivencia social.

Según Muñoz (1990) el delito, desde un punto de vista jurídico, es: “Toda conducta que se encuentra sancionada con una pena, previamente establecida por el legislador” (p. 2). De lo expuesto anteriormente, procedente del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno derecho penal y que evita considerar delito toda conducta que no caiga en el marco de la ley penal.

3.3. El delito en el derecho comparado

En referencia a la tipificación del concepto delito en la legislación latinoamericana, son pocos los códigos penales que incluyen una definición de delito similar a la definición del Código Español, que en el Artículo 10 especifica que: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

Entre algunos códigos penales latinoamericanos que incluyen la definición de delito están:

- a) El Código Penal de Chile, que en el Artículo 1 inciso 1 estipula que: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”.



- b) El Código Penal de Nicaragua, en su Artículo 1 especifica que: “Toda acción u omisión calificada y penada por la ley constituye delito o falta, según su gravedad”.
- c) El Código Penal Federal de México, en su Artículo 7 determina: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.
- d) El Código Penal de Cuba, en relación con la definición de delito, considera determinante que la acción u omisión sea socialmente peligrosa y prohibida por la ley el Artículo 18 determina que: se debe valorar como delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal.

Es pertinente aludir que el Código Penal guatemalteco del año 1936 contenía una definición de delito al estipular que era: la infracción voluntaria de la Ley Penal. Toda infracción de la ley penal se presume voluntaria mientras no conste lo contrario.

Es tiempo que la ley sustantiva actual guatemalteca, incorpore una definición expresa de lo que se entiende por delito, para lo cual es preponderante considerar elementos de la teoría jurídica del delito, como resultado de una larga elaboración científica constantemente en renovación.

Por eso se reitera la necesidad de adicionar en el Título II, denominado Del Delito, un Artículo que incluya una definición de delito, por el hecho que se regula toda una amplia clasificación de los tipos del mismo, pero, contradictoriamente no se tiene una tal como se aprecia con los ejemplos de los países que incluyen una definición.

Para tener una idea de cómo distintos autores definen esta institución, se citan las siguientes:



Cúmulo de actos desarrollados por determinados sujetos con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que admiten la imposición de una pena y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción. (Binder, 2005, p. 49)

En otras palabras, se integra con una serie de actividades a través de las cuales los órganos competentes, con la observancia de requisitos legales, proporcionan lo necesario, para aplicar la ley penal el caso concreto.

Carnelutti (1950) lo define como: “un conjunto de actos necesarios para conseguir el resultado, obtener un castigo, considerados en su simultaneidad, en una fotografía, que comprende todos los actos juntos” (p. 309). Es decir, es el proceso que tiende a la averiguación del sindicado, determinar su responsabilidad, imponer de la pena señalada en la ley penal y la ejecución de la misma.

Es la estructura jurídica que ordena la secuencia de actos investigativos y de discusión que “conducen desde los iniciales determinados por la noticia de un hecho delictivo, a una decisión jurisdiccional conclusiva sobre la procedencia de aplicación de sanción punitiva a uno o varios sujetos” (Vásquez, 1997, p.127). Corresponde al hecho que el proceso penal se integra por una serie de etapas o fases, en las cuales se llevan a cabo determinados actos, los cuales son trasladados al órgano jurisdiccional para los requerimientos y resoluciones respectivas.

A criterio de Benavente (2011), el proceso penal es utilizado para que las partes puedan interactuar en un problema derivado de un supuesto delito, en función de sus intereses, y se difunde porque es: “un conflicto entre la sociedad afectada por el delito y



el responsable de los hechos, que efectivamente dispensa una consideración pública a la persecución penal; y, por otro lado, el conflicto entre la víctima y el autor del daño” (p. 7). Por ello, es que el órgano jurisdiccional con la potestad que tiene, procede a resolver el mismo en aras de conciliar el requerimiento del particular y el interés estatal porque el orden jurídico quebrantado sea restablecido.

Es la serie de actos solemnes:

Con los que determinadas personas, legítimamente autorizadas, observan cierto orden y formas determinadas por la ley, conocen de los delitos y sus autores a fin de que la pena se aleje de los inocentes y se atribuya a los culpables. Es el instrumento proporcionado por el Estado como el único medio idóneo para que sus órganos judiciales particulares interesados colaboren, frente a un caso concreto para el descubrimiento de la verdad, y, en consecuencia, actúe la ley penal sustantiva. (Barragán, 2009, p. 92)

Se entiende entonces que, el proceso penal lo integran una serie gradual, progresiva y concatenada de actos regulados por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos y por los ciudadanos obligadamente o autorizados a intervenir, que procuran investigar la verdad sobre la acusación de un delito y aplicar concretamente la ley penal sustantiva.

3.4. Fines

El fin fundamental del proceso penal es:

La actuación del ius puniendi estatal, que obedece o proviene esencialmente de



la atribución exclusiva del Estado de la facultad de imponer penas; el Estado tiene la facultad, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas de las que tenga conocimiento, facultad-deber que solo pueden ejercitar los Jueces y los Tribunales a través del proceso penal. (Armenta, 2010, p. 27)

Subyace el interés por restaurar el orden jurídico alterado por la comisión del hecho delictivo, por lo consiguiente, tiende a lograr el bien común, ante casos concretos sometidos al mismo, con la intención de aplicar justicia, pero garantizando el debido proceso.

Por lo cual Calderón (2011) enfatiza que “el proceso penal persigue la represión del delito, la prevención del mismo y la rehabilitación o readaptación social del que delinque” (p. 97). Sin embargo, lo último, es una utopía, no existe por parte del Estado el mecanismo que garantice que la persona condenada sea beneficiada por el sistema carcelario y únicamente se concreta a verificar el cumplimiento de la condena.

La misión del proceso penal es:

(...) llevar la pretensión penal estatal de aplicar penas a los delitos que se cometan; de allí nace una de las características de la acción: que la acción penal es indisponible, es decir que, como rige el principio de investigación para todos los casos de acción pública, en tales casos la acción solo le corresponde al Ministerio Público, no es libre la disponibilidad del actor para plantear la demanda. (Cornejo, 1997, p. 37)



Por lo tanto, la finalidad inmediata del proceso penal estriba en demostrar la existencia o inexistencia de un delito, determinar la responsabilidad del imputado, imponer la pena que le corresponde y su ejecución, mientras que la finalidad mediata es la aplicación de la ley a un caso en concreto.

