

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



**VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNA
HERRAMIENTA EFECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL EN
GUATEMALA**

JONATÁN RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2024

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

**VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNA
HERRAMIENTA EFECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL EN
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JONATÁN RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Vacante.	
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lcda.	Marta Alicia Ramírez Cifuentes
Vocal:	Lic.	Roberto Bautista
Secretaria:	Lcda.	Rosa Lucía Ixmucane López Guerra

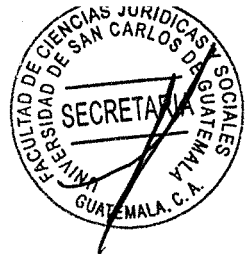
SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lcda.	Brenda Lisseth Ortiz Rodas
Vocal:	Lic.	Marco Vinicio Leiva
Secretario:	Lic.	Luis Alberto Patzán Marroquín

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



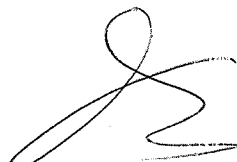
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
18 de abril de 2022.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JONATÁN RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ, con carné 201703169,
intitulado VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNA HERRAMIENTA EFECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL EN GUATEMALA.

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

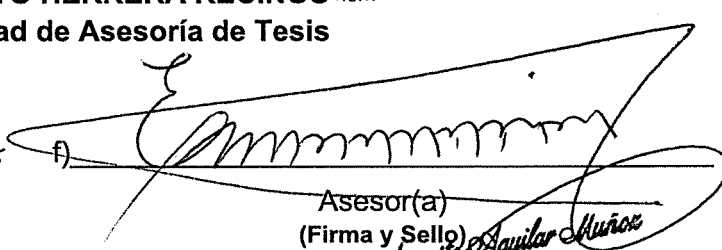
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.G. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE
ASESORIA DE
TESIS
GUATEMALA, C. A.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 21, 04, 2022.


Asesor(a)
(Firma y Sello)
Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO

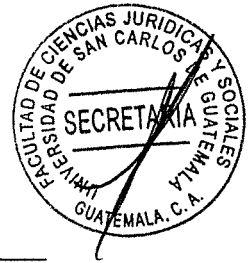
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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



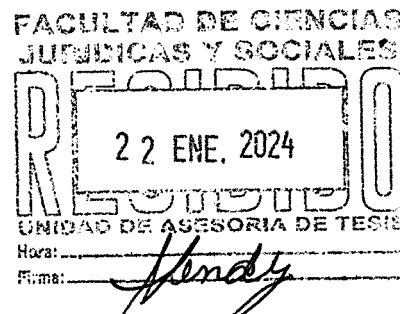


Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Abogado y Notario



Guatemala, 11 de septiembre del 2023

Doctor
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Doctor Herrera:

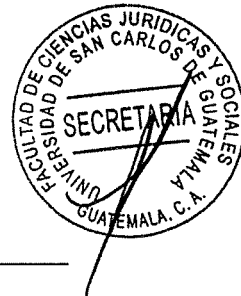
Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que, conforme a resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha 18 de abril del año 2022, he asesorado el trabajo de tesis del estudiante: **JONATÁN RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ**, intitulado: **“VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNA HERRAMIENTA EFECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL EN GUATEMALA”**.

A este respecto y de conformidad con lo que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, expresamente declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y para el efecto, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- I. El contenido científico y técnico de la presente investigación, describe lo relativo a la acción penal, los principios que orientan el ejercicio de la acción penal pública, la política criminal y la valoración del principio de oportunidad como una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala.
- II. La metodología utilizada en la presente investigación se manifestó en la aplicación práctica de los métodos, analítico, deductivo y estadístico, propios de la investigación realizada y para el efecto, las técnicas utilizadas fueron de carácter bibliográfico y documental, por la diversidad de información existente en materia de derecho penal, procesal penal y política criminal.
- III. Con respecto a la redacción, ortografía y puntuación contenida en la presente investigación jurídica en el campo del derecho penal, procesal penal y política criminal, en cuanto a la valoración del principio de oportunidad como una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala, presentada por el estudiante **JONATÁN**



Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Abogado y Notario

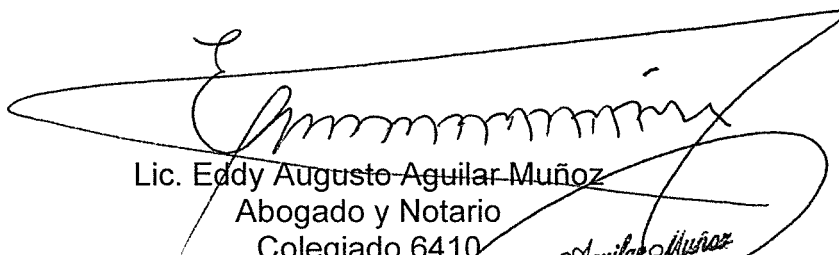


RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ son acordes con las reglas contenidas en el Diccionario de la Lengua Española.

- IV. Con respecto a la contribución científica, la investigación presentada contiene una descripción a la problemática que conlleva a que, en Guatemala el principio de oportunidad se encuentra bastante limitado y por lo tanto no contribuye como una herramienta efectiva de política criminal, lo cual, si se solventara, contribuiría al problema de los altos índices de criminalidad y al colapso del sistema de justicia en Guatemala.
- V. Con relación a la conclusión discursiva contenida en la presente investigación jurídica, esta es congruente con el plan de investigación aprobado en su oportunidad.
- VI. En cuanto a la bibliografía utilizada para el desarrollo de la presente investigación, ésta es afín al tema investigado, por lo que considero que la misma es suficiente ante la diversidad de información existente en Guatemala en materia de derecho penal, procesal penal y política criminal.

Por los aspectos antes indicados, considero que la investigación presentada por el estudiante **JONATÁN RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ** cumple con los requerimientos exigidos por esta casa de estudios superiores y en virtud de ello, emito **DICTAMEN FAVORABLE** con el objeto de continuar con el trámite académico respectivo.

Respetuosamente, me suscribo de usted, atentamente,


Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Abogado y Notario
Colegiado 6410
Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

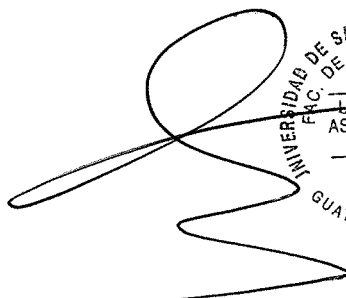


D.ORD. 705-2024

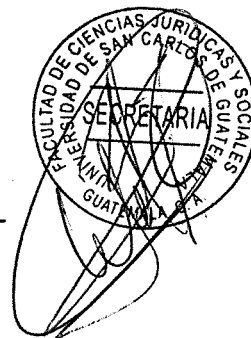
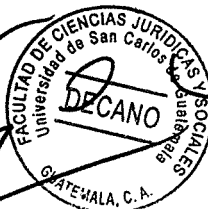
Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintisiete de junio de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **JONATÁN RENÉ GOMEZ GONZÁLEZ**, titulado **VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO UNA HERRAMIENTA EFECTIVA DE POLÍTICA CRIMINAL EN GUATEMALA**.
Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE
ASESORIA DE
TESIS
—
GUATEMALA, C. A.





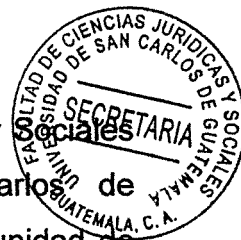


DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la sabiduría necesaria para lograr esta importante meta, guiarme en todo momento.
- A MI MADRE:** Por la vida, educarme, inculcarme valores y principios, por ser un ejemplo de superación.
- A MI FAMILIA:** A mis hermanos, mi tía, mis abuelos por ser parte de mi motivación.
- A:** El licenciado Eddy Aguilar Muñoz, mi asesor de tesis externo, docente y amigo, por todas sus enseñanzas y consejos
- A:** Licenciada Orfa Santos por su apoyo, dedicación y empatía con los estudiantes de la unidad de tesis.
- A:** El Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad, en especial al licenciado Luis Ramírez y a todo el equipo del programa de Investigadores Junior 2020, con quienes aprendí mucho.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la oportunidad de formarte como profesional.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de
Guatemala, por brindarme la oportunidad de
aprender de la noble profesión de abogado y
notario.





PRESENTACIÓN

El principio de oportunidad es aquel que orienta el ejercicio de la acción penal pública por parte del Estado, y supone varios beneficios, por lo cual, es necesario hacer una valoración de las condiciones en las que se aplica este principio en nuestro sistema de justicia y determinar si estas son las más idóneas.

Esta es una investigación de tipo mixta, ya que se utiliza el método cuantitativo al analizar datos relacionados a las reformas legislativas en materia penal y la tendencia de éstas, y también se utiliza el método cualitativo al hacer un análisis de legislación tanto nacional como extranjera, y de figuras doctrinarias aplicables al tema de investigación. La investigación se encuadra en la rama del derecho procesal penal, el derecho penal y la política criminal.

La presente investigación se delimita a partir del año en que entró en vigor el actual Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, hasta el año dos mil veinte (2020). A su vez, se delimita al territorio de la Republica de Guatemala.

El objeto de investigación es el principio de oportunidad, y el sujeto es valorar la eficacia de este principio en el sistema de justicia en Guatemala.

La presente investigación aporta un análisis crítico de las deficiencias del sistema de justicia penal, y cómo es necesario cambiar el paradigma clásico orientado a incrementar el ámbito de aplicación de la justicia penal, por uno que busque la mayor eficacia del sistema de justicia y a su vez, que procure el menor uso del poder punitivo del Estado en la gestión de la conflictividad social, esto a través de una actualización de la legislación y el implemento de políticas criminales legislativas más eficaces.

HIPÓTESIS



El principio de oportunidad en Guatemala se ve bastante limitado para poder operar como una herramienta de política criminal efectiva, puesto que, nuestra legislación penal adjetiva establece como uno de sus parámetros que en los casos de delitos de acción pública cuya pena de prisión máxima supere los cinco años no se podrá aplicar una medida desjudicializadora, exceptuando casos especiales. Y dado que la tendencia político criminal legislativa es orientada a aumentar las penas de prisión o adicionar delitos con penas de prisión altas o al menos mayores a cinco años, los casos en que se puede aplicar este principio se reducen significativamente y por lo tanto, no se puede brindar una respuesta efectiva a la conflictividad social, ya que este principio no se estaría aplicando de manera objetiva y estratégica a los casos concretos que lo ameritan, sino al cada vez más reducido listado de delitos que lo permiten.

Una propuesta que se hace es liberar el principio de oportunidad, que se pueda aplicar este principio a delitos con penas mayores a cinco años, siempre que las condiciones especiales de cada caso sean las idóneas, de esta manera gestionar los conflictos de la manera más efectiva, atendiendo a las necesidades de la víctima y la posibilidad efectiva de reparar el daño ocasionado, sin dejar de lado el principio de proporcionalidad de la pena con el daño ocasionado, y que este principio pueda contribuir de manera más eficaz al descongestionamiento del sistema de justicia, valiéndose del racionamiento lógico y de derecho que realicen los operadores de justicia, y de ciertos parámetros legales, pero que sean más orientadores que limitativos.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Los métodos que se utilizaron para la comprobación de la hipótesis son el método analítico, que fue empleado particularmente para realizar un análisis de las figuras jurídicas y doctrinas de los conceptos esenciales de esta investigación, a su vez se utilizó este método para realizar un análisis comparativo de la legislación aplicable, tanto guatemalteca, como de otros países de la región. Se hizo uso del método deductivo al realizar una revisión de las reformas se han implementado al Código Penal guatemalteco y concluir que existe una tendencia orientada a aumentar las penas de prisión o crear delitos con penas de prisión altas, también se hizo uso del método estadístico, al determinar por medio cifras el problema de la mora judicial en Guatemala y la cantidad de delitos a los cuales se les aumentó la pena de prisión en el Código Penal guatemalteco.

Por lo tanto, al concluir esta investigación se logra comprobar la hipótesis inicial la cual establece que el principio de oportunidad se encuentra bastante limitado en su aplicación y efectividad como herramienta de política criminal en Guatemala, principalmente por las limitaciones establecidas en la legislación penal adjetiva en cuanto a los casos de procedencia, y por la tendencia político criminal legislativa orientada a aumentar las penas de prisión o legislar delitos con penas de prisión altas y excluyentes de la aplicación de este principio.

ÍNDICE



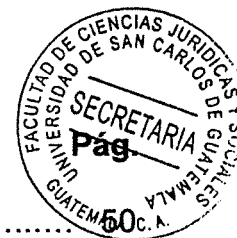
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPITULO I

1. La acción penal.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición.....	3
1.3 Características.....	6
1.4. Clases de acción penal.....	9
1.5. Propuestas de mejora de la acción penal.....	20

CAPITULO II

2. Principios que orientan el ejercicio de la Acción penal pública.....	23
2.1. Principio de legalidad.....	23
2.1.1. Definición.....	23
2.1.2. Fundamentos del principio de legalidad procesal.....	25
2.1.3. La aplicabilidad de este principio.....	36
2.2. Principio de oportunidad.....	37
2.2.1. Definición.....	38
2.2.2. Fundamentos del principio de oportunidad.....	39
2.2.3. Beneficios del principio de oportunidad.....	45



2.2.4. Modelos de aplicación del principio de oportunidad.....	
2.2.5. Principio de oportunidad dentro de la legislación penal guatemalteca...	52
2.2.6. Principio de oportunidad dentro de la legislación penal en otros países de Latinoamérica.....	56

CAPITULO III

3. Política criminal.....	63
3.1. Definición.....	63
3.2. Control social.....	65
3.3. Teoría del paradigma del orden y paradigma de gestión de la conflictividad...	68

CAPITULO IV

4. Valoración del principio de oportunidad como una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala.....	75
4.1. Principio de oportunidad como herramienta de política criminal.....	75
4.2. Expansionismo del derecho penal.....	77
4.3. Tendencia político criminal legislativa con relación al principio de oportunidad.....	79
4.4. Datos que reflejan el problema.....	81
4.5. La eficacia del sistema normativo.....	83
4.6. Proposición de modelo de principio de oportunidad en Guatemala.....	85



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....

BIBLIOGRAFÍA.....

INTRODUCCIÓN



Esta investigación versa sobre el principio de oportunidad, y como puede este ser una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala, debido a la necesidad de buscar soluciones a un sistema de justicia penal colapsado, en el cual existe un grave problema de mora judicial, el cual causa graves perjuicios a las partes involucradas como lo son la víctima, el sindicado, y el mismo Estado.

Para esta investigación se trazó como objetivo general, la valoración del principio de oportunidad como una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala, el cual se pudo alcanzar debido a que se realizó un análisis de las figuras tanto jurídicas como doctrinarias que sustentan este principio, así como su funcionamiento dentro del sistema de justicia, así también se hizo un análisis objetivo de la legislación aplicable al tema tanto guatemalteco como de otros países, y una revisión de las reformas que ha sufrido el Código Penal guatemalteco. De lo cual se pudo realizar una valoración objetiva y concluir que este principio no opera de la manera más efectiva en Guatemala.

Este trabajo se divide en cuatro capítulos, el primero sobre la acción penal, como esa figura jurídica sobre la cual recae el principio de oportunidad; en el segundo se desarrollan los principios que orientan el ejercicio de la acción penal pública, siendo estos el de legalidad y oportunidad; en el tercer capítulo se desarrolla el tema de la política criminal, sus elementos principales y relación con el principio de oportunidad; y en el cuarto la valoración del principio de oportunidad como una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala en el cual determinamos si este principio opera de manera efectiva en el sistema de justicia guatemalteco.

