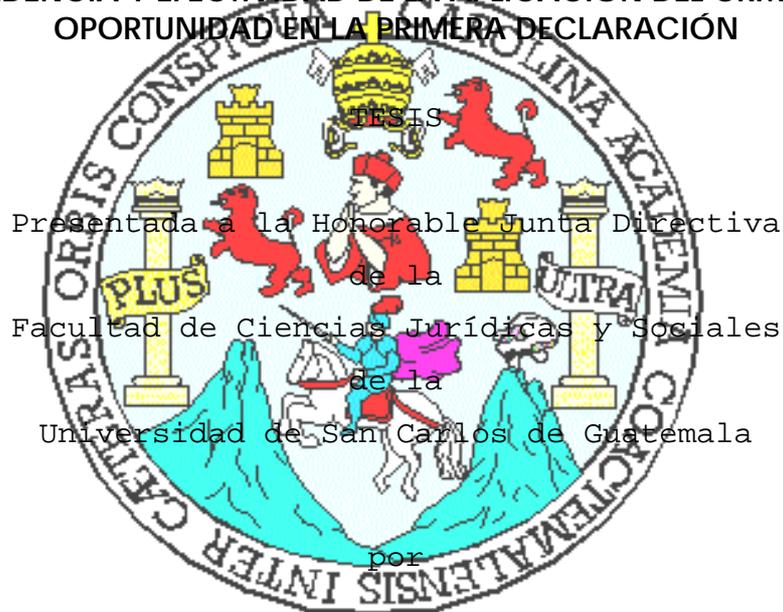


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**PROCEDENCIA Y EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE
OPORTUNIDAD EN LA PRIMERA DECLARACIÓN**



Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

MIRIAM VIONETH CHINCHILLA Y CHINCHILLA

previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2007.

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

PROCEDENCIA Y EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE
OPORTUNIDAD EN LA PRIMERA DECLARACIÓN

MIRIAM VIONETH CHINCHILLA Y CHINCHILLA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2007.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Julio Roberto Echeverría
Secretario:	Lic. Otto Marroquín Guerra

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Edgar Oswaldo Aguilar Rivera
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria:	Licda. Viviana Nineth Vega Morales

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

- A DIOS: Fuente de sabiduría que en su infinita bondad me permitiò alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES: Juan Chinchilla (Q.E.P.D.)y Hermelinda Viuda de Chinchilla. Que este triunfo sea un reconocimiento por su esfuerzo.
- A MIS ABUELOS: Julián Chinchilla (Q.E.P.D.) Emeteria Martinez (Q.E.P.D.) Manuel Chinchilla (Q.E.P.D.)Francisca Samayoa Q.E.P.D.).
- A: La memoria del padre de mis hijos, Walter Villacinda (Q.E.P.D.).
- A MIS HIJOS: Billy Anthony, William Anderson y Jessica Julissa. Con todo mi amor por ser la razón de mi vida para alcanzar este triunfo.
- A MIS HERMANOS: Elmer René (Q.E.P.D.) Melvin, Deyvi y Julio. Con cariño fraternal.
- A MIS SOBRINOS: Juan Carlos (Q.E.P.D.), Sincriid, Estefanie, Steven, Julio Miguel, Gerber, Yadira, Katherine, Alexander, Wilber y Davis. Con mucho amor.
- A MIS TÍOS: Samuel Samayoa, Mirtala, Dina y Laura Chinchilla, en agradecimiento por su apoyo incondicional.
- A: La licenciada Dilma Samayoa. Con cariño por su apoyo espiritual.

A MIS COMPAÑEROS DE
TRABAJO:

Angel Sandoval, Mauricio Nij, Sandra
Gallardo, Julia Ovando y Silvia
Alvarez. Especialmente como recompensa
por su apoyo.

A MIS AMIGOS:

Mynor Giovanni Gonzàlez, Wagner
Rodríguez, Gloria Hernández, Farah
Aquino, Irma Morales, y licenciados
Argentina Tay, Cèsar Ruiz y Nery
Valdizòn. Especialmente a ustedes como
agradecimiento por su apoyo.

A MIS AMIGOS DE
FACULTAD:

Lesvia Figueroa y licenciados Benito
Flores, Dimas Asencio, Orlando Alva,
Mirna Chacón, Maria del Càrmen Soto,
Fabiola de Menéndez, Silvia Mijangos y
Dora Lemus. Por compartir conmigo sus
conocimientos y brindarme su amistad en
el transcurso de esta carrera.

A:

La Universidad de San Carlos de
Guatemala, en especial a la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales. En
agradecimiento por su formación
académica.

A MI PATRIA:

Guatemala.