El fin primordial en el proceso penal puede comprender dos tipos de posiciones, para la primera sería que se dicte una sentencia que ponga fin al conflicto, para la segunda, la individualización de la persona responsable de la infracción penal y el restablecimiento del bien jurídico tutelado que fue vulnerado o bien la averiguación de la verdad, en función de dichas posiciones tener un consenso sobre un fin específico sería de poca utilidad, ya que ambas perspectivas se entrelazan.

Debe tenerse presente que, tal como acontece con los fines generales del derecho, el proceso penal busca alcanzar el bien común, la justicia y la seguridad jurídica, con la aplicación de la ley penal al caso concreto, al respecto la doctrina determina que el proceso penal contiene fines generales y específicos.

Los generales son aquellos que encajan con los del derecho penal, en cuanto tiende a la defensa social y a la lucha contra la delincuencia, y además coinciden con la búsqueda de la aplicación de la ley a cada caso concreto, es decir, investigar el hecho que se considera delictuoso y la responsabilidad criminal del acusado. Mientras tanto los fines específicos, tienden a la ordenación y al desenvolvimiento del proceso y encajan con la investigación de la verdad efectiva, material o histórica, es decir, la sanción de los culpables y la absolución de los inocentes conforme a la realidad de los hechos y como consecuencia de

una investigación total y libre de perjuicios. La reintegración del autor y la seguridad de la comunidad jurídica. (Albeño, 2001, p. 5)

En síntesis, el proceso penal, es la potestad del Estado en función del monopolio del *ius puniendi*, de perseguir por medio de los órganos competentes respectivos, la represión de los hechos calificados como delitos o faltas, la prevención de los mismos y la readaptación o rehabilitación social del delincuente, el resarcimiento de la víctima o familiares por la vía de la reparación digna, debiendo prevalecer el bien común, la justicia y la seguridad jurídica.

3.5. La pena

La historia de la pena, como consecuencia jurídica dentro del derecho penal, según señala Sandoval, ha pasado por cuatro fases primordiales, las cuales se han distinguido por la finalidad y el objetivo que ha perseguido cada una de ellas, siendo las siguientes:

a) Fase vindicativa

Parafraseando a Maurach (2004) esta fase abarca desde la era primitiva hasta comienzos del siglo XIV, caracterizada por asociar la pena como la idea de venganza, pero, no fue la fuente originaria del derecho penal, se concebía de diferente forma en ámbitos como: la familia, el clan, la unión de tribus y el Estado. La venganza se manifestaba específicamente entre los clanes, quienes pretendían resarcir el daño que el delincuente había causado.



b) Fase expiacionista o retribucionista

Parafraseando a Costa (1953), la función de la pena se regía por la formación y consolidación de organizaciones religiosas quienes desde un inicio legitimaron la imposición de sanciones penales, esto a través de la creación de conciencia en los individuos referente a que para liberar la culpa del acto cometido debían padecer dolor ante los representantes divinos, quienes solían ser los reyes o jueces debido a que actuaban en nombre de Dios o en su defecto las castas sacerdotales.

Por su parte, Sandoval (2007) propone que se tenía la idea que el castigo era la plena manifestación del poder divino en la tierra por lo tanto era considerado un dogma irrefutable. Cualquier delito era considerado como un acto de ofensa al rey y a Dios, por lo que cobraba auge la figura del inquisidor, quien se encargaba de organizar el padecimiento de la pena mediante torturas que se padecían con rumbo a la confesión. La importancia de la pena radicaba en el sufrimiento.

c) Fase correccionalista y moralizadora

Según Sandoval (2007), esta etapa inicia a finales del siglo XVIII, justamente cuando se racionaliza la tan sonada ley de Talión y se logra establecer qué período de tiempo será privado de libertad todo aquel que falte a la norma, es en esta época donde se edifica el término de prisión.

Canizales (2008) afirma que es justamente con las revoluciones norteamericana y francesa que la burguesía toma el poder político y desplaza a la autocracia abandonando; así, la pretensión de que todos aquellos sentenciados retribuyeran de



manera económica el mal que habían causado y surgiendo la ideología de corregir a los desviados.

Por lo anterior, siguiendo en la misma línea, Neuman (1971) argumenta que el proceso de evolución inicia a mediados del siglo XVIII, cuando aparecen dos publicaciones destinadas a esparcirse a gran medida, las cuales son *Dei delitti e delle pene*, del marqués Cesare de Beccaria, caracterizándose por tener un sentido altruista más que jurídico, buscando así reformar las penas estableciendo la pluralidad de las penas y la imposición proporcional de las mismas referente al daño ocasionado; por otro lado, la obra *State of prisons*, de John Howard, quien buscaba establecer las bases humanas del régimen carcelario, a través de la denuncia que realiza sobre las condiciones inhumanas que sufrían los prisioneros, derivado de todo lo mencionado se establecen las penas privativas de libertad y se elimina a gran proporción las penas de muerte y mutilación.

d) Fase resocializante

Esta fase se desarrolla durante las tres últimas décadas del siglo XIX. Sánchez (2004) establece que en esta fase aparece la resocialización entendiéndose ésta como reinserción social, readaptación social, reeducación social e incluso rehabilitación social, bajo el panorama de la existencia de sujetos que no han logrado adaptarse a la sociedad y necesitan ayuda para lograrlo.

El origen de esta temática resocializadora radica en la crisis económica sufrida desde finales del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX, así como en la tendencia ideológica

que se estaba manifestando, consecuencia de ello el Estado intervino jugando un rol de mediador, con el objeto de paralizar las aspiraciones de los proletariados.



3.6. Legalización y descriminalización

Muchos países han legalizado el consumo de marihuana, por ejemplo, del aspecto medicinal Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, el consumo recreativo, Canadá, Estados Unidos, México y Uruguay, incluso, otros países han despenalizado el consumo.