Entre los métodos utilizados en esta investigación tenemos: El método analítico, método deductivo y el estadístico. Y entre las técnicas utilizadas tenemos la bibliográfica y la documental, por medio de las cuales se recabó la información necesaria para sustentar este trabajo.



Por último, luego de concluida esta investigación, se espera que sirva de base para realizar una necesaria reforma a la legislación penal adjetiva, en específico con relación al principio de oportunidad a manera de hacerlo más eficaz, que se implementen políticas públicas que vayan más orientadas a una justicia restaurativa, se frene con la tendencia actual a la expansión del derecho penal, y que se capacite a todas las instituciones que forman parte del sistema de justicia en este tema.

CAPÍTULO I



1. La acción Penal

En este primer capítulo desarrollamos el tema de la acción penal, ya que nuestro tema principal de investigación es el principio de oportunidad, definiendo de manera breve a este principio como aquella facultad que tiene el ente encargado de ejercer la acción penal de abstenerse de ejercerla en casos determinados por la ley y en base a su criterio objetivo. En este sentido, si el principio de oportunidad recae sobre la acción penal es pertinente estudiar ésta, para entender de mejor manera los alcances de este principio.

1.1. Antecedentes

Un antecedente importante en cuanto al ejercicio de la acción penal es la reforma legislativa en materia procesal penal que se dio en Guatemala. Se determina que el primer Código Procesal Penal de Guatemala fue el promulgado en el año 1837, con la entrada en vigor de los Códigos de Livingston durante el gobierno del presidente Mariano Gálvez, y no fue hasta el año 1992 con el actual Código Procesal Penal que se implementó el **sistema acusatorio** al proceso penal en Guatemala. Por lo tanto, habría una gran brecha de 155 años en los cuales predominó un **sistema inquisitivo** que entre sus principales características destaca aquella concentración de funciones en un solo sujeto que es el juez, que ejerce tanto la función propia de su calidad como es el juzgar, pero también ejercía la función investigativa y acusatoria.



Ahora bien, sabemos que, con la transición a un sistema acusatorio, se dan cambios muy importantes, la principal es, esa necesaria separación de funciones, con la cual se desprende al juez de ejercer una labor investigativa y acusatoria, y se delegan estas importantes funciones a un ente distinto e independiente como lo es el Ministerio Público.

En el año 1996, con la firma de los Acuerdos de paz, se esperaba que la conflictividad social disminuyera, sin embargo, no fue así, a lo largo de los años ha aumentado otro fenómeno conflictivo, la delincuencia organizada, lo cual ha supuesto una gran carga de trabajo para el ente acusador, y si contrastamos este aumento significativo de la delincuencia, con los pocos recursos con que cuenta el Estado, hace que sea imposible atender todos los casos que se presentan.

Por lo cual, es de vital importancia analizar este tema constantemente e ir implementando los cambios necesarios en la forma de ejercer la acción penal, de tal manera que ésta realmente responda de manera efectiva a las necesidades de la población y que se base en la realidad social en que nos encontramos. Se trataría de buscar ese equilibrio entre las necesidades sociales y los recursos con que cuenta el Estado y tratar de establecer un sistema que sea lo más efectivo posible dadas estas variantes, por supuesto, sin dejar de lado las garantías y principios necesarios en un sistema de derecho justo y legítimo.

1.2 Definición

Existen varias definiciones de Acción, de distintos juristas reconocidos, entre ellos tenemos la del jurista italiano Giuseppe Chiovenda, "el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley¹".

De esta definición podemos extraer algunos aspectos importantes sobre la acción, en primer lugar, indica el autor: **el poder jurídico**, de lo cual se interpreta que hace referencia a esa subjetividad de la acción, a la facultad que tiene el titular del derecho de poder ejercitar ante el órgano jurisdiccional la acción o de no hacerlo.

En segundo lugar, establece el autor **la actuación de la voluntad de la ley**, a lo cual se interpreta de dos maneras, en primer lugar, haría referencia a la actuación del órgano jurisdiccional y en consecuencia al desarrollo del proceso jurisdiccional, como lo establece la ley, refiriéndose a un ámbito adjetivo, y en segundo lugar al origen y la finalidad de la acción, o sea, al derecho que se vulneró y que se pretende reestablecer o reparar y que así se cumpla con lo que establece la ley o con la voluntad de ésta, refiriéndose al ámbito sustantivo.

Esta definición, si bien es aportada por uno de los mayores precursores de la doctrina procesal, define la acción desde una perspectiva general, por lo cual, es necesario

¹ Chiovenda, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Pág. 4.



establecer algunos puntos importantes para definir de manera propia la acción, pero en la rama del derecho que nos interesa, la penal.

Como primer punto, la acción penal se ejercita como consecuencia de la vulneración de los derechos de una persona, sin embargo, esta vulneración debe estar regulada en ley, específicamente en la ley penal, o sea, debe constituir un delito o falta. Por ejemplo, la acción puede no siempre originarse de una ley de aplicación general, podría ser motivada por la vulneración de un contrato privado celebrado entre dos particulares, pero en este caso procedería la acción civil.

Como segundo punto, esta vulneración a los derechos de una persona se debe poner de conocimiento a un juez, pero debe ser un juez competente especialmente por razón de la materia, el juez penal.

Como tercer punto, la persona legitimada para ejercitar la acción penal, en principio debemos indicar que es la persona que ha sufrido la vulneración a sus derechos, o sea, la víctima, y a nuestro parecer se debe dar especial importancia a los intereses de ésta. Sin embargo, cuando se ve el interés social amenazado por la posible comisión de un delito, se legitima al Estado para que sea éste el que ejercite la acción penal, es por lo cual que existen varias clases de acción penal, como se desarrolla más adelante.

Y como último punto tenemos la finalidad de la acción, que es el reestablecer el derecho vulnerado o la reparación a la víctima cuando es materialmente imposible reestablecer el bien jurídico dañado.



Por lo tanto, con base en los preceptos anteriores, podemos definir la acción penal como: El derecho que corresponde a la víctima de un hecho ilícito o el deber del Estado, de poner de conocimiento a un órgano jurisdiccional la posible comisión de un hecho tipificado como delito o falta, con el propósito de que, luego de un debido proceso, si procede, se aplique la pena correspondiente y se ordene la reparación del derecho vulnerado.

Para los autores guatemaltecos Hugo García y Ligia Ralda la acción penal es “La facultad que por mandato constitucional le corresponde al Ministerio Público (acción pública), y en algunos casos ejercida por particulares (acción privada), de poner en movimiento a un órgano jurisdiccional buscando de este la reivindicación de un derecho o interés legítimo para que se determine si una persona ha cometido o no un delito y en su caso se le imponga una sanción.”²

Esta definición está más relacionada al orden jurídico guatemalteco, en primer lugar, al hacer referencia a una facultad constitucional, como se encuentra establecido en el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y en la diferenciación que se hace de la acción pública y privada, tal como se encuentra regulado en el Código Procesal Penal guatemalteco, también en cuanto a la finalidad de la acción los autores señalan la reivindicación de un derecho o interés legítimo y en segundo lugar la imposición de una sanción, lo cual nos parece acertado, ya que se

² García Flores, Hugo René y Ralda Ortiz, Ligia María. **Derecho procesal penal guatemalteco la práctica del abogado**. Pág. 12.

estaría velando por una justicia restaurativa dando prioridad a la reparación de la víctima sobre el castigo del infractor.

Poroj Subbuyuj define la acción penal como “el poder de perseguir ante los tribunales de justicia, la sanción de los responsables del delito. Es decir, que la acción penal es el método para hacer valer la pretensión punitiva”.³

Poroj lo define de manera más simple, inicia estableciendo que es un poder de perseguir, lo cual hace referencia a esa subjetividad de la que hemos hablado, y por su parte, da prioridad a la aplicación de la pena al responsable del delito, lo que se interpreta como la principal finalidad de la acción penal para el autor, lo cual no compartimos puesto que, a nuestro criterio la principal finalidad debe ser la reparación del derecho vulnerado por el delito y en segundo lugar el castigo del infractor.

1.3 Características

En cuanto a las características de la acción penal se establecen las siguientes:

De su naturaleza jurídica:

En primer lugar, diremos que su naturaleza es ser un derecho que asiste a la víctima de un delito, el cual está revestido de subjetividad, porque depende de la víctima el ejercer

³ Poroj Subbuyuj, Oscar Alfredo. **El proceso penal guatemalteco**. Pág. 59.

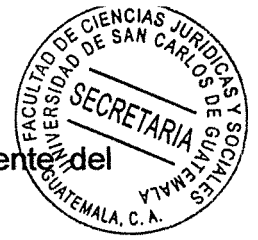


o no la acción, sin embargo, acá se da una situación especial e interesante que no se daría en el ejercicio de otra acción como la civil por ejemplo, puesto que como hemos hecho mención existen varios tipos de acción penal, entre ellas la acción privada que sería la que corresponde ejercer a la víctima, y en la que observamos esta naturaleza subjetiva en el derecho.

Pero también tenemos la acción pública, la cual le corresponde al Estado ejercerla, específicamente al Ministerio Público, lo cual establece la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 251 al regular “El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública”. De lo cual se analiza que en esta acción ya no existe esa subjetividad a la que se hace mención en la acción privada, acá el Ministerio Público al tener conocimiento de la posible comisión de un hecho ilícito, debe ejercer la acción penal, por lo cual, ya no sería solo un derecho de la víctima, sino un deber que el Estado que debe cumplir por medio de la institución correspondiente, como se regula también en el artículo dos de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer entre los deberes del Estado, el garantizar la justicia a sus habitantes.

De su autonomía:

En cuanto a la autonomía del concepto de acción el jurista Binder citando a Chiovenda argumenta “Chiovenda pretende saldar esta discusión o encontrar un punto de encuentro reconociendo la autonomía del concepto de acción (esto sin duda es cierto,



porque conceptualmente es posible generar un concepto de la acción diferente del concepto mismo del derecho subjetivo)".⁴

Esta argumentación es acertada, puesto que la subjetividad de la que puede estar revestida la acción en determinados casos, no la hace ser sinónimo del concepto de derecho subjetivo, que como sabemos tiene alcances más amplios, el cual puede constituir potestades, libertades o facultades de un individuo para hacer o exigir determinada acción de otro sujeto, en distintos ámbitos y en los cuales no necesariamente existe un conflicto o una vulneración de derechos, a diferencia de la acción que se encuentra limitada o condicionada a ser ese mecanismo con el que cuenta una persona a quien se le han vulnerado sus derechos de poder exigir la restitución de los mismos.

De los sujetos que intervienen:

Dentro de los sujetos que intervienen en la acción penal tenemos, la persona legitimada para ejercer la acción penal ya sea la víctima o el Estado por medio del ente encargado, en el caso de Guatemala el Ministerio Público, y también está el órgano jurisdiccional ante el cual se ejerce la acción penal.

⁴ Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 212.

1.4 Clases de acción penal:

De conformidad con el Artículo 24 del Código Procesal Penal de Guatemala, la acción penal se clasifica de la siguiente manera:

- a) Acción Pública.
- b) Acción Pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal.
- c) Acción Privada.

Acción pública:

En relación con la acción pública el Código Procesal Penal de Guatemala regula en su Artículo 24 bis "Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa, que serán tramitados y resueltos por denuncia de autoridad competente conforme al juicio de faltas que establece este Código".

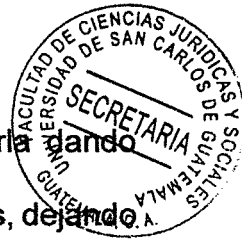
Esta acción hace referencia a aquella que es ejercida por el Estado, en primer lugar, se hace referencia a que serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, es decir sin requerimiento o autorización de la víctima u otro sujeto, luego establece que se hará en representación de la sociedad, de acá se interpreta que esta representación de la sociedad se da como consecuencia de que los intereses sociales se ven afectados como consecuencia de la comisión de un delito, sin embargo sería pertinente agregar a este

artículo que se realiza en representación de la sociedad y de la posible víctima, ya que sabemos que no en todos los casos recaerán estas calidades en el mismo sujeto, por lo cual, no se debe interpretar que por existir intereses sociales o porque se representa a la sociedad en conjunto, se debe dejar en segundo plano a la víctima directa del ilícito.

De acuerdo con Binder “Se debe entender que el Ministerio Público justifica su acción en tanto vuelve eficaz la defensa de los derechos de las víctimas o de sus intereses afectados. Si en cada delito además de la afectación de intereses particulares existe un interés de la sociedad, esto es un problema agregado, que requiere una justificación, pero de ninguna manera debe evitar la justificación de lo anterior. Aún en aquellos casos en los que podría existir -lo que no es tan común- una colisión de intereses de tal manera que el interés de la sociedad sea contrario al interés de la víctima. Siempre se debe realizar una justificación muy precisa acerca de cuándo deben ceder los intereses individuales frente a un interés social.”⁵

Como citábamos anteriormente, el Ministerio Público ejerce la acción pública en representación de la sociedad, sin embargo, es importante lo que señala Binder al establecer que la principal justificación del actuar del Estado en el ejercicio de la acción es la eficacia de la defensa de los derechos de las víctimas, y se entiende la necesidad de esta intervención estatal, puesto que la víctima en muchos casos no tendrá los recursos o la capacidad para defender sus derechos, que en el ámbito penal los derechos afectados tienen a ser fundamentales, sin embargo, esto no justifica que, por

⁵ *Ibíd.* Pág. 217.



haberse delegado está facultad de la acción al Estado, este deba ejercerla dando prioridad de manera injustificada a intereses sociales, políticos o institucionales, dejando en segundo plano, como algo eventual pero no prioritario, la posible reparación a la víctima.

Sí bien la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 44 que “El interés social prevalece sobre el interés particular” como establece el autor, siempre se debe realizar una justificación muy precisa de cuando este interés social prevalece sobre el particular, máxime si se trata de una víctima de un delito.

Otro aspecto para tener en cuenta es que el Código Procesal Penal de Guatemala no establece expresamente cuales son los delitos que son perseguibles por medio de la acción pública, por lo cual, la forma en que se determina cuales delitos son de acción pública es determinando cuales son los delitos perseguibles por medio de acción pública dependiente de instancia particular y los de acción privada, los cuales sí establece la ley, por lo cual el resto serian de acción pública.

Acción pública dependiente de instancia particular:

Esta acción es aquella en la cual es necesario que la víctima inste al Ministerio Público para que este ejerza la persecución penal, por lo cual, a diferencia de la acción pública, acá el Ministerio Público no puede actuar de oficio.



Con relación a esta clase de acción, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala por medio de su Cámara Penal, se pronunció en la sentencia de casación número 402-2009 de fecha 27 de julio del año 2010, señalando “Los procesos por delitos de acción pública, sujetos a instancia particular, requieren necesariamente la solicitud de la parte agraviada para ser promovidos y el señalamiento específico en contra de quien se promueve, de manera que se vulnera el debido proceso si careciendo de tal requerimiento las autoridades inician de oficio el procedimiento ligando al proceso a posibles personas involucradas.”

Con respecto al pronunciamiento citado, es entendible que se requiera la solicitud de la parte agraviada, puesto que, la naturaleza de los delitos en este tipo de acción recaen sobre derechos más personales, en los cuales en principio no se vería afectado en gran medida el interés social, y los cuales también suponen la posibilidad de solucionar el conflicto por una vía extrapenal o incluso extrajudicial, por lo cual la actuación de oficio, vulnera el debido proceso como señala la Corte y también sería contrario al no tan observado en Guatemala principio de *ultima ratio* del derecho penal.