INDICE

	Pág
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Garantías constitucionales y procesales.....	1
1.1. Garantías constitucionales mínimas.....	1
1.2. Garantías del proceso penal guatemalteco.....	5
1.2.1. Principio de derecho de defensa.....	5
1.2.2. Principio de debido proceso.....	14
1.2.3. Principio de presunción de inocencia...	22

CAPÍTULO II

2. Análisis jurídico y doctrinario del criterio de oportunidad.....	25
2.1. Definición de criterio de oportunidad.....	25
2.2. Regulación legal del criterio de oportunidad.....	31
2.3. Cuándo procede la aplicación del criterio de oportunidad.....	33
2.4. Consideraciones para la aplicación de un criterio de oportunidad.....	38
2.5. Problemática en la aplicación del criterio de oportunidad.....	38

	Pág
2.6. Necesidad de aplicar el criterio de oportunidad en la primera declaración.....	40
CAPÍTULO III	
3. Procedencia del criterio de oportunidad.....	41
3.1. Casos en que procede el criterio de oportunidad.....	41
3.2. El criterio de oportunidad en la legislación guatemalteca.....	43
3.3. Momentos procesales para la aplicación del criterio de oportunidad.....	45
3.4. Reincidencia, habitualidad y criterio de oportunidad.....	45
CAPÍTULO IV	
4. Los efectos de la libertad mediante criterio de oportunidad.....	51
4.1. Prohibiciones para otorgar el criterio de oportunidad.....	51
4.2. Prescripción del criterio de oportunidad.....	58
4.3. Archivo físico de un expediente cuando se aplica el criterio de oportunidad.....	58

	Pág
4.4. Procedimiento a seguir para el criterio de oportunidad.....	59
4.5. Recursos por la aplicación de un criterio de oportunidad.....	62
4.6. Diferencias del criterio de oportunidad con otros mecanismos de simplificación al proceso común.....	65
4.7. Análisis de estadística judicial de procesos en que se aplicó el criterio de oportunidad y su momento procesal.....	68
CONCLUSIONES.....	71
RECOMENDACIONES.....	73
ANEXOS.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	83

INTRODUCCIÓN

En el proceso de enseñanza aprendizaje del cual es sujeto el estudiante de derecho, se produce el fenómeno de identificación con determinado tema del área del conocimiento que se estudia. En la personal experiencia de este trabajo, el tema con el cual se identificó la autora, consiste en la procedencia del criterio de oportunidad en la primera declaración. En otras palabras, los elementos que conducen a las partes procesales y, particularmente, al ente juzgador y operador de justicia a determinar si procede aplicar al caso que se juzga un criterio de oportunidad o no.

Con base en estos elementos se desarrolló el presente trabajo de investigación, el cual tuvo como fundamental aspecto la propuesta de modificación procesal del tema del criterio de oportunidad en la normativa que lo regula. La práctica demuestra que, a las audiencias de primera declaración no se apersonan los agentes fiscales y en su lugar se presentan a tales diligencias, los auxiliares fiscales, en ejercicio de la facultad concedida por el Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Es necesario que a las audiencias de primera declaración en la cual es procedente la aplicación del criterio de oportunidad, comparezcan los agentes fiscales, pese a la carga de trabajo y otras limitaciones laborales que pudieran presentárseles.

Por tales razones, el presente trabajo y para efectos de su exposición, se ha dividido en cuatro capítulos, a saber: El primero de los cuales expone los elementos generales del tema objeto del trabajo en cuanto a las garantías procesales; el

segundo, lo atinente a los elementos jurídicos y doctrinarios del criterio de oportunidad. El tercero, sobre la procedencia de dicho criterio; y el cuarto, los efectos de otorgar libertad devinientes del criterio de oportunidad.

Como se establece con el contenido del presente trabajo, se cumplen los presupuestos de hipótesis, objetivos generales y específicos del mismo. La hipótesis, que orientò a la presente realización fue en cuanto a que el criterio de oportunidad puede ser aplicado desde la primera declaración, haciéndolo como medida desjudicializadora màs efectiva, audiencia a la cual se ha demostrado, que no comparecen los agentes fiscales, sino sòlo los auxiliares fiscales. Todo lo cual da como resultado la mayor parte de efectos negativos por no asistir a dicha audiencia la persona facultada para el efecto. Por lo que, con este contenido se ha demostrado la validez y comprobación de tal extremo.