Allen, Trace y Klein (2004) hacen una importante distinción entre los conceptos relacionados con un cambio legal, reglamentario, de política criminal, etc. Señalan que “cuando los gobiernos hacen cambios en su legislación y en su práctica con respecto a las ofensas relacionadas con las drogas, es importante reconocer las diferencias entre legalización, descriminalización y despenalización” (p. 3).

Blickman y Jelsma (2008) enfatizan que: “existe mucha confusión en torno al significado exacto de descriminalización y despenalización. Debido a que no hay una definición universalmente aceptada, las interpretaciones varían de un idioma a otro” (p. 8).

Parafraseando a Allen, Trace y Klein (2004), descriminalización implica la eliminación de un comportamiento o actividad del derecho penal que tiene una incidencia en los delitos relacionados con el consumo y tenencia de drogas y debe reflejarse en la imposición de sanciones no penales o directamente en la anulación de todas las sanciones, en otras palabras, es factible que puedan aplicarse otro tipo de restricciones



que regulen el comportamiento o la actividad que se ha descriminalizado, resultaría de un cambio de política pública no criminal.

Ahora bien, en cuanto a la legalización Blickman y Jelsma (2009) consideran que: “se referiría a la eliminación del ámbito del derecho penal de todos los delitos relacionados con las drogas: consumo, tenencia, cultivo, producción, tráfico, etc.” (p. 9). La diferencia entre penalizar el uso/consumo de drogas o la posesión/tenencia de drogas para uso personal, es solamente académica, pues es imposible usar drogas sin poseerlas. Además, en los tratados internacionales no se establece el consumo de drogas como un hecho punible.

3.7. La despenalización

En cuanto a la despenalización, a criterio de Allen, Trace y Klein (2003) “implica simplemente una distensión de la sanción penal y suele abarcar el consumo personal y el tráfico en pequeña escala, y en general conlleva la eliminación o la reducción de las penas de prisión” (p. 4). Independientemente de que el comportamiento aún se visualice como una actividad ilícita, se opta por no castigar a quienes están involucrados en el consumo de drogas para consumo personal. A pesar de la prohibición de dicha actividad y los infractores puedan ser arrestados, no podría aplicarse sanciones, penales o administrativas.

Algunos de los países que han despenalizado el consumo de marihuana son:

a) Holanda

En Holanda están prohibidas todas las drogas. La particularidad es que no se



persigue penalmente la venta de hasta cinco gramos de cannabis en *coffee shops*, si se cumplen condiciones muy estrictas, ni la tenencia de pequeñas cantidades de drogas para consumo propio. Las siguientes actividades, tanto en lo que respecta al cannabis como a las demás drogas, comúnmente llamadas “duras” (como heroína, cocaína, entre otras), son punibles en Holanda:

- tráfico (importación/exportación),
- venta,
- producción, y
- tenencia.

El consumo de drogas no es punible. Según nuevas informaciones, está por entrar en vigencia una nueva ley que restringe el beneficio de poder comprar (y consumir) cannabis en los *coffee shops* a los residentes (locales). Los extranjeros quedarían excluidos, para reducir el turismo de drogas. Los *coffee shops* se convertirían en clubes privados, accesibles solamente a personas disponiendo de una tarjeta de identificación, que evidencia su mayoría de edad y el hecho que son residentes de los Países bajos.

Razones de la no punibilidad del consumo de drogas: La política holandesa está orientada a la prevención del consumo de drogas y a la reducción de los riesgos individuales y generales que llevan aparejados las drogas. En este contexto, se ofrece asistencia a los adictos a los estupefacientes en la desintoxicación y en la mejora de su situación física, psíquica y social. Dado que los usuarios de drogas



no tienen por qué temer una persecución criminal ni antecedentes penales exclusivamente por el consumo de drogas (quedando así estigmatizados), les resulta más fácil hacer uso de esta ayuda. (AA.VV., 2017, p. 6)

b) Bélgica

En junio de 2003 fue aprobado por el Parlamento, bajo responsabilidad del Ministro de Sanidad, un Informe Federal de Política sobre Drogas en el que, entre otras situaciones, se proporciona mínima prioridad a la investigación de la posesión de pequeñas cantidades de cannabis para consumo propio (3 gramos o una planta). (AA.VV., 2017, p. 8) (sic)

Bélgica avanza hacia una política de normalización, pero no se trata de una política de tolerancia o legalización de determinadas sustancias, y se fundan en los siguientes puntos clave. No obstante, la baja prioridad que se da a la posesión de marihuana para consumo personal, siempre se levantará un acta de registro (la directiva ministerial elimina el concepto de registro anónimo). Si las sumas encontradas son de menos de tres gramos, estos actos son simplificadas y se enviará a los tribunales, pero no se incautará el cannabis objeto del registro.

c) Portugal

Hasta el primero de julio del 2001, las penas por el uso, posesión y compra de pequeñas cantidades de droga en Portugal eran castigadas con hasta tres meses de prisión o una multa. Las cantidades que sobrepasan de un abastecimiento para tres días eran castigadas con hasta un año de prisión o una



multa. Sin embargo, a partir de esa fecha, comenzó a regir la ley 30/200032, de despenalización criminal del uso, posesión y compra de droga para consumo personal (no solo de cannabis) como delito, tanto para los usuarios casuales como para los adictos.

En consecuencia, actualmente el consumo, la compra y la tenencia para consumo personal constituyen únicamente una falta administrativa. Si es detenida una persona que posee una pequeña cantidad de droga, se le confisca y, si no se constata ninguna otra infracción, se le conduce ante una comisión de tratamiento y rehabilitación (Comissoes para a Dissuasao da Toxicodependencia- CDT's).