El Código Procesal Penal de Guatemala en su Artículo 24 Ter, señala cuales son los delitos que son perseguibles por medio de esta acción, siendo los siguientes:

1. Lesiones leves o culposas y contagio venéreo.
2. Amenazas, allanamiento de morada.
3. Hurto, alzamiento de bienes y defraudación en consumos, cuando su valor no excediere diez salarios mínimos.

4. Estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos.
5. Apropiación y retención indebida.
6. Los delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso.
7. Alteración de linderos.
8. Usura y negociaciones usurarias.

Como ya se había señalado estos delitos vulneran derechos muy personales que en la mayoría de los casos no afectarían el interés social, también cabe indicar que este artículo menciona algunos delitos que ya se han expulsado del ordenamiento jurídico guatemalteco, como lo son el Estupro, Incesto y los Abusos deshonestos, también menciona la violación cuando la víctima fuera mayor de dieciocho años, sin embargo, de conformidad con el artículo 197 del Código Penal guatemalteco, este delito es de acción pública perseguible de oficio por el Ministerio Público, y al ser norma posterior y vigente prevalece esta.

También el artículo 24 Ter del Código Procesal Penal guatemalteco, regula los casos en que la acción pública dependiente de instancia particular se convertirá en acción pública, siendo estos los siguientes:

1. En todos los delitos enumerados en este artículo la acción será pública cuando fueren cometidos por funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo.
2. Cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador o contra un incapaz que no tenga tutor y guardador, o cuando el delito

fuera cometido por uno de sus parientes dentro de los grados de ley, tutor o guardador.

3. En los delitos de hurto, alzamiento de bienes, y defraudación en consumos, cuando su valor no exceda diez salarios mínimos en los casos en que el Estado sea el agraviado.
4. En el delito de estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos, cuando el agraviado es el Estado.

Observamos que en este caso se da prioridad convirtiendo la acción a pública y por ende perseguible de oficio por el Ministerio Público a dos sujetos en particular, en primer lugar a los menores e incapaces que no tienen un representante legal que pueda ejercer la acción por ellos estando estos desamparados, y citando el Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual establece que "Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados", tomando en cuenta también que Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño desde 1990, se comprende la razón de esta protección especial a este grupo vulnerable.

Y por otra parte tenemos al Estado, lo cual es interesante puesto que, nada tiene de similar el estado de desamparo e indefensión de un menor o incapaz y el propio Estado. También se observa que esta prioridad que se da al Estado como sujeto pasivo del delito, se equilibra un poco al establecerse que serán de acción pública también, cuando

el Estado sea sujeto activo de estos delitos a través de sus funcionarios o empleados públicos.

Algo que vale la pena analizar, es que este mismo Artículo 24 Ter de la normativa citada, establece al inicio "Para su persecución por el órgano acusador del Estado dependerán de instancia particular, salvo cuando mediaren razones de interés público, los delitos siguientes:" y luego se describe el listado que ya hemos citado.

Lo que significa que, no obstante, se regulan los delitos que serán perseguibles por medio de la acción pública dependiente de instancia particular, al establecer **salvo que mediaren razones de interés público**, se deja abierta la posibilidad a que cualquier delito sea perseguible de oficio por medio de la acción pública, siempre que medie interés público.

Acción pública requirente de autorización estatal:

Esta acción se da en todos los casos en que personas que gozan del derecho de antejuicio cometan algún delito, por consiguiente, el Ministerio Público debe requerir autorización al Estado para iniciar la persecución penal.

Se entiende por autorización estatal "la potestad que se ha reservado el Estado si se inicia persecución o no contra de un funcionario público, por gozar de derecho de antejuicio; de manera que, si se considera que una de estas personas cometió ilícito



penal, deberá de denunciarse el mismo, pero debe primero agotarse el trámite de antejuicio, en el que se declarará si ha lugar o no a formación de causa en su contra.

Esta necesidad de requerir autorización estatal para iniciar la persecución en contra de un funcionario público constituye una garantía que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala o las leyes especiales a favor de funcionarios públicos tales como diputados, magistrados, jueces o alcaldes. Y de conformidad con el Artículo 3 de la Ley en materia de antejuicio, es “un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable”. La importancia de este derecho es que brinda estabilidad y seguridad al ejercicio del cargo público en el cual recae una gran responsabilidad.

Por último, analizaremos lo que regula el Artículo 35 del Código Procesal Penal de Guatemala, al establecer lo concerniente a la revocación de la acción penal, “la autorización estatal para perseguir es irrevocable”, refiriéndose a la acción pública dependiente de autorización estatal, luego establece “la instancia particular podrá ser revocada por el agraviado o su representante legal”, refiriéndose a la acción pública dependiente de instancia particular.

⁶ Poroj Subbuyuj. **Op. Cit.** Pág. 69.



Acción Privada:

Esta clase de acción es aquella en la cual corresponde con exclusividad al agraviado o víctima del delito el ejercicio de la persecución penal, lo cual puede hacer por sí mismo o por medio de su representante y lo plasmará a través de una querella.

La diferencia con la acción pública dependiente de instancia particular y esta es que en aquella la participación de la víctima se limita principalmente a presentar la noticia criminal e instar al Ministerio Público a que este ejerza la persecución penal, en cambio en la acción privada es responsabilidad de la víctima el ejercicio de la acción penal y todo el diligenciamiento del proceso correspondiente.

Desde el primer acto que es la presentación de la querella ante el órgano jurisdiccional competente el Código Procesal Penal de Guatemala establece en su Artículo 474 una serie de requisitos estipulando: "Quien pretenda perseguir por un delito de acción privada, siempre que no produzca impacto social, formulará acusación, por sí o por mandatario especial, directamente ante el tribunal de sentencia competente para el juicio, indicando el nombre y domicilio o residencia del querellado y cumpliendo con las formalidades requeridas. Si el querellante ejerce la acción civil, cumplirá con los requisitos establecidos para el efecto de este Código."

Primero vemos que de nuevo aparece regulado el interés social, en este caso como el impacto social, lo cual actúa como un recurso para que no obstante, se trate de un delito de acción privada el Estado pueda intervenir en aquellos casos particulares en que el



interés social se vea afectado por estos delitos, en segundo lugar se establece la responsabilidad al agraviado de formular acusación lo cual es un acto procesal que en las demás acciones corresponde al Ministerio Público y que se encuentra condicionado a las formalidades que establece el artículo 332 Bis del mismo cuerpo legal, también se establece que en el caso de ejercer la acción civil, igualmente este ejercicio se encuentra supeditado a los requisitos de ley, de esta manera la víctima asume un papel mucho más activo en el ejercicio de la acción.

En cuanto al nombre que le da la ley guatemalteca al sujeto que ejerce la acción privada es querellante, los cuales los hay de dos clases, **querellante adhesivo** que es aquel que puede provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público en los delitos de acción pública y de esta manera tener una participación más activa dentro del proceso, y también tenemos al **querellante exclusivo** que es aquel que tiene participación en la acción privada, como el agraviado y el titular del ejercicio de la acción.

En cuanto al órgano jurisdiccional competente para conocer de estos delitos de acción privada, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala por medio del Acuerdo 68-98 establece tribunales con competencia especializada para conocer de estos delitos, creando el Tribunal Duodécimo de Sentencia Penal del departamento de Guatemala con competencia específica para conocer delitos de acción privada en dicho departamento, con excepción de los municipios de Amatitlán, Villa Nueva y Mixco en los cuales funciona un tribunal de sentencia propio para cada municipio.



En cuanto al procedimiento a seguir en esta clase de acción a diferencia de las anteriores acciones, en las cuales se sigue el proceso penal común que regula el Código Procesal Penal de Guatemala, el mismo cuerpo legal regula a partir del artículo 474 un procedimiento específico denominado Juicio por delito de acción privada, el cual nos limitaremos a indicar que es más simplificado e insta a la conciliación entre las partes a diferencia del proceso penal común.

Otro aspecto para tener en cuenta sobre esta acción es que el Código Procesal Penal guatemalteco regula la posibilidad de que el agraviado por un delito de acción privada obtenga el patrocinio del Estado estableciendo en el Artículo 539 “Quien pretenda querellarse y acredite carecer de medios económicos para hacerlo, podrá solicitar el patrocinio del Ministerio Público.”

Lo cual es pertinente, puesto que sabemos que no todas las personas tendrán los medios económicos para hacerse de una asistencia técnica adecuada en juicio, sin embargo, esta opción no es factible en la realidad, ya que el Estado cuenta con limitados recursos, los cuales deben implementarse en aquellos delitos que tengan un mayor impacto en la sociedad, por lo cual atender delitos de acción privada nunca figurará en las prioridades del Ministerio Público, una buena opción sería dar la oportunidad a los bufetes populares de las facultades de derecho de las universidades de Guatemala, a realizar el ejercicio de práctica supervisada en este tipo de casos, como ya se hace en otras ramas del derecho como la laboral y civil, y de esta manera contribuir a la sociedad y a la formación profesional de los estudiantes que se interesan por esta rama del derecho.

En cuanto a los delitos que son perseguibles por medio de acción privada el Artículo 24 Quáter del Código Procesal Penal guatemalteco regula los siguientes:

1. Los relativos al honor.
2. Daños.
3. Los relativos al derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos.
4. Violación y revelación de secretos.
5. Estafa mediante cheque.

En cuanto a los delitos relativos al honor, el Código Penal guatemalteco regula tres, la calumnia, difamación e injuria. El resto de los delitos igualmente afectan derechos muy personales y se comprende la razón de que se hayan clasificado como de acción privada, sin embargo, se puede observar que son muy pocos los delitos que se regulan en esta acción, y esto no es porque Guatemala sea un país en que se implemente una política criminal basada en un minimalismo penal, al contrario, se observa una tendencia clara al expansionismo de este.

1.5. Propuestas de mejora de la acción penal

De esta clasificación tripartita de la acción penal, el jurista argentino Binder señala algunos aspectos a revisar entre ellos nos indica “en aquellos casos en los cuales existe el interés concurrente entre la víctima y el Estado, pero todavía existe una preeminencia de los intereses particulares, el poder de la víctima sobre el ejercicio de la acción debe



ser mucho más prolongado, más permanente que la sola facultad de realizar una autorización inicial”.⁷

De lo cual coincidimos, ya que si principalmente se ven afectados los intereses de la víctima estos deberían prevalecer en todo el proceso, lamentablemente esto no ocurre en el sistema de justicia guatemalteco, y una de las razones es lo demasiado prolongados que se tornan los procesos judiciales lo cual produce que luego de años de verse involucrada en un tedioso proceso judicial, naturalmente la víctima pierda el interés en este.

En cuanto a la acción pública el citado jurista plantea “la participación de las asociaciones y de las organizaciones que pueden llevar adelante una persecución penal en base a intereses colectivos muchas veces de un modo más eficaz, sin que necesariamente participe el Estado o que lo haga de un modo subsidiario. Ya sea que se trate de intereses difusos tales como el medio ambiente o la defensa del consumidor o las conductas monopólicas, o se trate de aquellos casos en los cuales la víctima está en una situación de vulnerabilidad y le pide a una asociación que proteja sus intereses”.⁸

Esta participación de las asociaciones y organizaciones sociales definitivamente puede ser muy provechosa para el sistema de justicia y la población, especialmente en aquellos casos en que se vulneren derechos de grupos vulnerables o derechos específicos en los que existen organizaciones que velan por los derechos de estos grupos sociales,

⁷ Binder. Op. Cit. Pág. 219.

⁸ Ibid.



como por ejemplo, en el caso de Guatemala existen organizaciones que velan por los intereses de las comunidades indígenas que podrían ejercer la persecución penal de manera más efectiva y con más prioridad que el Ministerio Público.

Actualmente la ley guatemalteca otorga la oportunidad al agraviado de provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público, y mismo derecho podrá ser ejercido por cualquier ciudadano o asociación de ciudadanos contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado derechos humanos en el ejercicio de su función, sin embargo, es el Ministerio Público quien comanda la persecución penal y la participación del agraviado es complementaria, se propone lo opuesto, para estos casos particulares.

Claro que para esta propuesta se debe establecer un marco jurídico adecuado, de tal manera que las organizaciones que ejerzan esta acción penal lo hagan efectivamente para tutelar derechos legítimos de los distingos grupos sociales, y no se haga un mal uso de estas facultades para proteger intereses ilegítimos de grupos de poder, o se instrumentalice para garantizar la impunidad. De cualquier manera, merece la pena plantearse esta propuesta, haciendo un correcto estudio jurídico y social, y no simplemente hacer una importación de leyes de manera acrítica.

CAPÍTULO II



2. Principios que orientan el ejercicio de la acción penal pública

Luego de haber desarrollado el tema de la acción penal y sus distintas clases, desarrollaremos el tema de los principios que orientan el ejercicio de la acción penal pública, concretamente dos, el principio de legalidad y el principio de oportunidad, cómo funcionan estos principios, cómo se ven reflejados en nuestra legislación y qué efecto producen en nuestro sistema de justicia.

2.1. Principio de legalidad:

En primer lugar, cabe hacer la aclaración que este principio de legalidad no es precisamente el típico principio que todos conocemos en el cual se establece que toda acción de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Evidentemente este principio de legalidad se fundamenta en la ley, pero al ser una legalidad procesal tiene una restricción más específica para el funcionario público, propiamente correspondiente al ámbito procesal y en el tema que a nosotros nos interesa, la acción penal.

2.1.1. Definición

Binder ubica este principio dentro de las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción penal, de lo cual postula "El principio general establece que si el Estado ha

decidido intervenir en el proceso penal debe tener una razón para hacerlo y por lo tanto debe ejercerlo en todos los casos (principio de legalidad procesal).⁹

Lo cual en principio tiene coherencia, puesto que, si la ley confiere esta facultad al Estado para el ejercicio de la acción penal, no tendría éstas razones para ejercer esta acción en determinados casos y en otros no hacerlo, debe existir una igualdad y un apego estricto a la ley.

El Artículo 285 del Código Procesal Penal de Guatemala establece “El ejercicio de la persecución penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.”

En este artículo vemos reflejado este principio del que hablamos y que establece esta obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, aunque al final hace salvedad de que existen excepciones previstas en la ley, que son aquellas circunstancias en que se reflejado el principio contrapuesto a la legalidad, y no, no nos referimos a la ilegalidad, sino a la oportunidad, principio que se desarrollará más adelante.

Con fundamento en los preceptos anteriores podemos definir el **principio de legalidad** como el principio que establece: Que es deber del Estado ejercer la acción penal pública, por lo cual, efectivamente debe hacerlo, prohibiéndose todo acto de discrecionalidad orientado a evitar el ejercicio de esta.

⁹ *Ibíd.* Pág. 220.

2.1.2. Fundamentos del principio de legalidad procesal

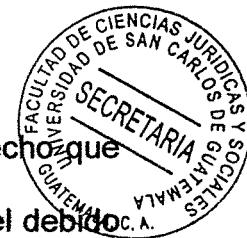
Existen principios, leyes y doctrinas que fundamentan el principio de legalidad procesal, entre los cuales tenemos los siguientes:

El derecho a la tutela judicial efectiva:

Este derecho tan importante lo encontramos fundamentado primeramente en el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece el derecho de petición “Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley”. Así también el Artículo 29 del mismo cuerpo legal, establece el libre acceso a tribunales y dependencias del Estado “Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.”