En el caso del objetivo general, se estableciò en el desarrollo del presente trabajo, la efectividad de la aplicación del criterio de oportunidad, en la audiencia de primera declaración de personas sindicadas de un ilícito penal de poca trascendencia, y que para ello existe la necesidad que a la diligencia de mèrito, asistan los agentes fiscales en forma personal, para que en los casos en que procede, formulen su petición, o se dote a los auxiliares fiscales de esa facultad. En relación a los objetivos específicos, se determinaron los fundamentos en que se basa el juez para decretar un criterio de oportunidad a petición del Ministerio Pùblico, en los delitos en los cuales se requiere la mìnima intervenciòn del Estado, como tambièn se conocieron las razones de dejar vinculada a una persona en el proceso penal por el plazo de un año, luego que se

aplica un criterio de oportunidad. Asimismo, se precisó la mayoría de conceptos que componían el tema, como forma de establecer el entendimiento y características cognoscitivas de la exposición.

En cuanto a los métodos utilizados, se emplearon los siguientes: método deductivo, inductivo, analítico y sintético. Cada uno empleado para obtener el objeto para el cual se aplican.

La técnica de la observación y de las fichas bibliográficas, fueron los instrumentos de investigación empleados en este estudio, de manera que éste adquiriera el nivel científico y académico que se deseaba lograr.

CAPÍTULO I

1. Garantías constitucionales y procesales

1.1. Garantías constitucionales mínimas

El Estado moderno busca a través del derecho procesal penal lograr a través de la aplicación efectiva de la coerción mejorar las posibilidades de persecución y castigo de los delincuentes mediante el traslado de la investigación al Ministerio Público y la implementación del sistema acusatorio, y paralelamente es un sistema de garantías frente al uso desmedido de la fuerza estatal protegiendo la libertad y dignidad individual, garantizando los intereses de la sociedad afectada por el delito en la misma medida que los derechos fundamentales de los sometidos al proceso penal.

Los principios procesales son los valores y postulados esenciales que guían al proceso penal y determinan su manera de ser como instrumento para realizar el derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas derivadas de los actos humanos tipificados en la ley como delitos o faltas.

Son criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y propósitos de la jurisdicción penal.

Por sus características estos principios pueden dividirse en principios generales y principios especiales.

Los principios del Derecho Penal suelen clasificarse de acuerdo a la esfera de la parte del derecho que tocan, de tal

forma que si se trata del Derecho Penal sustantivo, existen determinados principios aceptados para dicha parte, así como el Derecho Procesal Penal aporta los suyos también; adicional a esto se debe considerar que existen principios en cada tema de los abordados por ambos.

En materia de Derecho Penal sustantivo, se pueden mencionar entre otros el principio de legalidad, (que atañe tanto a la pena como al delito), el principio de exclusión del juzgamiento por analogía, en forma acertada según criterio del autor del presente trabajo, lo regula en su parte general, concretamente en el artículo séptimo, con el epígrafe "exclusión por analogía".

También el principio de taxatividad, que consiste en que exclusivamente el legislador puede penalizar o despenalizar una conducta. Por otra parte el principio de retroactividad de la ley penal, que en Guatemala además tiene categoría constitucional puesto que es regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala únicamente cuando favorece al reo.

Pasando a enfoques más precisos, se pueden mencionar principios más particulares o propios de cada tema del Derecho Penal sustantivo, tales como: en cuanto a la pena: "principio de la necesidad de la intervención"; "principio de protección de los bienes jurídicos"; "principio de la dignidad de la persona"¹ y otros. Un tema más específico para ilustrar lo que se trata, lo constituye la participación en el delito, siendo el "principio de accesoriedad"² el que establece la forma en que se deben comunicar ciertas y determinadas circunstancias entre autor y cómplice, así como cómplices en diferente nivel de participación (se entiende

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**, Pág. 49.

² **Ibid.**

por participación la del cómplice y autoría la del principal responsable).

En sede procesal, se puede hablar de una variedad poco más extensa de principios, puesto que los operadores de justicia en un sistema como el procesal oral que impera en Guatemala desde 1994, deben ceñir su actuar a los mismos. De tal manera que se pueden mencionar:

Para principiar, el debido proceso, que es también un principio constitucional, es establecido por el Código Procesal Penal en su artículo 4, con el epígrafe juicio previo. Además se halla en el Código Procesal Penal: el principio de legalidad establecido en dos momentos; en el artículo uno, se encuentra el principio: No hay pena sin ley anterior, *nullum poena sine lege*, es decir que no se puede fijar una pena si la ley no la hubiere fijado con anterioridad. Y en un segundo momento, en el artículo dos, el principio por demás procesal: No hay proceso sin ley anterior, *nullum proceso, sine lege*.

En resumen existe una serie de principios que limitan el derecho subjetivo o *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado, que no es otra cosa que "el derecho que le corresponde (al Estado) a crear y aplicar el Derecho penal objetivo".³

Y a continuación se amplían los que interesan al análisis de la presente investigación, siendo de todos los mencionados, aquellos en los que el Estado fundamenta su actuación jurídico procesal penal.

³ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 7.