Estas modificaciones legales del año 2001 representan una descriminalización de la utilización personal de drogas. La nueva ley no legalizó ninguna ofensa relacionada a las drogas, pero quitó los castigos penales por el uso, posesión y la compra de cualquier droga ilícita en una cantidad mayor al abastecimiento para 10 días de consumo. (AA.VV., 2017, p. 9) (sic)

d) Argentina: (proyecto de ley)

Se debate la inclusión de un Artículo sobre la despenalización de la marihuana para uso terapéutico dentro de la Ley 23.737 sobre la Tenencia y el Tráfico de Estupefacientes. El proyecto de reforma está formulado de la siguiente manera: "Artículo. 29 quater. - Se estima autorizada la comisión de alguna de las conductas descriptas en los Artículos 5, 14 y 28 de la presente ley con variedades del compuesto químico tetra hidrocannabinol (THC), ya sea de



origen natural o sintético, y con fines terapéuticos o para la investigación de su posible eficacia como medicación terapéutica o de control de síntomas. El ejercicio lícito de estas conductas queda sometido a la reglamentación establecida por la autoridad competente. (AA.VV., 2017, pp. 9-10) (sic)

3.8. Los sustitutivos penales

Sustituir es una característica que se traduce en un cambio, poner una cosa en lugar de otra, desde esta perspectiva cuando dicho término se aplica al ámbito penal, los sustitutivos penales son una especie de sanciones alternas, son opciones a aplicar por función de política criminal y el objetivo es que a la persona que ha cometido un delito se le dé la oportunidad para que visualice la importancia de corregir su actitud.

3.8.1. Definición

Amuchategui (2005) define los sustitutivos penales como: “la libertad del juez de sustituir una sanción por otra, siempre que se cumplan los requisitos que la propia ley señala” (p. 33), lo cual implica que es posible que la persona reciba un beneficio de evitar la pena de prisión, siempre y cuando el delito lo amerite y exista en el ordenamiento procesal penal un mecanismo que facilite este cambio.

También se definen los sustitutivos penales como:

Instrumentos que emplea el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales, encaminados a sustituir la pena de prisión, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir. (De León y Mata, 2009, p. 301)



Una definición de penas alternativas es mostrada por Chinchilla y Linares (2003), quienes definen estas como: “aquellas diferentes de la pena de prisión que se imponen como resultado de una resolución condenatoria” (p. 84). Los sustitutivos penales son alternativas penales, alejadas de la pena de prisión, que buscan ejercer un control social sobre el delincuente sin quitarle su libertad de manera absoluta; las cuales tienen como fin una completa readaptación del delincuente a la sociedad.

3.8.2. Clasificación de sustitutivos penales

Trejo, Serrano, Fuentes de Paz, Rodríguez Cruz y Cortez de Alvarenga (1992) proponen la siguiente nomenclatura:

- a) Sanciones que suponen supervisión y control: libertad condicional con supervisión, servicio comunitario, libertad condicional domiciliaria, tratamiento en régimen abierto (opción para condenados con problemas vinculados a la toxicomanía o al licor).
- b) Sanciones que no requieren supervisión y control: condena condicional sin supervisión, advertencias penales.
- c) Pagos en dinero: multa, pago compensatorio, reparación personal, conciliación, decomiso.
- d) Pérdida de derechos: suspensión del permiso de conducir, privación de otros derechos.

Se infiere de esta clasificación que en el ordenamiento procesal están regulados, precisamente en la Ley del Sistema Penitenciario, beneficios como prelibertad, libertad



controlada, redención de penas, y el Código Penal faculta a los jueces a aplicar la suspensión condicional de la pena, el perdón judicial y medidas de seguridad.

3.8.3. Legal de clasificación, sustitutivos penales

a) Suspensión condicional de la pena

Parafraseando a Fontán (1995), a este mecanismo se le conoce también con el nombre de condena de ejecución condicional, lo cual representa que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta al autor de un delito leve, toda vez que las condiciones personales del mismo permitan ponderar que la efectividad de esa pena carece de objeto práctico. El término en sí especifica los factores que la integran, o sea, se aplica la suspensión de la pena impuesta en sentencia, pero hay una serie de condiciones a las cuales tiene que supeditarse la persona.

Precisamente, al tenor de lo dispuesto por el Artículo 74 del Código Penal, la suspensión condicional de la pena puede ser extensiva a otras penas accesorias, pero, no exime las obligaciones civiles derivadas del delito. Por otra parte, en los casos en que es posible la suspensión condicional de la pena, tal como lo regula el Artículo 27, el cual determina taxativamente que dicho beneficio no será inferior a dos años ni mayor de cinco y no impedirá el progreso de la acción civil, concatenado con el Artículo del Código Penal citado.

b) Libertad condicional

Parafraseando a Fontán (1992), a este beneficio tienen derecho los condenados toda vez hayan cumplido determinada parte de su condena, pero que a su vez la conducta



que hayan tenido durante el tiempo de su encierro haya sido ejemplar, no aplica a reincidentes.

La libertad condicional es un beneficio que consiste en que, el acusado es dejado en libertad bajo apercibimiento de cumplir condiciones impuestas por juez. Es viable si la persona condenada es delincuente primario y, ya haya cumplido parte de la condena impuesta, la autoridad competente para decretarla es la Corte Suprema de Justicia tal como lo determina el Artículo 78 del Código Penal, previa información que al afecto se tramitará ante el Patronato de Cárceles y Liberados o la institución que haga sus veces. Sin embargo, el Artículo 496 del Código Procesal Penal establece que es el juez de ejecución el facultado de otorgarla, según los informes previstos por la ley penal que la dirección del establecimiento donde el condenado cumple pena privativa le remita.

El Código Penal prescribe que la resolución debe especificar las condiciones que se imponen al favorecido, consistentes en la sujeción a alguna o algunas medidas de seguridad con fundamento en que: primero, el privado de libertad cumpla con más de la mitad de la pena de prisión que exceda de tres años y no pase de doce, o que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena que exceda de doce años; y segundo:

- a) que el reo no haya sido ejecutoriadamente condenado por otro delito doloso,
- b) haber observado buena conducta durante su reclusión según informe multidisciplinario emitido por el régimen penitenciario o centro de cumplimiento de condena, y c) que haya reintegrado la cosa y reparado el daño en los delitos contra el patrimonio y, en los demás delitos, que haya satisfecho, en lo posible, responsabilidad civil.



En relación con la revocación del beneficio, el Artículo 81 indica que el acusado estará sujeto a la libertad condicional por el tiempo que dure su condena, y si sucediera que el beneficiado cometa un nuevo delito o violare las medidas de seguridad impuestas, durante este tiempo, el beneficio se revocará y se hará efectiva la parte de la pena que no cumplió, y de igual forma sin computar en esta, el tiempo que haya permanecido en libertad.