De esta cuenta se garantiza el derecho a la jurisdicción a los habitantes de la república, a acudir ante los órganos jurisdiccionales a ejercer sus acciones para hacer valer sus derechos y así mismo la autoridad judicial está obligada a tramitar dichas peticiones y resolverlas conforme a la ley, lo cual garantiza el acceso a la justicia que es tan importante en una sociedad.

El Código Procesal Penal guatemalteco regula en su Artículo 5, los fines del proceso, y en lo conducente establece “La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos



procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva”, lo cual ratifica el derecho que tiene un sujeto dentro de un proceso, a que se le escuche y se lleve a cabo el debido proceso y la obtención de una resolución.

Por lo cual, debe garantizarse a los ciudadanos que el ente investigador, en el caso de Guatemala el Ministerio Público debe cumplir con su función investigativa y promover la persecución penal ante los tribunales de justicia, para una efectiva tutela de los derechos de las personas afectadas.

La oficialidad de la persecución penal:

Esta circunstancia radica en que, como sucede en la mayoría de países, existe un monopolio por parte del Estado en la persecución penal, como pudimos advertir en el primer capítulo de este trabajo, por mandato constitucional en Guatemala, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, pero también está la acción penal pública dependiente de instancia particular, que, aunque depende de la autorización particular, únicamente es un obstáculo que se dispone para nuevamente abrir las puertas a la persecución estatal, siendo únicamente la instancia privada la que corresponde a los particulares, la cual es bastante limitada.

El Código Procesal Penal guatemalteco establece en su Artículo 107 referente al Ministerio Público y su función “El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia conforme a las

disposiciones de este Código”. Confirmando esta oficialidad de la persecución penal, no solo fundamentada en la carta magna sino también en la ley penal adjetiva.



Por su parte, La Ley Orgánica del Ministerio Público de Guatemala, establece en su Artículo 1, la definición de esta institución “El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece”.

Acá podemos observar cómo se establece que, para la realización de la justicia, el Ministerio Público se debe apegar al principio de legalidad, o sea que debe encuadrar su actuar estrictamente a lo que establecen las leyes, configurando esta relación entre la oficialidad y la legalidad. Puesto que, es entendible que, si se atribuye el Estado este monopolio de la persecución penal, por lo menos deberá limitar su actuar a lo que establece la ley.

Al respecto, Vélez Mariconde señala “Frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del ministerio público —también a los funcionarios de la policía—, por vía de principio, el deber de promover la persecución penal (promoción necesaria), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones

previstas en la ley procesal. De allí que, una vez promovida la persecución penal, ella no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (irretractabilidad).¹⁰

Definitivamente, tiene coherencia esta argumentación, puesto que si se decide oficializar la persecución penal, se debe imponer a los funcionarios responsables el deber de promover esta en todos los casos que se presentan, primeramente porque se le ha arrebatado al particular esta facultad, y segundo, se le está confiriendo esta facultad al Estado, la cual supone el ejercicio del poder punitivo por parte de éste hacia los particulares, la aplicación de la violencia estatal, en la cual debe haber límites y se debe ejercer conforme a la ley, no de manera antojadiza por los funcionarios de turno.

El principio de Igualdad ante la ley:

Otro fundamento del principio del principio de legalidad procesal que obliga a la persecución penal obligatoria lo encontramos en el principio de igualdad, el cual se encuentra contenido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades”.

¹⁰ Vélez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Pág. 180.



En este sentido el actuar del Ministerio Público al ejercer la persecución penal debe ser imparcial ante todos los casos que se presenten, no se puede hacer una selección arbitraria basada en razones económicas, culturales, sociales, políticas o de cualquier otra índole. El ejercicio de la acción penal pública debe ser igual ante todas las personas, por lo cual, el abstenerse en ciertos casos de ejercer la acción penal constituiría una vulneración a este importante principio.

Como plantea Roxin, "El principio de igualdad ante la ley unido a la determinación legislativa de los hechos punibles, recomendaría que fuera la ley (el legislador), y no la decisión particular de los órganos (funcionarios) de la persecución penal, quien determine, en los casos concretos, cuándo una persona debe ser sometida a una pena o viceversa".¹¹

En este sentido, si la ley es la que establece los hechos punibles, pues la misma ley debería ser la que establezca los casos en que se deba perseguir penalmente a una persona, no así la decisión particular, atendiendo al principio de legalidad.

Sí bien en Guatemala, si se aplica el principio contrapuesto a la legalidad, el de oportunidad, aun así, persiste la legalidad en primer lugar, y la oportunidad es la excepción, tanto así que la propia ley regula los casos o los requisitos necesarios para que se pueda prescindir de la persecución penal, los cuales son bastante limitativos al

¹¹ Roxin, Claus. **Derecho procesal penal**. Pág. 76



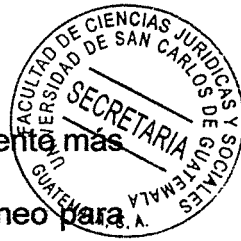
ejercicio de la oportunidad como principio, por lo cual no se deja a mera decisión particular esta facultad.

La verdad y certeza dentro del proceso penal:

Estos conceptos, la verdad y la certeza son de especial importancia dentro del proceso penal, sabemos que uno de los principales fines que se pretende lograr por medio de un proceso penal, es precisamente la averiguación de la verdad.

El Código Procesal Penal guatemalteco, regula en su Artículo 5, los fines del proceso, estableciendo “El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.”

En este sentido, por medio del proceso penal, se buscaría la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, y las circunstancias en que se dio este hecho y así también la participación del sindicado, para luego poder imponer una pena a la persona responsable e imponer la responsabilidad de hacer efectiva la reparación digna a la víctima, sin embargo, para llegar a este extremo tuvo que haber pasado un proceso formal e inmerso de garantías, que asegure tener la mayor certeza posible de la responsabilidad penal de una persona, de manera que no se castigue a un sujeto sin tener el mayor grado de certeza de su participación en el ilícito.



De esta cuenta, esa verdad y certeza a la que se hace alusión sería un fundamento más de la persecución penal obligatoria, puesto que, no hay otro camino más idóneo para llegar a esa verdad comprobable, que, por medio de un proceso penal, de la investigación del Ministerio Público, la acusación concreta de este, el contradictorio producido en debate, y la respectiva sentencia.

Caso contrario de lo que se produce en el principio de oportunidad, ya que por conducto de éste el ente investigador está facultado de abstenerse de ejercer la acción penal, y, por lo tanto, evitar el diligenciamiento del proceso penal, no siendo una prioridad la averiguación de la verdad.

Al respecto, cabe mencionar lo que postula el jurista italiano Ferrajoli, con relación a los modelos procesales y cuál es el más idóneo “el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad, que puede llamarse cognoscitivo, y el sustancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse decisionista. El primero de estos modelos es el que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable o controlada”.¹²

Dicho con palabras de Ferrajoli, “Se entiende por eso que las garantías procesales se configuren no sólo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad”.¹³

¹² Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón**. Pág. 540

¹³ **Ibíd.** Pág. 541.



En este orden de ideas, la verdad constituiría una garantía de libertad de la persona penalmente perseguida, garantía que supone que no se le privará de su libertad sin que se tenga una verdad empíricamente controlable como nos indica el autor.

Siguiendo este análisis, el profesor italiano plantea, “Y esta función de «rémora» o «freno» [del poder ejecutivo] puede ser desarrollada por el poder judicial —poder tercero, además de tercer poder— precisamente porque no es representativo, sino sujeto únicamente a la ley y obligado a la averiguación de la verdad, cualesquiera que fueren los sujetos juzgados y los contingentes intereses dominantes. En este sentido la función judicial es una «garantía» de todos los ciudadanos frente al mismo gobierno representativo”.¹⁴

En este sentido, se establece la obligación del actuar del poder judicial, lo que es igual a una persecución penal obligatoria, puesto que este poder como establece el citado autor se encuentra sujeto únicamente a la ley (principio de legalidad), y no se permitiría prescindir de la persecución penal, aunque existiese un avenimiento de las partes, o por razones de utilidad o de interés de la víctima, ya que debe averiguarse la verdad, cualesquiera que fueren los sujetos o intereses.

Con relación a la doctrina anteriormente citada, Bovino hace una crítica de esta, argumentando “Pero parece difícil coincidir con la opinión que propone que la absoluta falta de discreción de los acusadores estatales para dejar de perseguir en determinados

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 581.



casos —esto es, para asegurar el deber de iniciar y continuar con la persecución penal de todos los hechos punibles de manera automática y obligatoria— pueda ser considerada una garantía de libertad. Por el contrario, esta obligación persecutoria reduce los márgenes de libertad —obliga a perseguir un mayor conjunto de hechos punibles, y a disminuir la calidad de la presentación del caso ante la justicia penal—, y resulta mucho más adecuada para un modelo de derecho penal máximo, antes que para el modelo de derecho penal mínimo que propone el profesor italiano.”¹⁵

Con respecto a este sistema que propone Ferrajoli, si bien su sistema está más orientado a la aplicación del principio de legalidad, y por ende una persecución penal obligatoria, recordemos que él propone un modelo de derecho penal mínimo, lo cual, si lo vemos aplicado en la parte sustantiva del derecho penal, en la tipificación de los hechos ilícitos, supondría una descriminalización de los hechos menores o menos graves, o sea expulsar de la legislación penal sustantiva aqueos delitos menores que se encuentran en esta, y trasladarlos a otras ramas del derecho como el área civil por ejemplo, en el caso de los delitos contra el patrimonio.

Siguiendo esta lógica, no sería necesario el principio de oportunidad, ya que la cantidad de delitos que se persiguen penalmente serían muchos menos, por lo cual, el ente encargado de ejercer la acción penal pública estaría obligado a ejercerla, ya que esta recaería únicamente sobre los hechos más graves que afectan a la sociedad.

¹⁵ [https://www.pensamientopenal.com.ar/Juicio y verdad en el procedimiento penal/](https://www.pensamientopenal.com.ar/Juicio_y_verdad_en_el_procedimiento_penal/) (Consultado: 13 de septiembre de 2022). Pág. 9.

La selectividad en el sistema penal:

Uno de los preceptos del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, consiste en evitar que se produzca un proceso de selectividad en los casos que se presentan, evitando el riesgo de que se produzca alguna arbitrariedad por el funcionario responsable a la hora de determinar qué casos ameritan persecución penal y cuáles no. Por lo cual, al establecer la obligación de que se persigan penalmente todos los casos que se presentan se evitaría este riesgo.

Sin embargo, a pesar de lo que establece este principio tan restrictivo para el actuar de los funcionarios, visto desde un punto de vista empírico, se puede determinar que, dentro del proceso penal aun fundado en el principio de legalidad, inevitablemente existe un proceso de selección.

Como plantea Kaiser "la selección, sin embargo, depende también de un sinnúmero de factores ligados ante todo a la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles de los cuales se toma conocimiento, razón por la cual, necesariamente, la actividad persecutoria se concentra en ciertas áreas principales."¹⁶

Sabemos que esto es así, ya que en países como Guatemala y el resto de Latinoamérica lamentablemente existen grandes índices de criminalidad, esto anudado a la tendencia de penalizar la mayor cantidad de conductas desviadas, los limitados recursos con que

¹⁶ Kaiser, Günter. **Criminología**. Pág. 133.

se cuentan y la mala administración de estos, hace que sea materialmente imposible perseguir todos los hechos punibles que se presentan o la mayoría de estos, y que necesariamente se produzca este proceso de selección.

Algunos criterios de selectividad pueden ser, la seguridad ciudadana, el interés público, el consentimiento del agraviado, la pena que se impondría al delito, etc. Por mencionar algunos que contempla la legislación guatemalteca.

Una idea de la selectividad del sistema está representada por el porcentaje de condenas que son obtenidas respecto de los casos ingresados a él.

“Según información del MP, desde 1995 (año en que inició funciones conforme el sistema actual) hasta 2016 la respuesta efectiva promedio a la totalidad de casos penales oscila en 14%. Con respuestas efectivas se consideran aquellas que la normativa procesal penal vigente contempla como tales, siendo estas: criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, conversión de la acción pública a privada, sentencias por procedimiento común y sentencias por procedimiento abreviado.”¹⁷

Lo cual implica que aun en un sistema como el nuestro que reconoce la aplicación del principio de oportunidad y por ende la selectividad de los casos, aun así, existe un gran porcentaje de impunidad.

¹⁷ Díaz, Elvyn. **Propuestas para el fortalecimiento de la persecución penal y la investigación criminal.** Pág. 14.

“Sin embargo, resulta necesario aclarar que la impunidad es un fenómeno estructural y “natural” de cualquier sistema de justicia. Esto quiere decir que no todos los hechos delictivos pueden ser tratados por el sistema penal, o que los autores de los mismos reciban una sanción punitiva como respuesta. En otras palabras, ningún sistema de justicia penal en el mundo tiene la capacidad de responder a la totalidad de delitos que se comenten en su territorio.”¹⁸

Por lo cual, debemos considerar que, si este proceso de selectividad es algo natural que se da en todo sistema, ya sea que se implemente una legalidad procesal o la oportunidad como principios rectores, sería más conveniente que el sistema reconozca el principio de oportunidad, ya que los criterios de selectividad serían determinados por las autoridades responsables políticamente, serían más transparentes y conocidos por todas las personas. No así la selectividad que se produciría en un sistema en que rige el principio de legalidad en la persecución penal, ya que, al negar el principio de oportunidad, se estaría dando el proceso de selectividad con base en criterios desconocidos, individuales o incluso arbitrarios de los funcionarios responsables.

2.1.3. La aplicabilidad de este principio

En conclusión, un sistema en el que se aplique estrictamente el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal pública, no tiene cavidad dentro del sistema de justicia en Guatemala, debido a que es materialmente imposible perseguir penalmente todos

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 13.

los hechos que se presentan, sin embargo, podría llegar a tener cavidad un sistema como este, si estuviésemos ante un modelo de derecho penal mínimo, el cual está lejos de existir actualmente en Guatemala.

Una propuesta interesante sería empezar gradualmente con la descriminalización de los hechos ilícitos que no afectan gravemente a la sociedad, y que pueden tener resultados más positivos al ser resueltos por mecanismos alternativos al proceso penal, un medio efectivo para lograr este fin es precisamente el principio de oportunidad, por medio del cual se pueden ir desjudicializando los conflictos que lo ameriten, de esta cuenta tener una perspectiva real y empírica de qué hechos ameritan una descriminalización e ir la efectuando, para lograr finalmente llegar a ese punto en que exista efectivamente un derecho penal mínimo, en el que solo se encuentren tipificados los delitos que afectan gravemente a la sociedad, y por lo tanto, sea factible hasta este punto aplicar una persecución penal obligatoria, dada la gravedad de los hechos perseguidos, respetando y aplicando en su máxima las garantías procesales.

De esta cuenta estaríamos haciendo que estos principios, la legalidad y la oportunidad, en principio opuestos, trabajen conjuntamente, que uno sea el medio para llegar al otro.

2.2. Principio de oportunidad

Una vez analizado el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal pública, ahora se desarrolla el principio contrario, el de oportunidad, como principio que oriente el ejercicio de la acción penal pública por parte del Estado, principio que a diferencia del

principio de legalidad que establece que todas las noticias criminales deben ser perseguidas penalmente, este faculta al ente encargado de ejercer la acción penal pública a abstenerse de hacerlo o suspenderla una vez iniciada esta, esto con base en varios criterios, pero el principal y como vimos el que prácticamente obliga que se de este proceso de selección es la incapacidad material de perseguir todos los hechos ilícitos que se presentan, dados los limitados recursos económicos, materiales y humanos con que cuenta el Estado. Por lo cual, lo más conveniente pareciera ser aceptar este proceso de selectividad y orientarlo a que sea lo más objetivo y justo.

2.2.1 Definición

Maier señala con relación a este principio “Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.”¹⁹

Esta definición es bastante completa, puesto que señala varios elementos de este principio, en primer lugar establece la esencia de este principio que radica en esa acción de prescindir de la persecución penal, y nos señala dos escenarios, frente a la noticia de un hecho punible, un ejemplo de esto sería una simple denuncia que se decida no

¹⁹ Maier, Julio. **Derecho procesal penal**. Pág. 836.

perseguir penalmente, y en segundo lugar nos indica frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, la cual es más compleja puesto que en este escenario ya podrían existir algunos elementos de investigación o medios de convicción del ilícito, sin embargo, igualmente se faculta para prescindir de la persecución penal.

También se extrae de esta definición, que esta acción de prescindir de la persecución penal puede ejercerse de diferentes maneras, dependiendo por supuesto del caso concreto, puede darse temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, esto siempre dependerá de las particularidades del caso y de los sujetos involucrados en este, y en cuanto a los motivos se establece la utilidad social o razones político criminales, los cuales suponen una función más amplia y general que la simple solución del caso concreto.

2.2.2. Fundamentos del principio de oportunidad

Al igual que con el principio de legalidad procesal, para este principio existen principios, leyes y doctrinas que sustentan su aplicación en el proceso penal, entre ellos:

Principio de insignificancia:

Este principio es importante, puesto que denota la orientación del principio de oportunidad hacia el caso concreto, hacia lo empírico, lo cual permite graduar el nivel en que se aplicará la ley penal.

“El principio de insignificancia permite excluir de la intervención del sistema penal a aquellas conductas que, por su escasa trascendencia social o insignificante afectación a bienes jurídicos protegidos, no justifican el despliegue del aparato estatal.”²⁰

En primer lugar, debemos recordar que la acción penal que ejerce el Ministerio Público lo hace en representación de la sociedad, por lo cual, si una conducta no supone un impacto importante que pueda afectar a la sociedad, no merece una intervención estatal. Pero recordemos que la acción penal no debe responder únicamente a intereses sociales, también debe responder a los intereses de la víctima directa del delito, sin embargo, habrá casos en que la afectación a los derechos de la víctima sea mínima o insignificante, por lo cual tampoco merece una intervención estatal.

De acuerdo con Zaffaroni, “En todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduales, es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser éste un concepto eminentemente graduable”.²¹

En este sentido, se entiende que habrá tipos penales que no pueden ser graduales a tal punto de poderse concebir como insignificantes, un ejemplo sencillo sería el homicidio, una vez consumado el acto y habiéndose extinto la vida de una persona, no se puede graduar este acto de darle muerte a una persona, en el sentido de decir que una vida es más importante o vale más que otra, o que la vida de una persona es más insignificante

²⁰ [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Principio de insignificancia/](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Principio%20de%20insignificancia/) (Consultado: 28 de septiembre de 2022).

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. **Manual de derecho penal parte general**. Pág. 376

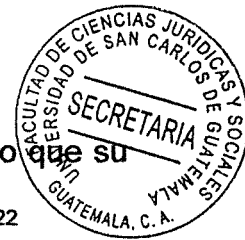


que la de otra, claro que en el homicidio existen distintas modalidades, existen homicidios calificados o atenuados, también la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes que pueden modificar la gravedad del acto, sin embargo, el resultado siempre será el mismo, la muerte de una persona, tampoco se puede graduar por ejemplo, argumentando que como resultado de un homicidio, una persona resulto medio muerta, o parcialmente muerta.

Sin embargo, hay ciertos delitos que, aunque puedan constituir una afectación importante a la sociedad, los bienes jurídicos que tutelan si admiten lesiones graduales, por ejemplo, quien toma el lápiz de otra persona para hacer uso de él y no lo devuelve, en principio constituye un hurto, pero claramente es algo insignificante para ser resuelto por medio del sistema de justicia, no así el hurto de un vehículo, por ejemplo.

En este sentido, se debe tomar en cuenta la significación del caso concreto para determinar si merece la pena perseguir penalmente cierto delito, no sería correcto basarse únicamente en determinada clasificación que la ley disponga de qué delitos merecen ser desjudicializados y cuales no, o basarse en otros criterios como la pena prevista en el tipo, y no entrar a considerar las circunstancias especiales del caso concreto.

Sin duda la insignificancia de los casos a los que se aplica el principio de oportunidad es uno de sus fundamentos principales. "En el ámbito del principio de oportunidad el



concepto de insignificancia implica que es menos relevante que otros casos o que su importancia no es suficiente en relación a los costos de la persecución penal”.²²

En este sentido se hace referencia a la eficiencia del sistema de justicia, pues como se ha indicado, los recursos con que cuenta el aparato estatal para realizar la persecución penal son limitados, por lo cual estos se deben implementar en aquellos casos más importantes en cuanto al impacto social que producen o la gravedad de la afectación al bien jurídico en concreto.

De cualquier manera, aunque existiesen recursos ilimitados por parte del Estado para ejercer una intervención en toda la conflictividad social por conducto del derecho penal, esto no sería lo ideal, pues el Estado al implementar el derecho penal para la solución de conflictos, hace uso del poder punitivo que legítimamente posee, sin embargo, esta no es la manera más idónea de gestionar la conflictividad, ya que se ejerce violencia aunque sea legítima hacia los particulares, por lo cual debe constituir la *ultima ratio*.

Principio de Lesividad:

“El principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo.”²³

²² Binder. **Op. Cit.** Pág. 221.

²³ Zaffaroni, **Op. Cit.** Pág. 111.



En este orden de ideas, para que el Estado pueda intervenir en la conflictividad social, debe no solo existir un bien jurídico, sino también debe existir una lesión a este bien jurídico, puesto que el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado no puede ejercerse de manera irracional en cualquier situación que surja en la sociedad. Por lo tanto, sino existe una lesión a un bien jurídico, no debe mediar la participación del poder estatal.

Principio de proporcionalidad:

“El principio de proporcionalidad significa que una pena o condena debe tener una limitación en base a la gravedad de la conducta que se ha realizado y en relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva.”²⁴

En este sentido entre más grave sea una conducta o de mayor importancia sea el bien jurídico lesionado, mayor ha de ser la pena impuesta, y viceversa.

Este principio lo podemos aplicar no solo hasta el momento final de un proceso, en el cual un órgano jurisdiccional competente debe aplicar una pena que sea proporcional a la conducta probada, sino que también lo podemos aplicar para determinar el proceso a seguir para gestionar un determinado conflicto.

²⁴ <https://economipedia.com/Principio de proporcionalidad/> (Consultado el: 10 de octubre de 2022).



En este sentido, no sería proporcional el determinar que, para cierta conducta con una menor gravedad, o una lesión leve a un bien jurídico, el procedimiento a seguir sea el proceso penal común, el cual implica una investigación profunda por parte del Ministerio Público, ciertas vulneraciones a las partes involucradas como podría ser la prisión preventiva por parte del sindicado o la revictimización de la víctima y la implementación de muchos recursos por parte del sistema de justicia, para finalmente, luego de un largo proceso, imponer una pena menor, proporcional a la conducta probada.

De esta cuenta, por medio del principio de oportunidad se busca implementar un método de solución de conflictos alternativo al proceso penal común, que sea proporcional a la menor gravedad del caso concreto.

Algo que vale la pena revisar, es que la legislación guatemalteca regula en el artículo 465 Ter del Código Procesal Penal guatemalteco un procedimiento especial, denominado procedimiento para delitos menos graves, el cual proporciona un proceso más rápido para aquellos delitos de menor gravedad, sin embargo, este se aplica únicamente a aquellos delitos con pena máxima de cinco años de prisión, lo cual limita bastante la cantidad de casos a los que podría implementarse este proceso.

Principio de *ultima ratio* o de intervención mínima:

La expresión latina *ultima ratio*, se traduce literalmente en: pensamiento final, última razón o último argumento, y expresa un principio fundamental en el derecho penal, el cual establece que “el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad

recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales".²⁵

En este sentido, se acepta que el derecho penal es el medio legítimo más lesivo para proteger los bienes jurídicos o para gestionar la conflictividad social, ya que se ejerce el poder punitivo hacia los particulares, lo cual se manifiesta a través del proceso penal, el cual se sabe que, en la realidad guatemalteca, está repleto de vulneraciones a los derechos de las personas involucradas en este.

En este sentido, el principio de *ultima ratio* se encuentra vinculado al principio de oportunidad, en que, por medio de este último, se busca prescindir de la persecución penal, en los casos que no sea absolutamente necesario ejercer esta, y se pretende aplicar otra forma de gestionar la conflictividad menos vulnerante para los sujetos involucrados.

2.2.3. Beneficios del principio de oportunidad

En cuanto a los beneficios que se pueden percibir de la aplicación del principio de oportunidad se destacan los siguientes:

²⁵ [https://www.scielo.cl/Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional/](https://www.scielo.cl/Derecho%20penal%20como%20ultima%20ratio.%20Hacia%20una%20pol%C3%ADtica%20criminal%20racional/)
(Consultado el: 8 de octubre de 2022).

La descriminalización de los hechos punibles:

De acuerdo con Maier, la descriminalización de los hechos punibles constituye uno de los objetivos principales por los cuales la aplicación de criterios de oportunidad se puede convertir en un auxilio eficaz al señalar “la descriminalización de los hechos punibles, en un intento por evitar la aplicación del poder penal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación”.²⁶

Este es uno de los objetivos de este principio, evitar el uso del poder penal en aquellos casos donde se pueden gestionar los conflictos por vías alternas al poder penal, y que resultan mucho más efectivas y beneficiosas para las partes en conflicto, así mismo se produce una descriminalización como señala el autor, puesto que al tratar estas conductas fuera del ámbito penal, pueden gradualmente ir disminuyendo su carácter delictivo, hasta el punto de incluso expulsarse de la ley penal.

Y esta disminución del carácter delictivo a la que se hace mención, no solo sería en el ámbito legislativo, manifestándose en una disminución de penas, en su exclusión de la ley penal, o en su acceso a la desjudicialización, antes de esto, se debe atender al ámbito social, a la creencia de la colectividad, a los medios de comunicación y demás actores sociales. Se deben ir formando los valores y creencias sociales, tendientes a entender la importancia y el valor de los métodos alternativos de gestión de conflictos,

²⁶ Maier. *Op. Cit.* Pág. 837.

a que no todas las conductas desviadas deben solucionarse por conducto del poder penal.

Puesto que, de nada serviría implementar una reforma legislativa eficaz, tendiente a la descriminalización, si no se adecua al contexto social, cultural y político de la sociedad, la cual rechazaría dicha reforma, con la idea de ser esta tendiente a promover la impunidad o de ser injusta, de acuerdo con los valores socialmente aceptados.

La eficiencia del sistema penal:

El segundo objetivo que destaca Maier es “la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, en procura del descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad.”²⁷

Este punto más orientado a un aspecto pragmático, es igualmente importante, puesto que como ya hemos señalado, los recursos estatales son limitados, y es conveniente el implementar estos de la mejor manera y en los casos en que amerita su uso, y como mencionamos anteriormente ante este proceso de selectividad inevitable debido a la

²⁷ **Ibíd.**

incapacidad material por dar solución a todos los casos que se presentan, conveniente que se reconozca esta facultad de selección precisamente para establecer medidas de control de esta facultad.

Justicia restaurativa:

Como tercer punto debemos señalar la justicia restaurativa, puesto que uno de los principales sujetos que se ven beneficiados de la aplicación de este principio, es la víctima del delito, puesto que por regla general se establece como requisito para poder prescindir de la persecución penal, el reparo a la víctima del delito.

De acuerdo con Angela Tapias, con relación a la justicia restaurativa: "Una manera práctica de definirla es como una forma de justicia que tiene como objetivo principal reparar el daño generado por el crimen, de forma que lo principal es su resultado, aunque también le da importancia al proceso restaurador para arribar a la reparación satisfactoria, bajo la comprensión que es tan importante la reparación, como el proceso reparador."²⁸

En este sentido, la justicia restaurativa se enfoca principalmente en la reparación del daño causado por el crimen, pero no solamente en esto, sino también en el proceso por medio del cual se va a llegar a esa reparación a la víctima, puesto que efectivamente se puede llegar a la consecución de este fin, por conducto del proceso penal común que

²⁸ Tapias Saldaña, Angela Cristina. **Justicia restaurativa en colombia: aplicaciones desde la academia.** Pág. 39



regula la legislación guatemalteca, al finalizar este y declarar penalmente responsable al acusado del delito, sin embargo, sabemos que esto puede tardar años ya en la realidad del sistema de justicia, por lo cual, es que son preferibles los métodos alternativos que confieren mayor celeridad a la gestión de los conflictos así como mayores beneficios para las partes involucradas.

Con respecto a los sujetos beneficiados de la justicia restaurativa, la citada autora hace una acotación importante “La filosofía de la JR busca reparar los daños causados por el delito y favorecer el restablecimiento de las personas implicadas, la víctima, el ofensor y la comunidad. Es decir, privilegia el restablecimiento y bienestar de la víctima, el cambio prosocial del responsable y la participación de la comunidad, por encima de ejercer control social imponiendo un castigo.”²⁹

Esta acotación es importante, puesto que se puede tener la idea de que la justicia restaurativa, es únicamente tutelar de la víctima directa del delito, y sí, se le debe dar cierta prioridad a esta por ser la principal afectada, sin embargo, no es la única beneficiada, también el ofensor se verá beneficiado al evitar el gravoso proceso penal y la posible pena a imponer, que lejos de tener una función de reinserción social, en la realidad guatemalteca, provoca un rechazo social y una estigmatización al sujeto.

A su vez la comunidad se verá beneficiada, puesto que estas soluciones alternativas al conflicto tienden a promover la conciliación entre la comunidad.

²⁹ *Ibíd.*

2.2.4. Modelos de aplicación del principio de oportunidad

Ahora expondremos los modelos o bases sobre las que se puede aplicar este principio, destacando principalmente dos, de conformidad con la teoría desarrollada por Maier.

Modelo no reglado o libre:

Con relación a este modelo Maier afirma: “Para el primero, la oportunidad es la, regla, elevada a principio rector de la persecución penal. Hay países donde domina esta regla, en especial en el Derecho anglo-sajón trasladado a los Estados Unidos de América; ellos desconocen el principio de legalidad y, seguramente, verían amenazados los cimientos de su sistema de administración de justicia penal si adoptarán, aun parcialmente, reglas de legalidad.”³⁰

Este sistema establece la selectividad como un poder inherente al ministerio público o entidad que haga sus veces, y que no está restringido o limitado por ninguna norma que establezca en qué casos puede y en qué casos no puede el ministerio público dejar de ejercer la acción penal o variar las formas del proceso, por lo cual, es una herramienta útil para el ente acusador mediante la cual puede determinar qué casos merecen la pena ser perseguidos penalmente o variar la forma del proceso en los casos que ejerza la persecución penal, tendiendo a acortarlo o simplificarlo para administrar de manera efectiva los recursos con que cuenta el sistema de justicia.