El Artículo 82 muestra que, transcurrido el período de la libertad condicional, sin que el beneficiado haya dado motivo a la revocación, se tendrá por extinguida la pena. Esta extinción se debe solicitar a través de la vía incidental según lo establece el Artículo 150 BIS del Código Procesal Penal.

c) El perdón judicial

Parafraseando a De León y De Mata (2009), lo definen como es un sustitutivo penal por el cual los órganos jurisdiccionales sustituyen la pena de prisión o multa con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir, lo cual obedece a una política criminal garantista.

Se propone que el perdón judicial:

Constituye una institución prevista por algunos ordenamientos penales, por medio de la cual los jueces o magistrados tienen la facultad de hacer remisión o perdonar la pena que han impuesto ellos mismos al acusado, en mérito de los antecedentes del condenado y demás circunstancias que rodean al hecho.

(Goldstein, 2010, p. 421)



El perdón judicial es la potestad conferida al juez de perdonar una pena impuesta al delincuente en sentencia, considerando aspectos relacionados con su peligrosidad mínimo y demás circunstancias que afecten al hecho. En este sustitutivo penal, el Artículo 83 del Código Penal faculta al juez para determinar su procedencia concediéndole una libertad limitada, pues indica que este a su juicio, debe determinar si las circunstancias en que el delito se cometió ameritan el otorgamiento del mismo, verificando ciertos requisitos.

El perdón judicial además de contener como requisito que sea delincuente primario, tener buena conducta, que los móviles y circunstancias personales del delincuente que se demuestren, sean atenuantes de la pena y una baja peligrosidad, tiene como último requisito el que la pena no exceda de un año de prisión o que consista en multa, esto denota que el peligro o daño causado debe ser muy leve no solo a criterio del juez (de manera subjetiva), sino también según lo determinado en ley, la cual tiene ya preestablecido los límites de las penas o la pena en sí, de una manera objetiva sin que este sea afecta a cambios (exceptuando las circunstancias atenuantes).

En síntesis, de los sustitutivos penales descritos anteriormente se infiere que los mismos son aplicables para sujetos con bajo nivel de peligrosidad y que tienen la facilidad de lograr una reinserción a la sociedad, se obvia el mantenerlos en prisión que en nada favorece esta finalidad, por consiguiente, representan una alternativa novedosa, máxime que en las actuales condiciones la pena de prisión no logra la finalidad de reincorporar a la persona, la cual ha hecho un esfuerzo por merecer este beneficio.



3.9. El delito de posesión para el consumo

Este delito está regulado en el Artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad y se aplica a la persona que se le incauta drogas, pero la particularidad es que la utilizará para su consumo, y para determinar esto se pondera que lo que posea no exceda la cantidad razonable para su consumo inmediato y, discrecionalmente, se incluye que se infiera la convicción que la droga es para uso personal. El problema es que no está determinado lo que debe ponderarse como razonable, sin embargo, la sanción es pena de prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q.200.00 a Q.10,000.00, constituyendo uno de los delitos que más detenciones de personas genera.

La doctrina mayoritaria, tal como propone Martínez (2012), “considera que el bien jurídico protegido en este delito es la salud pública” (p. 10). Precisamente, el Artículo 93 de la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce el derecho a la salud y a la protección de la salud, de ahí el hecho que supuestamente se debe regular esta situación, sin embargo, el daño es a nivel personal, familiar y social; por ello, es que se impone que se considere cómo ayudar a quienes consumen dicha droga para evitar la pena de prisión, ya que, si no está la posibilidad de rehabilitación porque en las cárceles se continúa el consumo, entonces, priorizarse un sustitutivo penal.

Para la configuración del delito de posesión para el consumo, el elemento material del mismo está constituido por la efectiva posesión de alguna droga, sin tener para ello la prescripción facultativa correspondiente, mientras que el elemento subjetivo se integra por la intención de la persona de disponer para su consumo inmediato una cantidad razonable de droga; hay necesidad entonces de, como mínimo, determinar cuánto



sería tal cantidad, porque la marihuana es una hierba y para los efectos de un consumo inmediato es obvio que con un pequeño envoltorio basta, pues un cigarro o dos que pudieran elaborarse es suficiente.

La posesión:

Consiste en la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por persona y se entiende poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión. Es indiferente la lejanía física y transitoria de la cosa e incluso la ignorancia de donde se encuentra. (Ujala, 2000, p. 191)

El Artículo 2 de la Ley contra la Narcoactividad define el consumo como el uso ocasional, periódico habitual o permanente de la sustancia a que se refiere la presente ley. Se infiere entonces que quien consume drogas lo hace cotidianamente, de vez en cuando, cuando se presenta la ocasión o ya es un adicto, por consiguiente, dado a que es factible que no tener dinero y ser adicto puede dar lugar a cometer un delito con tal de obtener el dinero para adquirir droga, es que el delito de posesión para el consumo debe ser objeto de un tratamiento diferente, enfocado en minimizar el riesgo que por ser un consumidor ocasional se llegue a la habitualidad.

Ahora bien, una cuestión importante es el hecho que en la Ley contra la Narcoactividad no incluye definiciones relacionadas con las clases de consumo o posesión. La norma se concreta a penalizar con multa y prisión a quien adquiera o posea cualquier tipo de droga.



En ese orden de ideas, dado a que en otros países hay un interés por legalizar el consumo de marihuana por cuestión de política criminal, pertinente considerar lo que representa el consumo ocasional, periódico o habitual o permanente de una determinada droga. A continuación se enumeran las diferentes clases de consumo lo cual se parafrasea del trabajo de Castellanos (2008):

- a) Recreativo: se entiende por consumo recreativo al consumo que tiene por fin promover el placer, la felicidad o la euforia del consumidor, la persona la consume por diversión. Las intenciones más específicas comprendidos bajo este amplio catálogo incluyen la sociabilidad, el descanso, el alivio al aburrimiento, la jovialidad, los sentimientos de armonía, la mejora de la sexualidad y demás. Algunas otras personas las consumen con fines ceremoniales en el curso de rituales religiosos y otras para mejorar su rendimiento en los deportes competitivos, pero, como ya se dijo, con fines recreativos.

- b) Ocasional: esta clase de consumo, es aquel tipo en el cual el individuo por tener oportunidad, ya sea por curiosidad, por ejemplo, ingiere alguna droga con el objeto de sentir sus efectos, lo que sitúa en una posesión de peligro pues si la experiencia le fue grata puede tratar de adquirirla nuevamente del mismo que se la proporcione y así desarrollar una adicción a la droga. En esta clase de consumo la persona aún no ha desarrollado dependencia hacia la droga, por lo que puede no volver a consumirla; además, se debe considerar que, aun en el caso de que vuelva a tener contacto con la misma, dependiendo del tiempo, podrá tener la calidad de consumidor ocasional.



- c) Periódico: esta clase de consumo se observa una fase más desarrollada pues en este caso el individuo ya tiene dependencia hacia la droga y necesita sentir sus efectos, aunque básicamente median lapsos para consumirla. Por ejemplo, puede esperar a que llegue el día viernes de cada semana, hacia el final de una jornada de trabajo, cuando va a la discoteca o algún lugar de diversión para deleitarse de manera solitaria o con alguna compañía, de los efectos de la droga. El lapso existente entre una y otra dosis está determinado en el tiempo: cada dos días, cada tres días, cada semana.
- d) Habitual: esta clase de consumo, es por medio del cual el contacto del individuo con la droga ha llegado a desarrollar una fuerte adicción, lo que causa que desee tener ingesta de la misma, sin mediar lapsos, sino en cualquier momento del día y en una forma permanente, es decir en una manera consuetudinaria para obtener así satisfacción personal y/o evitar los efectos que produce la abstinencia de la droga, ya no puede realizar sus actividades sin consumir la droga.

Tales tipos de consumo tienen que ponderarse para considerar la imposición de un sustitutivo penal, porque el consumo de marihuana es tendencia, es una droga barata a la cual tienen acceso infinidad de personas. Si bien es cierto que tiene un efecto perjudicial, su legalización es algo que se debe visualizar dentro de una política criminal que considere la necesidad que a quienes les gusta fumar marihuana se les dé la posibilidad de realizar algún tipo de actividad en la sociedad, particularmente por el hecho que según Neuman (1971): “no existe una base científica seria para santificar o satanizar el uso y consumo de unas drogas, porque además, está el organismo de cada receptor con parámetros no siempre similares” (p. 6).

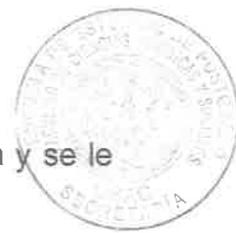


El problema está en que la Ley contra la Narcoactividad, establece las penas para las personas que participan en el consumo, tráfico, portación y complicidad, como: muerte, prisión, multa, inhabilitación absoluta o especial, el decomiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes del delito, expulsión del territorio nacional de extranjeros, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia condenatoria.

No hay opción a considerar que deba aplicarse un sustitutivo penal, pero, no quiere decir que esto no se observe en la realidad, ya que, sí es posible que se beneficie con el criterio de oportunidad, porque el Ministerio Público, actuando en representación de la sociedad y en función del principio de objetividad, considera que el daño es personal y no hay por qué preocuparse si hay o no un peligro social.

Precisamente el Artículo 39 preceptúa: “quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley (...)”; el Artículo dos de la misma norma establece en sus incisos a) y b) los tipos de drogas que comprende este delito. Si bien es cierto que no hay duda en cuanto al sujeto activo que por el simple hecho de adquirir o poseer droga debe enfrentar un proceso, no se indica la cantidad de droga que debe considerarse idónea para un consumo inmediato, entonces, simplemente hay discreción para encuadrar la conducta al tipo penal y esto atenta contra el principio de legalidad.

El supuesto jurídico en el delito de posesión para el consumo para el sujeto activo es que adquiera o posea la droga para su propio consumo; se puede adquirir la droga, en forma ilícita, ya sea a título oneroso o bien a título gratuito, no interesa a que título la posea, ya que el requisito es que, se le sorprenda, por parte de las autoridades



consumiendo alguna droga o simplemente que posea cierta cantidad de droga y se le incaute ya sea en sus manos o bien en sus respectivas prendas de vestir.

Partiendo del hecho que, la materia del narcotráfico es un área que no es objeto de despenalización, por parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, no puede invisibilizarse que el sistema penal procede a hacer una especie de selección de casos que deben ser objeto de judicialización, de tal forma que esto es una especie de discriminación, porque, los casos que llegan hasta sentencia no son los más graves, ni los que afectan a bienes jurídicos fundamentales.

Lamentablemente, la actuación de las sedes del Ministerio Público, se concentran sobre ciertos tipos penales en donde la mayoría de involucrados, son personas de escasos recursos económicos, persona que al estar siendo sindicadas no cuentan con recursos para pagar abogados particulares. Precisamente el delito de posesión para el consumo acusa una gran cantidad de personas sujetas a proceso penal.

3.10. Los sustitutivos penales y las medidas de coerción en el proceso penal en la comisión del delito de posesión para el consumo.

El ponente es del criterio que, el sustituto penal que procede aplicar para quienes son objeto de un proceso penal por el delito de posesión para el consumo, es, el criterio de oportunidad, porque los supuestos en que se fundamenta esta opción son el hecho que realmente el interés público, o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados y, el consentimiento lo puede hacer el Ministerio Público, en representación de la sociedad.



Ahora bien, una regla a imponer sería que se realice trabajo de utilidad pública en parques o un asilo, por ejemplo, lo que sin duda alguna representa una sanción alternativa a la privación de la libertad, la obligación de realizar actividades laborales de carácter social en beneficio de la comunidad es acorde a la capacidad del obligado, no es denigrante a su dignidad como ser humano y no afecta con demasía las actividades propias de su manutención.

Lo especificado tiene su base legal en los Artículos 25 y 25 bis del Código Procesal Penal y 47 del Código Penal. Al respecto, se debe considerar que existe un garantismo procesal penal, cuya corriente humanista ha tomado mayor fuerza producto de una serie de reformas tanto en lo referente a los delitos, las penas y el procedimiento, la finalidad es que el sistema procesal penal no priorice únicamente el aspecto del castigo, sino que haya respeto a la dignidad del ser humano.