³⁰ Maier. **Op. Cit.** Pág. 836

Modelo normado o reglado:

El otro modelo de aplicación corresponde a los países en los cuales prevalece el principio de legalidad, como es el caso de nuestro país, pues como nos explica Maier “Su Derecho proviene, en gran medida, de los países centrales de Europa continental (España, Italia, Francia, Alemania), en los cuales, por una parte, la Inquisición hundió sus raíces fundamentales y, por la otra, tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa (KANT, HEGEL), contraria a la línea del utilitarismo y sentido común inglés.”³¹

No obstante, como explicamos anteriormente, independientemente de qué principio prevalezca, dentro del proceso penal existe inevitablemente un proceso de selección, por lo cual, surge la necesidad de regular estos criterios de selección mediante criterios de igualdad, transparencia, justicia, racionalidad, etc. Para poder garantizar la justa aplicación de esta selectividad en el sistema. De esta manera el principio de oportunidad es reconocido dentro de los sistemas en que prevalece la legalidad, como una excepción a la regla de la legalidad, mediante normas jurídicas que regulan en qué casos y bajo que parámetros o condiciones, el ente encargado de ejercer la acción penal pública puede abstenerse de ejercerla o variar las formas del proceso.

³¹ **Ibíd.** Pág. 837.

2.2.5. Principio de oportunidad dentro de la legislación penal guatemalteca

En Guatemala prevalece el modelo de aplicación del principio de oportunidad, el cual denominamos normado o reglado, ya que se encuentra contenido en la norma jurídica y no exclusivamente en el criterio del Ministerio Público como en el caso del sistema anglo-sajón. En el ordenamiento jurídico guatemalteco el principio de oportunidad se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, propiamente lo vemos contenido en las denominadas medidas desjudicializadoras, que son métodos alternativos para simplificar y acortar el proceso penal, contenidas a partir del artículo 25 del citado cuerpo legal, entre las cuales tenemos: El criterio de oportunidad, La mediación, La conversión, La suspensión condicional de la persecución penal. Así también el Procedimiento abreviado contenido en el artículo 464.

Nos parece interesante mencionar algunos presupuestos que establecen estas medidas, propiamente el Criterio de oportunidad, considerando esta como la medida central que contiene los criterios de selectividad más representativos de estas medidas.

Para empezar el Artículo 25 que regula el Criterio de oportunidad inicia con la frase: "Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:". Estos dos parámetros mencionados, el interés público y la seguridad ciudadana, parecieran un tanto ambiguos y que dejarían abierta la puerta al criterio del

fiscal, sin embargo, más adelante se encuentran los casos específicos en que exclusivamente se puede aplicar esta medida. Entre los cuales tenemos:

1. Si se tratare de los delitos no sancionados con pena de prisión.
2. Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular
3. En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad.
4. Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima.
5. Que el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.
6. En el caso de los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de delitos específicos.

También se menciona que los numerales del primero al quinto no se aplicarán a hechos delictivos cometidos por funcionarios o empleados públicos por motivo de su cargo.

Un aspecto no tan positivo es que convierte los criterios de selección en un tipo de recetario, en el cual no se entran a conocer las particularidades del conflicto para encontrar la mejor solución o gestión del caso concreto. Criterios de los cuales destacamos el numeral cuarto “Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima” el cual implicaría un mayor análisis de las circunstancias especiales del caso, pero de poca aplicación en el sistema guatemalteco.

En cambio, se da un mayor uso a los otros parámetros los cuales son más específicos, por ejemplo, el que la pena máxima no sea mayor a cinco años en el caso de delitos de acción pública, los cuales como pudimos determinar en el primer capítulo comprenden la mayoría de los delitos dentro de la legislación penal guatemalteca, y lo cual hace que sea tan limitada la aplicación de estas medidas.

Con esto no se escaparía la posibilidad de que en un determinado caso todos los sujetos involucrados consideren que la mejor manera de solucionar el conflicto sea a través de una medida desjudicializadora, dadas las particularidades del caso, sin embargo, no cumpla con todos los requisitos de aplicación, por ejemplo que sea un delito cuya pena de prisión máxima sea de seis años, con lo cual se abstendrían de gestionar el conflicto de la mejor manera dada una limitación muy general y que obvia las particularidades del hecho concreto.

Algo que también merece la pena observar, es como en los casos en que el Estado es quien figura como víctima, como es el caso de los delitos contra el régimen tributario, se da preferencia al reparo del daño, antes que al cumplimiento de una condena, como es el caso de los delitos defraudación tributaria, casos especiales de defraudación tributaria, apropiación indebida de tributos y resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria, delitos que comparten una pena de prisión de uno a seis años de conformidad con el Código Penal guatemalteco, los cuales por su pena máxima que supera los cinco años de prisión quedarían fuera del ámbito de aplicación de estos beneficios.

Sin embargo, dados los intereses del Estado en que se paguen los tributos retenidos o defraudados y no así el tener a una persona más cumpliendo una pena de prisión la cual, en lugar de contribuir con su función recaudadora genera gasto público, es que se realiza esta excepción y se regulan varias salidas alternas al cumplimiento de la pena de prisión, siempre que se cumpla con el pago de los impuestos retenidos o defraudados, más multas y demás intereses, como es el caso de la suspensión condicional de la persecución penal, regulada en el artículo 27 del Código Procesal Penal guatemalteco, o en dado caso la persona no haya podido realizar el pago de manera pronta, también se regula la suspensión condicional de la pena en el artículo 72 del Código Penal guatemalteco, siempre claro que se cumpla con el pago del impuesto retenido o defraudado.

También, no podemos dejar de mencionar en este apartado la Desestimación regulada en el artículo 310 del Código Procesal Penal guatemalteco, ya que a diferencia de las medidas desjudicializadoras, que simplifican el proceso, en la desestimación el fiscal propiamente se abstiene de ejercer cualquier acción encaminada a esclarecer o solucionar el conflicto, por lo cual podríamos determinar que es un nivel mayor de ejercicio de esta selectividad que ostenta el Ministerio Público. Sin embargo, la ley regula el derecho del denunciante, víctima o agraviado a objetar ante juez competente esta decisión. Y en el caso en que no se encuentre individualizada la víctima o cuando se trate de delitos graves, el fiscal deberá requerir autorización judicial para desestimar. Por lo cual vemos que también en este caso se encuentra limitado este principio.

2.2.6 Principio de oportunidad dentro de la legislación penal en otros países de Latinoamérica

Principio de oportunidad en la legislación penal mexicana:

Es importante observar y hacer esa comparativa de la legislación guatemalteca, con respecto a lo regulado en otros países de la región, por ejemplo, El código nacional de procedimientos penales de México regula en su Artículo 256 los casos en que operan los criterios de oportunidad, estableciendo entre estos:

“La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.
- II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.
- III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una

enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;

VI. Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y

VII. Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.”

A su vez este mismo artículo establece: “El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.”

En este caso podemos observar que existen varias similitudes con respecto a lo que establece la legislación guatemalteca, especialmente en cuanto a ese límite máximo de la pena prevista para el delito, que no supere los cinco años de prisión, sin embargo, acá podemos apreciar algunas diferencias importantes, el numeral romano VI que establece que la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, lo cual hace referencia a ese principio de insignificancia y principio de proporcionalidad que establecimos anteriormente como parte de esos principios que fundamentan el principio de oportunidad.

Así también, es importante observar lo que establece el numeral romano VII, al regular que cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal, lo cual es importante, ya que se prevé esa función o calidad de herramienta de política criminal del principio de oportunidad, específicamente con fines preventivos, entendiendo que en determinados casos, será conveniente el evitar la continuación del proceso o la aplicación de la pena, ya que en principio no sería proporcional al daño causado, y además podría prevenir que se cometan nuevos hechos delictivos en un futuro, dándole una salida alterna al proceso o una oportunidad a la persona involucrada en la comisión del hecho.

No así el hecho de continuar con la tramitación normal del proceso y la aplicación de una pena, lo cual fuera de alejar a una persona de la delincuencia, es probable que inclusive pueda reincidir.

También debemos destacar, el último párrafo citado puesto que adicional a los numerales o reglas específicas de aplicación, se establecen parámetros más generales y objetivos, que apelan a ese análisis y estudio, tanto lógico como de derecho que deben realizar los operadores de justicia del caso concreto, apelando a esa capacidad y conocimiento inherentes propios de estos profesionales, al establecer que se aplicara esta medida sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso.

Principio de oportunidad en la legislación penal colombiana:

También vale la pena revisar lo que al respecto regula la legislación colombiana con relación al principio de oportunidad, establece el Artículo 321 del Código de procedimiento penal de dicho país: “Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.”

De lo cual destacamos que acá se hace mención expresa de esa función y orientación hacia la política criminal de Estado que debe tener el principio de oportunidad, y que no obstante la regulación y requisitos específicos que establece la ley, también se deben observar las políticas criminales de Estado, las cuales son evidentemente cambiantes y responden a las necesidades particulares de la población y la conflictividad social.

En cuanto a las causales para la aplicación del principio de oportunidad esta ley regula en su Artículo 324, diecisiete causales, lo cual destacamos, puesto que implica un amplio ámbito de aplicación de este principio, entre estas causales citamos la primera que establece “1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.”

Acá podemos apreciar que además del amplio listado de casos de procedencia mencionado, también en cuanto a aquel que señala la pena máxima de prisión de los delitos a los que es aplicable, este es mayor a lo que por ejemplo establece la legislación guatemalteca o mexicana, que establecen cinco años.

No obstante esta regulación, se interpreta que, al concurrir alguna otra causal de procedencia regulada en este artículo, podría ser aplicable el principio de oportunidad, aunque la pena máxima del delito en cuestión fuere mayor a seis años, puesto que este mismo Artículo 324 parágrafo segundo, establece: “La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.”

Lo cual deja clara la posibilidad de aplicar este principio aun cuando la pena fuere mayor a seis años de prisión, pero no de manera indiscriminada a cualquier caso que se presente, puesto que si fuese así no tendría sentido establecer precisamente este límite de seis años en el numeral primero, además que se confiere esta facultad a una autoridad superior dentro del ente investigador como lo es el Fiscal General de la Nación, precisamente por ese carácter excepcional que reviste esta circunstancia.

Principio de oportunidad en la legislación penal costarricense:

En cuanto a la legislación costarricense, el Artículo 22 del Código Procesal Penal de dicho país, establece: “Principios de legalidad y oportunidad: El Ministerio Público



deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

- a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.
- c) El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.

d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.”

Lo que podemos destacar de este artículo, es que expresamente establece ambos principios, de legalidad y oportunidad, y hace referencia a lo que anteriormente hemos indicado que prevalece en los sistemas de derecho de la región, la legalidad y que la oportunidad es la excepción a esta regla.

Ahora algo interesante en la regulación costarricense de este principio, es la simpleza con la que está regulado, a diferencia de la legislación colombiana por ejemplo, que como indicamos anteriormente, establece un largo listado de casos de procedencia y es bastante extenso en la regulación de este principio, sin embargo, acá solo se regulan cuatro casos de procedencia, pero no obstante esto, el principio de oportunidad no se encuentra muy restringido o limitado, al contrario, esta sencillez en la regulación a la que hacemos referencia, no limita la aplicación a pocos y selectos casos, más bien, establece parámetros generales pero no demasiado restrictivos, tal es el caso que, por ejemplo acá no se establece un máximo de la pena de prisión del delito en cuestión para aplicar este principio, a diferencia de las demás legislaciones que hemos estudiado que establecen ya sea cinco o seis años.

CAPITULO III

3. Política criminal

En este capítulo se desarrolla el tema de la política criminal, su concepto y elementos básicos y algunas teorías para entender esta y analizar cómo funciona la política criminal en un Estado y su importancia en la gestión de la conflictividad social.

3.1. Definición

“Se propone como concepto de política criminal una especie de las políticas públicas que tiene como objeto aquellos comportamientos criminalizados (delitos y contravenciones), frente a los cuales puede proponer un amplio catálogo de medidas y de fines que corresponden a consideraciones éticas (sobre la justicia y el reproche) y políticas (sobre la conveniencia, pertinencia y legitimidad). Esta política criminal deberá ser entendida como una política de carácter prescriptivo, cuyo objeto podrá variar de acuerdo a distintas consideraciones sociales.”³²

Esta definición es bastante interesante y completa, pues, en primer lugar, se establece la política criminal como una política pública del Estado, como lo son igualmente, las políticas de salud pública, de trabajo, educación, etc. Necesarias para el correcto desarrollo de una población.

³² Observatorio de Política Criminal Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, Ministerio de Justicia y del Derecho. **¿Qué es la política criminal?** Pág. 6

Además, también establece el objeto de estas políticas que constituyen los hechos delictivos en general, y los medios por los cuales se la hará frente a los fenómenos criminales que se presentan, principalmente desde dos enfoques en primer lugar consideraciones éticas, aquellos actos o circunstancias que son reprochables o no aceptables socialmente o consideradas injustas, y consideraciones políticas, una vez identificadas estas conductas reprochables socialmente, determinar la pertinencia, conveniencia, eficacia y aceptación de las medidas a implementar.

A su vez se establece que el objeto de la política criminal puede variar y esto es inevitable, pues el proceso social es cambiante y evidentemente la actividad delictiva es parte de este proceso cambiante, por lo cual la política criminal debe tender a actualizarse con las necesidades y exigencias sociales.

En cuanto a las acciones o respuestas que se pueden implementar en la política criminal ante la criminalidad, la Corte Constitucional de Colombia estableció en sentencia C-646 de 2001 lo siguiente:

“Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede

ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”.

En este sentido podemos observar que la política criminal se puede manifestar en muchos ámbitos y de distintas maneras, y no únicamente por medio del aparato estatal, también la propia población puede coadyuvar con esta labor de controlar la criminalidad.

3.2. Control social

García Pablos afirma con relación al control social “se ha de entender el conjunto de instituciones, estrategias, y sanciones sociales que tratan de promover y garantizar el sometimiento del individuo de los modelos y normas comunitarias; normalmente estas actúan de forma automática y el ciudadano las aprende de forma inconsciente; de este modo se garantiza la sociedad que sus objetivos prevalezcan frente a la amenaza de determinados individuos que manifiestan comportamientos desviados o irregulares.”³³

³³ García Pablos de Molina, Antonio. **Tratado de criminología**. Pág. 77

Este constituye un elemento importante dentro de la política criminal puesto que específicamente hace referencia a esos medios por medio de los cuales se va a procurar un control sobre la sociedad, a modo de que esta se apegue a los valores socialmente aceptados, y como afirma el autor, el ciudadano las aprende de forma inconsciente, puesto que constituyen esos mecanismos o estrategias, que por muchas generaciones, se inculcan o implementan en todas las esferas sociales, y que toda persona de manera directa o indirecta aprende desde sus primeros años de formación, y que servirán precisamente para mantener un control de la generalidad de las personas.

Este control se manifiesta de dos formas, control social formal e informal, lo cual desarrollamos a continuación.

Control social formal:

Al respecto del control social formal se determina que “es el que se encuentra regulado en normas, leyes, etc. Y que ejercen las instituciones sobre los individuos, desplegando su poder coactivo, evitando o castigando las conductas más graves y coadyuvando de este modo a mantener el orden social. El poder más coactivo que se puede ejercer por parte del Estado se encuentra contenido en el derecho penal por lo que son de interés las características que le conforman como herramienta de control social formal.”³⁴

³⁴ <https://crimipedia.umh.es /Control social formal/> (Consultado el: 6 de noviembre de 2022).



En este sentido vemos que el control social formal, es aquel que se ejerce por parte del poder estatal, y, por lo tanto, como todo poder ejercido por parte del Estado hacia los particulares este se encuentra legitimado en las normas, leyes y demás disposiciones legales, de conformidad con el principio de legalidad. Además, se establecen dos funciones o finalidades, una preventiva y una castigadora de las conductas reprochables.

También observamos que se hace referencia al derecho penal como esa forma de mayor coacción de control social, por lo cual es de especial importancia, pero a su vez por las características propias de este, debemos recordar que debe ser la *ultima ratio*.

Algunas de las instituciones en que podemos ver manifestado el ejercicio del control social formal son: La policía, el Ministerio Público, los órganos jurisdiccionales o los centros de ejecución de penas.

Control social informal:

Este tipo de control social "trata de modelar al individuo de modo que tenga una disciplina tanto interna como externa que le permita convivir en sociedad, de modo que desde su nacimiento se ve sometido a la acción de modelado que ejercen la familia, la educación escolar, la religión, el trabajo, etc..., el control social informal cumple su



objetivo si el individuo mantiene sus conductas dentro de las reglas que ha establecido la sociedad.”³⁵

En este tipo de control social, vemos que no interviene directamente el Estado a diferencia del control social formal y en particular no existe ese poder de coacción de este, más bien consiste en todos esos ámbitos o relaciones sociales que puede tener un individuo que lo pueden formar como persona social, inculcándole los valores y conductas socialmente aceptadas y procurando evitar el que incurra en alguna conducta socialmente reprochable.

Vemos que este tipo de control social tiene un ámbito más amplio puesto que se encuentra manifestado en la mayoría de las relaciones sociales de las personas y además también tiene un alcance moral, puesto que pretende inculcar valores de este tipo.

3.3. Teoría del paradigma del orden y paradigma de gestión de la conflictividad

A continuación, analizaremos la forma en que el Estado interviene en la conflictividad social, concretamente desde dos posturas o paradigmas que desarrolla Alberto Binder, el del orden y el de la gestión de la conflictividad.

³⁵ **Ibíd.**

En primer lugar, en cuanto a la intervención estatal encarada desde la **idea de orden** nos indica el autor “ella se puede realizar bajo la idea de “orden”; un orden que se constituye bajo principios jerarquizados que conforman una estructura “no conflictiva”. Armonía es, en este paradigma, lo que se logra sólo con ese orden”.³⁶

Para empezar, el problema con este paradigma es el hecho de que se tiene una visión negativa de la conflictividad, y como explica en sus pasajes el autor, la conflictividad es algo inevitable y necesario para el proceso social, ya que es imposible el concebir una idea de sociedad sin conflictos, sin embargo, acá no se reconoce el conflicto como un fenómeno inevitable y útil para el proceso social, en cambio se busca el imponer ese estado de orden social, el cual evidentemente por la naturaleza del hombre es imposible que perdure.

Nos indica el autor con relación al paradigma del orden “Si a la idea de orden le quitamos luego su carácter descriptivo y se convierte en un valor, entonces, automáticamente, un segmento del conflicto se convierte en algo malo, negativo.”³⁷

Ya que el conflicto es contrario al orden, se le ve como algo malo, por lo tanto, no se reconoce la función de la conflictividad, los beneficios que pueden surgir de la gestión de los conflictos como los nuevos valores y prácticas que inevitablemente deben surgir dentro de un proceso social, que por su naturaleza es cambiante. En este sentido, en

³⁶ Binder, Alberto. **Análisis político criminal, bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática.** Pág.134

³⁷ **Ibíd.** Pág.135

cuanto al orden, se impondría un orden estático, sin progresión u evolución social, inspirado en la idea del orden como un valor social primordial.

Ahora, en lo que interpretamos como las fuentes que dan origen al orden como un valor social, Binder nos indica “Podemos sostener con firmeza la existencia de Dios, el universo natural y la razón humana como atributo común, pero no es nada claro que de allí se puedan extraer valores precisos y, menos aún, que ellos puedan convertirse en valores fundamentales de la vida social”.³⁸

Por lo que entendemos que, la idea de Dios, el universo natural y la razón humana no pueden ser las únicas y mejores fuentes de valores que rijan la vida social. También deben surgir valores que rijan la vida social de la propia convivencia humana, y ésta por su propia naturaleza es conflictiva, por lo tanto, se debe de solucionar el conflicto por medio de la gestión y a partir de acá adquirir nuevos valores, y no por el contrario imponer una idea propia y autoritaria de orden basado solamente en las fuentes poco idóneas mencionadas, suprimiendo el conflicto en lugar de tratarlo.

Otro aspecto que enfatiza el autor citado es el carácter autoritario de esta idea de orden, “La idea de orden es la contracara de la idea de autoridad. En definitiva, la idea de orden no sólo representa una ilusión sino, además, una ilusión autoritaria”.³⁹

³⁸ **Ibíd.** Pág. 136

³⁹ **Ibíd.**

La idea de orden la impone la autoridad, la única que se es capaz de decir que se entiende como orden y además como afirma el autor de auto proclamarse como guardianes de ese orden.

Ahora bien, ya que se impone la idea de orden de un grupo determinado por encima de todos y si se niega el conflicto como algo útil dentro del proceso social, para poder a partir de la gestión de dichos conflictos adquirir nuevos conceptos de valores sociales, se estaría ante un paradigma autoritario en el cual, el principal valor que puede orientar el actuar social, es el limitado y propio concepto de orden que tienen estas elites que ostentan la autoridad.

Por otra parte, en cuanto al paradigma que postula la **gestión de la conflictividad**, el autor argumenta “no pone el énfasis en esa dimensión sino en el hecho de que el cometido de la intervención del Estado (o el sistema político) en esos conflictos es primariamente evitar su resolución mediante la fuerza, es decir, evitar el abuso de poder y la violencia.”

En este sentido, un paradigma orientado en la gestión de la conflictividad no velaría por imponer una idea de orden poco objetiva como vimos anteriormente. Según la definición de Gestión que proporciona Oxford Languages, esta se puede definir como: “Acción o trámite que, junto con otros, se lleva a cabo para conseguir o resolver una cosa”.⁴⁰ En pocas palabras lo que se buscaría por medio de la gestión es resolver el conflicto por

⁴⁰ <https://languages.oup.com/Gestión/> (Consultado el: 12 de noviembre de 2022).

muy obvio que parezca, pero si recordamos el otro paradigma, allá no se busca resolver allá se busca imponer. Entonces la mejor manera de resolver el conflicto no es por medio de la violencia de la autoridad. Ésta debería ser la última instancia, antes bien, se deberían buscar formas más democráticas y menos violentas de resolverlo, que escuchen a las partes en conflicto y que cause el menor perjuicio a todos los sujetos involucrados.

Ahora relacionándolo con nuestro tema central, vemos que el Estado interviene evidentemente en la solución de los conflictos, propiamente los que nos interesan los de carácter penal, pero si vemos la manera en que lo hace, claramente es una manera violenta en su gran mayoría de casos, y el conducto principal por el cual lo realiza es el proceso penal, el cual aunque sabemos que está revestido de gran cantidad de garantías, en la realidad no operan plenamente, ya que siempre existe violencia hacia las partes, por ejemplo; la prisión preventiva, la cárcel como pena principal, las detenciones, el retardo en la repartición de justicia, un sistema penitenciario colapsado, etc.

Lo que se traduce en afectación de sus derechos. Por otra parte, vemos que no se trata de solucionar esto, al contrario, con las reformas legislativas tendientes a aumentar las penas, se le está dando prioridad al proceso penal común como método de solución del conflicto, por lo cual, en nuestro análisis no se están tratando de solucionar conflictos, se está ampliando la justicia penal como método de resolución de conflictos, la cual ha demostrado ser ineficaz.

Por esta razón es que nos parece importante el resaltar la justicia penal como *ultima ratio*, dado que no es el mejor método de solución de conflictos. Antes de implementarse la justicia penal, se debería implementar la justicia civil, laboral, administrativa, la justicia comunitaria, etc. Y en dado caso estos métodos fracasaren y fuese necesaria la justicia penal, se debe buscar en primer lugar aplicar las salidas alternativas al proceso penal común, ya que estos métodos implican un menor ejercicio de la violencia legítima del Estado, además le dan importancia a la voluntad de las partes en conflicto, a una solución más adherida a las particularidades del conflicto, lo cual implica concesiones reciprocas, así también, posicionar la justicia restaurativa por encima de la retributiva. De esta manera, también estaríamos posicionando la cárcel como último mecanismo o *ultima ratio* dentro de la justicia penal.

Claro, esta búsqueda de implementar métodos menos violentos de solución o redefinición de los conflictos que por su naturaleza no son conflictos o delitos graves, no debe limitarse únicamente en aplicar los métodos menos violentos existentes en el sistema normativo vigente, pues esta sería la puerta para seguir explorando soluciones alternativas, que no impliquen la solución por medio de la violencia estatal como primer y preferente medio para solucionar el conflicto.

También nos abriría la puerta a que surjan nuevos valores y practicas innovadoras y que se vaya mejorando progresivamente la manera de gestionar los conflictos, por ejemplo, el reconocimiento del derecho indígena como ámbito legítimo de gestión de conflictividad de las comunidades indígenas. Lo cual no es posible, si nos mantenemos

estáticos en la ilusión autoritaria de orden y en el mismo método de solución de conflictos que ha demostrado ser ineficiente.



CAPITULO IV:

4. Valoración del principio de oportunidad como una herramienta efectiva de política criminal en Guatemala

En este capítulo veremos cómo el principio de oportunidad puede constituir una herramienta efectiva de política criminal, y cómo opera este principio en Guatemala, las limitaciones que puede tener este principio derivado de las reformas legislativas en materia penal, así como los perjuicios que puede ocasionar el limitar la operatividad de este principio.

4.1 Principio de oportunidad como herramienta de política criminal

Ya anteriormente hemos analizado el principio de oportunidad, sus beneficios, características, modalidades y demás particularidades, y ahora analizaremos como este principio puede coadyuvar a la tarea de la política criminal, o sea a prevenir y/o contrarrestar de manera efectiva la criminalidad.

En primer lugar, como ya hemos determinado, este principio constituye una manera más efectiva de gestionar los conflictos sociales, que el proceso penal común, ya sea por su celeridad, economía procesal, la efectiva y pronta reparación a la víctima del delito, entre otros beneficios. Por lo cual, constituye una herramienta útil y efectiva para responder a la criminalidad que se presenta.

También, recordando una de las principales funciones de este principio de descriminalización de los hechos punibles, que tiene como resultado la reducción de esas acciones que van a ser perseguidas por la justicia penal, lo cual, también constituye una manera de reducir la criminalidad de manera sustancial, o desde su origen, puesto que se reduce ese catálogo de conductas que son consideradas socialmente como delictivas.

También debemos recordar ese efecto de descongestión del sistema de justicia que produce este principio, en aras de orientar la mayor cantidad de recursos a los casos de mayor impacto social y así lograr una mayor eficiencia, lo cual se traduce en un sistema de administración de justicia con mayor certeza jurídica y que genera una mayor confianza en la población, tanto para las víctimas del delito en que efectivamente se les reparará el daño sufrido como para los responsables de que efectivamente se impartirá justicia y se aplicarán las sanciones correspondientes, y este conocimiento de la población de la eficacia del sistema de justicia constituye a su vez una manera de prevenir que se cometan hechos delictivos.

Algo que debemos recordar es que se va a disponer de la persecución penal, por motivos político-criminales, y esta política criminal evidentemente variará del lugar en que se implemente, dependiendo de las necesidades de la población específica de que se trate y de la temporalidad, puesto que sabemos que la delincuencia es cambiante y va innovando con el paso del tiempo, por lo cual, estos criterios político criminales, deben ser igualmente innovadores y responder efectivamente a las necesidades o problemas sociales de la población a la que van dirigidos.

4.2 Expansionismo del derecho penal

Hay una tendencia en la legislación de todos los países a la introducción de nuevos tipos penales, lo que la doctrina ha denominado "la expansión del Derecho penal", que ha originado la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.⁴¹

Esta tendencia por expandir el derecho penal no es muy beneficiosa, entre las razones por las cuales se produce esta, tenemos esa función preventiva o intimidatoria de la pena de prisión, o de la inclusión al derecho penal de aquellas conductas que pueden causar algún perjuicio social, buscando que las personas se inhiban de cometer dichos hechos delictivos por la eminente amenaza de la aplicación de una pena.

Sin embargo, se ha comprobado que esto no precisamente ocurre de esta manera, la criminalidad no cesa ante la expansión del derecho penal, y en cambio se producen algunos perjuicios al otorgarse una excesiva facultad al Estado para la aplicación del *ius puniendi* en la conflictividad social, como lo es la vulneración al principio de *ultima ratio*, y en un sentido pragmático la carga excesiva al sistema de justicia penal.

⁴¹ <https://www.scielo.cl> /La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros/ (Consultado el: 24 de noviembre de 2022).

A lo largo del tiempo tanto como el proceso social es cambiante y tiende a ser evolutivo, la delincuencia va de la mano con esa tendencia, inclusive un par de pasos adelante, por lo cual, es entendible que el Estado pretenda intervenir para la protección de los bienes jurídicos que puedan ser afectados, sin embargo, la tendencia es en primer lugar, a intervenir por conducto del derecho penal, el cual no debe ser la primera opción, y en segundo lugar, por medio de la tipificación de estas conductas como delitos graves, que garanticen la aplicación de la violencia estatal como castigo al infractor.

También podemos observar que en ocasiones se instrumentaliza el derecho penal para razones políticas, y se produce lo que se denomina **populismo punitivo** “que consiste en utilizar el derecho penal para obtener réditos electorales, asumiendo la premisa de que el aumento de la severidad de los castigos implica la reducción los delitos”.⁴²

Esto como una estrategia de mano dura, y así conseguir una mayor simpatía con la población, ya sea por la promoción de leyes penales supuestamente innovadoras, o la implementación de penas más severas, que atiendan al clamor popular de justicia, venganza, y demás emociones que se producen en una sociedad altamente afectada por la delincuencia, aunque luego estas leyes no resulten efectivas, o no logren entrar en vigor, pero que en todo caso tienen como resultado la expansión del derecho penal.

⁴² <https://www.icip.cat/> ¿Populismo punitivo o políticas sociales? (Consultado el: 25 de noviembre de 2022).

4.3 Tendencia político criminal legislativa con relación al principio de oportunidad

A continuación, se realizara una breve revisión de la tendencia legislativa con relación a las reformas que se han hecho a los delitos contenidos en el Código Penal guatemalteco, con énfasis a las penas privativas de libertad y comprobar si estas se han aumentado y si con este aumento de las penas se ha reducido el ámbito de aplicación del principio de oportunidad, tomando en cuenta el requisito de aplicación de la mayoría de los métodos simplificadores del proceso penal, el cual es que los delitos a los que se aplique estas medidas no contengan una pena máxima mayor a cinco años de prisión.

Para esta revisión no se toman en cuenta algunos artículos adicionados que tipifican conductas delictivas nuevas, de las cuales no hay un precedente claro y por lo tanto no se puede determinar que exista este efecto de reducir el principio de oportunidad, así tampoco los artículos adicionados o reformados que tipifican conductas delictivas de notoria gravedad, por ejemplo, ejecuciones extrajudiciales, disposición ilegal de órganos o tejidos humanos, de explotación sexual, etc.