Si bien es cierto que, pudiera ser que un sector de la sociedad considere que este tipo de política criminal tiende a aumentar la impunidad, la realidad es que se ponga a disposición del juez, otro tipo de opciones para adecuar una de ellas, a las particularidades del hecho delictivo, en tal virtud, la aplicación del trabajo comunitario beneficiaría al Estado de Guatemala, a la sociedad y al propio consumidor.

Esto vendría a refrescar el catálogo de penas en materia de la Ley contra la Narcoactividad, brindando nuevas oportunidades de inserción al infractor; si bien es cierto que habría oposición, la cuestión es que el fin general prevalece sobre el particular, incluso, la visión de una política criminal que rompa paradigmas tiene que ser más humana, las penas alternativas a la privación de la libertad tienen que



positivarse, se debe obligar al delincuente a hacer algo bueno para la comunidad por el beneficio que representa no mantenerlo en prisión con los riesgos que esto implica.

El trabajo comunitario es un castigo positivo que busca la reparación del daño causado por el delito. El infractor va a asumir una responsabilidad que no se centra en sus necesidades, sino en que interiorice que es alguien con un valor para los demás, precisamente la mayoría de consumidores de drogas no tienen un discernimiento que les ayude a tener control, para ello es que el trabajo comunitario los mantendrá motivados y ocupados para no están pensando en consumir marihuana, hay un beneficio de mejorar la percepción general que tiene sobre sí mismo.

Parafraseando a Sherman y Strang (2007) el servicio comunitario reporta beneficios tales como: combatir el aburrimiento, explorar nuevos horizontes en la vida, y recomponer la imagen de sí mismo como una persona valiosa. Esta comprensión indica la existencia del valor simbólico de los servicios comunitarios.

En síntesis, la sociedad, el Estado y el orden jurídico procesal penal requieren de la aplicación de sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad, los sustitutivos penales, para que los jueces tengan la facultad de elegir la sanción de acuerdo al tipo penal, a las circunstancias de la infracción y a las condiciones del justiciable. Dichas alternativas deben orientarse a conseguir mejores condiciones para la rehabilitación y reinserción social y, sin duda alguna, una de las sanciones alternas es la del trabajo en beneficio de la comunidad en caso del delito de posesión el consumo.



CONCLUSIÓN

En Guatemala, la Ley contra la Narcoactividad, si bien determina que el delito de posesión para el consumo debe ser penado con prisión, no determina la cantidad exacto de drogas, que se deben considerar como drogas para el consumo propio, por lo que se deja abierta la puerta para que incluso los vendedores de drogas puedan argumentar que la droga que poseen es para su consumo.

La persona procesada por el delito de posesión para el consumo, necesita ser tratada por profesionales especialistas para lograr su rehabilitación, pues la drogadicción es un flagelo social que afecta a todos los guatemaltecos, de forma directa o indirecta.

Entonces, se debe reformar la Ley contra la Narcoactividad y establecer un parámetro de lo que se considera una droga en cantidad apta para su consumo y, qué cantidad es considerada apta para procesar a alguien por narcotráfico de drogas. Se debe retomar el debate social, de la despenalización del consumo de drogas, con fines recreativos y médicos, específicamente el uso de la marihuana, la cual se ha probado que puede tener un uso medicinal.

La Ley contra la Narcoactividad, no establece con prontitud lo que debe entenderse por delitos de posesión para el consumo y el de estímulo y promoción. Esta falta de precisión entre lo que debe entender por uno u otro delito, lleva a que siempre, o casi siempre, haya discordancia entre juez, fiscal e imputado; pues, lo que para el imputado es posesión para el consumo, porque él, en su convicción, sabe que no tiene droga para otro uso, para jueces y fiscales puede ser promoción y estímulo a la drogadicción.



Es urgente y necesario que en la legislación guatemalteca, se establezca lo que debe entenderse por consumo y que esta cantidad estimada, se presente de forma nominal según el sistema internacional de medidas.

La Corte Suprema de Justicia en todo caso, podría, junto al Ministerio Público, contratar personal médico especializado, a fin de determinar qué cantidades enmarcar dentro de cada delito y, en sus facultades constitucionales, plantearle al legislativo una propuesta de reforma a la ley.

Hace falta no considerar al consumidor como un delincuente, sino, como una víctima del sistema injusto que impera en esta sociedad de pocas oportunidades, de modo que este también sea tomado en cuenta, al momento de determinar qué se entiende como cantidad de posesión para el consumo.

Además, es necesaria la aplicación de sustitutivos penales en el proceso penal guatemalteco, para dejar de lado las penas y medidas privativas de libertad, por el delito de posesión para el consumo, considerando que es un delito venial, por la pena a imponer; pero al estar establecido en una ley penal especial, es juzgado de una manera rigurosa, siendo un delito de bajo impacto social y que requiere de sanciones alternativas, para ayudar al consumidor y posesionario a salir de su adicción, medidas como el servicio comunitario que sirva de base para su integración a la sociedad.

Asimismo, los procedimientos policiales en la detención de personas por el delito de posesión para el consumo, se dan muchas veces violentando derechos fundamentales, como la libertad de locomoción y posterior estigmatización social al ciudadano, pues al



ser procesado por dicho delito, daña su reputación, autoestima y economía. Esto derivado que Guatemala es un país conservador.

El Estado de Guatemala debe brindar herramientas a los jueces para que puedan establecer sanciones acordes al contexto social, económico y jurídico del delito cometido, toda vez que es necesario para cumplir los fines de la pena.

Además, el cultivo de marihuana para diversos fines es una industria millonaria que genera una gran economía, por lo que se debe analizar la viabilidad de legalización y regulación jurídica de la posesión para el consumo y el cultivo del mismo, pues vendría a ser de gran beneficio para los agricultores guatemaltecos, poder sembrar y vender legalmente dicho producto para diferentes fines de beneficio social.





BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2017). *Situación legal de la marihuana en el derecho comparado*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45928-situacion-legal-marihuana-derecho-comparado>
- Albeño Obando, G. (2001). *Derecho procesal penal*. Talleres de Litografía Llerena.
- Allen, L., Trace, M. y Klein, A. (2004). *La descriminalización de las drogas en Portugal: una visión general actual*. Fundación Beckley Programa sobre Políticas de Drogas. https://issuu.com/relasedor/docs/la_descriminalizaci_n_de las
- Amuchategui Requena, I. (2005). *Derecho penal*. Editorial Oxford.
- Armenta Deu, T. (2010). *Lecciones de derecho procesal penal*. Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
- Argueta, O. (2018). *El narcotráfico es un asunto político en Centroamérica*. FLACSO. <https://www.flacso.org/sites/default/files/users/user11/Tr%C3%A1fico%20ilicito%20de%20drogas%20-%20El%20narcotr%C3%A1fico%20es%20un%20asunto%20pol%C3%ADtico%20en%20Centroam%C3%A9rica.pdf>
- Bacigalupo, E. (2014). *Derecho penal, parte general*. Editorial Hammurabi S.R.L.
- Barragán Salvatierra, C. (2009). *Derecho procesal penal*. Editorial Mcraw-Hill.
- Benavente Chores, H. (2011). *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*. Flores Editor y Distribuidor.
- Benjamin. (1972). *Lo que usted y su familia deben saber sobre drogas*. (s.e.)
- Beristain, A. (1986). *La droga, aspectos penales y criminológicos*. Editorial Temis, S. A.
- Betham, J. (2008). *Derecho probatorio*. Editorial Planeta.



Binder, A. (2005). *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad hoc.

Blickman, Tom y otros. (2009). La reforma de las políticas de drogas Experiencias

alternativas en Europa y Estados Unidos. *Revista Nueva Sociedad*, (222), 81-103.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/miscelaneas41121.pdf>

Cabanellas, G. (1993) *Diccionario jurídico elemental*, (11.ª ed.). Editorial Heliasta S.R.L.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Editorial Heliasta.

Cabanellas, G. (2015). *Diccionario Jurídico Elemental*. Universidad de La Plata.

Canizales Navarrete, S. (2008). *La pena de prisión y su fin readaptador*. República de El Salvador. [Monografía de licenciatura, Universidad Francisco Gavidia].

Chinchilla Calderón, R. y Linares Orozco, E. (2003). Penas alternativas a la prisión.

¿Menos cárcel o más control social? Análisis del proyecto de código penal. *Revista de Ciencias Penales*, 15 (21), 79-100.

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/48041>

Costa, F. (1953). *El delito y la pena en la filosofía*. Unión Tipográfica, Hispano-Americana.

Creus, C. (1990). *Derecho penal, parte especial*. Editorial Astrea.

De León Ambrocio, C. (2012). *Estudio jurídico y doctrinario de la situación legal de inimputabilidad de los menores de edad en el derecho penal guatemalteco*.

[Tesis de licenciatura, Universidad de San Carlos de Guatemala].

http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9773.pdf



De León Velasco, H. y De Mata Vela, J. (1999). *Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial*. Magna Terra Editores.

De León Velasco, H. y De Mata Vela, J. (2009). *Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial*. Magna Terra Editores.

De Pina Vara, R. (1963). *Diccionario de derecho*. Editorial Porrúa.

Diccionario el pequeño Larousse. (2004) (10.^a ed.). Editorial Larousse S.A. de C.V.

Flores Salgado, L. (2014). *Introducción al derecho*. Universidad Autónoma de Puebla.

Folgar, L. (2007). *La importancia de la figura del agente encubierto en la legislación penal guatemalteca, como instrumento para combatir el flagelo de la narcoactividad*. [Tesis de licenciatura, Universidad de San Carlos de Guatemala].
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6810.pdf

Fontán Balestra, C. (1949). *Manual de derecho penal. Parte general*. Editorial DePalma.

Fontán Balestra, C. (1995). *Derecho penal, parte especial*. Editorial Abeledo Perrot.

García Maynez, E. (1982). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.

Garnica Enríquez, O. (2018). *Derecho procesal civil en la práctica guatemalteca*. (s. e.).

Garrido Mont, M. (2010). *Derecho penal, parte general. Tomo I*. Editorial Jurídica.

Goldstein, M. (2010) *Consultor magno, Diccionario Jurídico*. Editorial D'vinni, S.A.

Jiménez de Asúa, L. (1990). *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana.

Jiménez de Asúa, L. (1997). *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Editorial Abeledo-Perrot.



López Mayorga, L. (2009). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Oscar de León Palacios.

Martínez Rodríguez, J. (2012). *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*. Editorial Bosch.

Maurach, R. (2004). *Derecho penal parte general*. Editorial Astrea.

Medina, L. (2010). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Universitaria.

Moras Mom, J. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Editorial Abeledo Perrot.

Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho penal, parte especial*. Editorial Tirant lo Blanch.

Neuman, E. (1971). *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Ediciones Pannedille.

Nieto, A. (2011). *Derecho administrativo sancionador*. Editorial Technos.

Núñez R. (2007). *Manual de derecho penal. Parte general*. Lerner Editora S.R.L.

Pérez, C. (2014). *Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México*.
<https://bit.ly/3az2NOX>

Reynolds, Louisa. (2012, junio 12). ¿Delito por posesión o zancadilla al sistema? *Plaza Pública*.
<https://www.plazapublica.com.gt/content/delito-por-posesion-o-zancadilla-al-sistema>

Salamanca, L. (2012). *Narcotráfico, corrupción y Estados*. Editorial Adamex

Sánchez Rodríguez, G. (2004). *Modelo resocializador y pena privativa de libertad en el tratamiento penitenciario venezolano*. [Tesis doctoral, Universidad del Zulia].

Sandoval Huertas, E. (2007). *Penología, parte general*. Universidad Externa de Colombia.

Sherman, L. y Strang, H. (2007). *Justicia restaurativa. La evidencia*. Instituto Smith.



Trejo, M., Serrano, A., Fuentes de Paz, A., Rodríguez Cruz, D. y Cortez de Alvarenga, A. (1992). *Manual de derecho penal, parte general*. Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial.

Ujala Joshi, J. (2000). *Los delitos de tráfico de drogas I*. Editorial Bosch.

Vásquez Rossi, J. (1997). *Derecho procesal penal*. Rubinzal Culzoni Editores.

Zeceña, O. (1948). *Derecho penal moderno*. Unión Tipográfica.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. (1985). Asamblea Nacional Constituyente.

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

Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92. (1992). Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley General de Salud. (2009). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.