Se revisan los delitos que fueron excluidos de la posibilidad de aplicarse el principio de oportunidad, exceptuando los del régimen tributario, entre delitos contenidos en el original Código Penal guatemalteco que anteriormente contenían una pena de prisión máxima no mayor a cinco años o incluso pena de multa, y que con las distintas reformas se aumentó la pena de estos delitos a seis años o más y los delitos que se fueron adicionando mediante distintos decretos, se destacan 38 delitos los cuales por medio de

la pena que se les atribuye fueron excluidos del ámbito de aplicación el principio de oportunidad.

Acá también cabe destacar que, mediante el proceso de criminalización estatal, se ha producido una expansión del derecho penal, ya que, si comparamos el Código Penal guatemalteco original y el actual, se han adicionado 76 delitos, de los cuales 45 contemplan una pena de prisión máxima mayor a cinco años, lo cual es una cifra bastante alta, eso sin mencionar la cantidad de leyes penales especiales que se han decretado en Guatemala, por ejemplo, Ley contra la Narcoactividad, Ley contra el lavado de dinero u otros activos, Ley de armas y municiones, Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Ley contra la delincuencia organizada, etc.

Las cuales son leyes que regulan principalmente delitos graves, con penas de prisión altas y excluyentes de la posibilidad de una salida alterna al proceso penal.

Ahora si analizamos estas reformas, vemos que no son del todo congruentes con las necesidades sociales o del propio sistema de justicia, ya que no se ha realizado una reforma integral, que aumente la pena en los delitos que lo ameritan y que adicione nuevas figuras delictivas con penas altas, pero que también disminuya las penas de los delitos que así también lo ameritan, y que se integren nuevos delitos con penas menores a cinco años, para que puedan tener acceso al principio de oportunidad reglado que contempla nuestra legislación, entendiendo que el que puedan verse beneficiados por este principio no obliga a que efectivamente se les aplique a todos los casos y con esto favorecer la impunidad y las injusticias. Acá tendría mayor protagonismo el análisis

objetivo de los operadores de justicia, análisis de esas circunstancias especiales de cada caso, que la ley penal no prevé, pero que en definitiva nos pueden orientar a la solución más idónea de cada conflicto.

Se entiende que en una sociedad tan cambiante se deban regular nuevas conductas, sin embargo, al incrementar el ámbito del derecho penal, se vulnera el principio de *última ratio* que implica el uso de la violencia estatal en una sociedad democrática, ya que si existen otras maneras extrapenales de regular las conductas y su manera de solución se debe optar por éstas al ser menos violentas.

La tendencia por aumentar las penas de los delitos, por crear cada vez más conductas delictivas nuevas incorporando penas altas en su mayoría, trae consecuencias negativas, la primera como ya se mencionó la limitación al principio de oportunidad, pero no es la única, también se produce una sobrepoblación carcelaria, ya que estas reformas tienden a favorecer dos aspectos, en primer lugar la pena de prisión como principal medio para la solución de conflictos y también el incremento de la prisión preventiva.

4.4. Datos que reflejan el problema

En el artículo titulado Coronavirus: pandemia complicó la aplicación de la justicia en Guatemala, se exponen los siguientes datos con relación a la mora judicial.

“Según estadísticas del propio OJ que detalla en su página electrónica, en el 2017 hubo 305 mil 571 casos nuevos, en 2018 fueron 328 mil 37, para el 2019 la cifra se elevó a 342 mil 474.

Las estadísticas de audiencias. De 268 mil que se registraron en 2017, en el siguiente año el número se elevó a 299 mil 320, para el 2019 se registraron 314 mil 873. Las sentencias que ha emitido el OJ en los últimos cuatro años: en el 2017 fueron 44 mil 443; en 2018, 46 mil 246; en el 2019, 48 mil 422.”⁴³

Acá podemos observar que año con año han ido aumentando considerablemente los casos dentro del sistema de justicia, lo que se traduce a su vez a un aumento de la delincuencia en Guatemala. A su vez observamos que las estadísticas de audiencias llevadas a cabo por el Organismo Judicial en Guatemala son muy bajas comparadas con los casos presentados y tomando en cuenta que en cada caso deben llevarse a cabo más de una audiencia, la cifra es realmente baja.

A su vez el número de sentencias emitidas en comparación a los casos ingresados refleja el grave problema de la mora judicial y el que solo un numero pequeño de casos son resueltos en Guatemala, debido a varios problemas, pero principalmente el que ya hemos mencionado, los limitados recursos con que cuenta el Estado para resolver la gran cantidad de casos que se presentan.

⁴³ <https://www.prensalibre.com> /**Coronavirus: pandemia complicó la aplicación de la justicia en Guatemala** / (Consultado el: 27 de noviembre de 2022).

Es por lo cual que destacamos la función del principio de oportunidad dentro del sistema de justicia, como una herramienta que procura el reducir directamente este grave problema de la mora judicial en Guatemala.

4.5. La eficacia del sistema normativo

Con relación a la eficacia del sistema normativo, existe una discusión con relación a los derechos establecidos por las leyes y la posibilidad de ejercer esos derechos o reclamar su reparación al ser estos vulnerados, de lo cual Binder afirma “Notemos que no es lo mismo el status del ciudadano si analizamos sus derechos consagrados (hoy con abundancia y detalle), que si observamos la posibilidad que la mayoría de esos mismos ciudadanos tiene de solicitar que esos derechos se vuelvan efectivos, o de reclamar con posibilidades de éxito su reparación en los tribunales o por alguna autoridad”.⁴⁴

Acá observamos una deficiencia muy clara y es el hecho de la gran cantidad de derechos que amparan a las personas consagrados en las normas, como los derechos fundamentales establecidos en la constitución, incluso los más esenciales como el derecho a la vida, a la seguridad, a una vida digna, etc. Y como es evidente la ineficacia de la mayoría de estos derechos para muchas personas, el cómo los ciudadanos tienen tan limitados recursos para exigir al Estado el ejercicio o la tutela de estos derechos y anudado a esto, si el Estado no cumple su deber de garantizar la protección a estos derechos, observamos también que las normas regulan una amplia cantidad de

⁴⁴ Binder. **Op. Cit.** Pág. 210.

mecanismos para poder reclamar la reparación de los derechos vulnerados sin embargo, es claro que en la realidad son muy pocos los ciudadanos que efectivamente consiguen reparar el daño sufrido a sus derechos por medio de un proceso penal, y esto se ve reflejado principalmente en el preocupante porcentaje de impunidad que existe en nuestro país.

Anudado a esto tenemos la falta de credibilidad de las personas hacia un sistema de justicia poco eficiente, lo cual provoca que estas no se sientan motivadas a acudir ante las autoridades competentes a denunciar la vulneración de sus derechos y pretender su restitución, puesto que es sabido por la generalidad de las personas las deficiencias de este sistema, por ejemplo, la revictimización, el que en promedio tomará años para que se emita una sentencia condenatoria, y que aun así no es seguro que se dé la reparación digna, ya sea por diferentes factores como la insolvencia del condenado por ejemplo, o la posibilidad de que se absuelva al agresor.

En este sentido es evidente que no se sentirá motivada la víctima a acudir al sistema de justicia, derivado del enorme desgaste, tanto físico, económico u emocional que involucra un proceso penal y las pocas posibilidades de resarcimiento.

Por lo tanto, existe una brecha entre la validez y la eficacia del derecho, y acá radica la importancia del principio de oportunidad, ya que por medio de este se puede reducir esta brecha que se crea al momento en que se vulneran los derechos de una persona, y así dotar de credibilidad a un Estado, sin embargo, si además de no proteger los derechos

de los ciudadanos tampoco se les garantiza un mecanismo efectivo para reparar estos, nos encontramos ante una ineficacia del sistema normativo.

4.6. Proposición de modelo de principio de oportunidad en Guatemala

A lo largo de esta investigación, se han establecido los beneficios del principio de oportunidad para el sistema de justicia, y a su vez, que en Guatemala se encuentra bastante limitado, por lo cual, es pertinente proponer un modelo diferente que tienda a ampliar el ámbito de aplicación de este principio y que pueda contribuir eficazmente al sistema de justicia y a contrarrestar la criminalidad.

En primer lugar, consideramos pertinente que se haga un cambio en cuanto a la regulación en general de este principio, que se establezca de una manera general y conceptual el principio de oportunidad, y luego se pase a las figuras procesales específicas como lo son el principio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal.

Al respecto nos parece interesante como se encuentra regulado este principio en el Código de procedimiento penal de Colombia, en el Artículo 323 segundo párrafo el cual establece: “El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la

reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.”

Acá destacamos cuatro bases importantes a tomar en cuenta para la correcta estructuración de este principio, en primer lugar, que sea por razones de política criminal, que sirva de herramienta la política criminal de Estado, para contrarrestar la criminalidad que afecta a una población en específico. En segundo lugar, las causales específicas establecidas en la ley, por lo cual es importante establecer ampliamente las causales de aplicación de este principio, de modo que pueda sacársele el mayor provecho.

En tercer lugar, se establece la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación, de lo cual existe un precedente en Guatemala, contenido en esa facultad que tiene el Fiscal General de impartir instrucciones tanto de carácter general como de asuntos específicos, las cuales, en este contexto pueden ser orientativas en como ejercer la persecución penal por parte de los fiscales, orientado a la correcta aplicación de este principio. Por último, pero no menos importante, se establece el control de legalidad del juez de garantías, lo cual también es necesario, para que se garantice la no vulneración de los derechos de las partes involucradas y que exista un control en cuanto al ejercicio de esta facultad, y evitar que se ejerza de manera desmedida por parte del ente acusador.

En este sentido, estableciendo estos preceptos en la ley, se buscaría evidentemente que sean observados en todo momento al aplicar este principio, lo cual contribuiría a su mayor eficacia.

En cuanto a las causales de procedencia, consideramos que debe hacerse un cambio de manera progresiva, empezando por ampliar el máximo de pena de prisión de los delitos a los que se puede aplicar este principio en Guatemala, que actualmente es de cinco años, ampliarlo a seis años como se encuentra regulado en el modelo colombiano, a su vez ampliar los casos de procedencia de este de manera progresiva, iniciando por ejemplo con los delitos contra el patrimonio o delitos económicos, establecer una cuantía en la cual se podrá aplicar este principio en base a una cantidad de salarios mínimos para que cada año se encuentre acorde a la realidad económica del país y no quede obsoleta con el paso del tiempo.

Así también hacer una revisión general de la legislación penal sustantiva, orientada a ir reformando de manera progresiva los delitos y las penas, a manera de disminuir las penas de prisión de aquellos delitos que no constituyen una grave afectación social y de los que es viable en su mayoría de casos la efectiva reparación a la víctima.

De manera que poco a poco, no dañando los tejidos sociales o causando un cambio brusco que solo causaría rechazo social, podamos realizar una transición, de la actual tendencia al expansionismo penal a un reduccionismo, orientado a una justicia restaurativa y pasar de un maximalismo penal a un minimalismo, en el cual, por ejemplo,

luego podríamos adoptar inclusive un modelo de principio de oportunidad más simple pero amplio como el regulado en la legislación costarricense.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En Guatemala el principio de oportunidad se encuentra bastante limitado para su aplicación en todos los casos en que podría ser útil, y por lo tanto no se logran percibir los beneficios de este principio y tampoco contribuye de manera substancial a la política criminal del país, esto derivado principalmente de las limitaciones que establece la ley, específicamente hacemos mención del artículo 25 numeral tercero del Código Procesal Penal guatemalteco, el cual establece que el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los delitos de acción pública cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años, esto anudado a la tendencia político criminal legislativa de aumentar las penas de prisión o crear nuevos delitos con penas de prisión altas que excluyen de la aplicación de este principio, es lo que produce su ineficacia.

Una solución a este problema es en primer lugar, reformar este artículo, estableciendo un límite más amplio, seis años por ejemplo, a su vez establecer más casos de procedencia puesto que dicho artículo actualmente solo establece seis, a su vez el cambiar tendencia de aumentar las penas de prisión o establecer penas altas cuando no es necesario o eficaz, esta sería una labor propia del Organismo Legislativo de Guatemala, y también competiría a las demás entidades estatales adecuarse a esta clase de reformas, como lo es el Ministerio Público, implementar políticas eficaces de persecución penal, así como al Organismo Judicial velar por la tutela de los derechos y garantías de los sujetos sometidos a estos procedimientos. Y con esto lograr una mayor eficacia de este principio y en general de un sistema de justicia penal actualmente colapsado en Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: 2ª Ed. Editorial AD-HOC S.R.L., 1999.

BINDER, Alberto. **Análisis político criminal, bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática**. Argentina: Editorial Astrea, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Bogotá, Colombia: 2ª Ed. Editorial Temis, 2011.

DÍAZ, Elvyn. **Propuestas para el fortalecimiento de la persecución penal y la investigación criminal**. Guatemala: 1ª Ed. Editorial Servi prensa, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid, España: Editorial Trotta, 1995.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

GARCÍA FLORES, Hugo René y RALDA ORTIZ, Ligia María. **Derecho procesal penal guatemalteco la práctica del abogado**. Guatemala: 1ª Ed. Editorial Estudiantil Fénix, 2020.

<https://crimipedia.umh.es> **/Control social formal/** (Consultado el: 6 de noviembre de 2022).

<https://economipedia.com> **/Principio de proporcionalidad/** (Consultado el: 10 de octubre de 2022).

<https://www.icip.cat> **/¿Populismo punitivo o políticas sociales?/** (Consultado el: 25 de noviembre de 2022).

<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar> **/Principio de insignificancia/** (Consultado: 28 de septiembre de 2022).

<https://languages.oup.com> **/Gestión/** (Consultado el: 12 de noviembre de 2022).

<https://www.prensalibre.com> **/Coronavirus: pandemia complicó la aplicación de la justicia en Guatemala/** (Consultado el: 27 de noviembre de 2022).

<https://www.pensamientopenal.com.ar> **/Juicio y verdad en el procedimiento penal/** (Consultado: 13 de septiembre de 2022).

<https://www.scielo.cl> **/Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional/** (Consultado: 8 de octubre de 2022).



<https://www.scielo.cl> /**La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros/**
(Consultado el: 24 de noviembre de 2022).

KAISER, Günter. **Criminología**. Karlsruhe, Alemania: 7ª Ed. Editorial C.F. Müller, 1973.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: 2ª Ed. Editorial Editores del Puerto s.r.l., 1999.

OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL DIRECCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA, Ministerio de Justicia y del Derecho. **¿Qué es la política criminal?**. Bogotá, Colombia: (s.e), 2015.

POROJ SUBUYUJ, Oscar Alfredo. **El proceso penal guatemalteco**. Guatemala: 5ª Ed. (s.e), 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Múnich, Alemania: 23ª Ed. Editorial C.H. Beck, 1993.

TAPIAS SALDAÑA, Angela Cristina. **Justicia restaurativa en Colombia: aplicaciones desde la academia**. Bogotá, Colombia: Ediciones USTA, 2017.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: 2ª Ed. Editorial Lerner, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal parte general**. Buenos Aires, Argentina: 2ª Ed. Editorial Ediar, 2007.

Legislación:

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

Ley en Materia de Antejuiicio. Decreto número 85-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

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

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

Código Nacional de Procedimientos Penales. Congreso General de Los Estados Unidos Mexicanos, 2014.

Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 906 del Senado de la República de Colombia, 2004.



Código Procesal Penal. Ley número 7594 de La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1996.