Los principios del nuevo proceso penal guatemalteco responden a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y por lo tanto posibilitan plenamente las garantías jurisdiccionales consagradas en dicha declaración, aunado a lo estipulado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Toda persona tiene derecho a ser oída, con la debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que su presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad.

Los principios de mayor pertinencia para la presente investigación son dos, el principio de juicio previo y el de inocencia. Aunque son afectados también el de derecho de defensa, y el de debido proceso como se explicará a continuación.

1.2. Garantías del proceso penal guatemalteco

1.2.1. Principio de derecho de defensa

Es un principio eminentemente constitucional y procesal y se refiere a que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal, ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Este principio de defensa es un derecho Subjetivo Público Constitucional y, que pertenece a toda persona a la que se le imputa la comisión de un hecho calificado como delito.

El derecho de defensa lo contempla el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 20 del Código Procesal Penal.

Por el principio de Derecho a la defensa se entiende:

"El derecho a la defensa en juicio es otro de aquellos, cuyo reconocimiento es unánime, e importa la posibilidad de los sujetos privados del proceso de demostrar el fundamento de la pretensión que se ejercita o la falta de fundamento de la ejecutada en su contra".⁴

El tratadista Julio Maier, dice: "...El derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el proceso penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe"⁵.

Agregando el mismo tratadista, basado en lo dicho por Alfredo Velez Mariconde, que el derecho de defensa puede sintetizarse como:

⁴ Cafferata Nores, José I. **Introducción al derecho procesal penal**, Pág. 90.

⁵ Maier, Julio, **Derecho procesal penal**, Pág. 547.

"La facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal".⁶

En el sistema acusatorio, si bien es la prestación de servicios profesionales un contrato civil, y por lo tanto el imputado puede elegir y designar como defensor al abogado que desee, y que se trata siempre de una figura regida por la autonomía de la voluntad, el ejercicio de la función de defensor que realiza el abogado contratado es de carácter público. Lo anterior porque la sociedad tiene interés en que un imputado pueda defenderse, para que haga valer de manera eficaz sus derechos, sea juzgado con garantías y porque se concrete la justicia penal.

Existen según la mayoría de autores consultados, y citados en el presente trabajo de investigación, dos clases de defensa: la material y la técnica.

Las mismas consisten más que todo en una acepción más del término defensa.

⁶ Maier, Julio. **Derecho procesal penal**, Pág. 547.

Existe la defensa material, por la cual el Doctor Houed, señala: "La defensa material se ejerce, por el propio imputado y la defensa técnica es la que comprende el derecho de aquel de ser asistido profesionalmente por un letrado".⁷

"Es aquella que, de una manera personal e insustituible, realiza el sujeto contra quien se dirige la atribución delictiva".⁸

Ahora bien, la defensa técnica es la que está a cargo de un abogado, quien velará por el fiel cumplimiento del debido proceso de su defendido. El derecho del imputado a contar con defensor se otorga para garantizar que en el proceso, se actúe conforme la ley y con respeto de las garantías y derechos fundamentales; para que el mismo imputado pueda oponerse en forma técnica y expresar sus argumentos, derechos y pruebas, así como ser oído en juicio.

El jurista Mauro Cappelletti afirma: "La época del derecho puro ha terminado. La nuestra es la época del derecho responsabilizado, del derecho no separado de la sociedad sino íntimamente ligado a ella, a sus necesidades, a sus demandas a las voces de esperanza, pero también de justa protesta y de dolor que vienen de la sociedad"⁹.

La asistencia técnica está a cargo de un abogado, sea éste un particular o un defensor oficial, pues su función se proyecta hacia el imputado auxiliándolo mediante valiosos aportes técnicos a la defensa material.

⁷ Houed, Carlos. **Narcoactividad**; pág. 5.

⁸ Vázquez Rossí. Jorge. **El tipo penal**; pág. 51.

⁹ Cappelletti, Mauro. **Revista derecho procesal penal**, pág. 26.

Así le informa sobre los derechos que la ley le contempla, le muestra acerca de su verdadera situación procesal y le aconseja la mejor forma de hacer conocer al tribunal las circunstancias objetivas y subjetivas que pueden favorecerlo. También lleva a cabo una importante función de control, pues ejerciendo los poderes que la ley le otorga puede exigir el cumplimiento de las normas procesales o poner de manifiesto las irregularidades conocidas ante el propio tribunal o uno de alzada.

La conversión de delitos de acción penal pública en privados conforme el Artículo 26 del Código Procesal Penal y el procedimiento especial por delitos de acción privada están diseñados para facilitar la gestión de abogados en cierto tipo de casos.

La asistencia procesal, técnica y continua de un abogado a la persona imputada de la comisión de un hecho delictivo tiene carácter de derecho irrenunciable e insoslayable. No puede faltar en un proceso penal.

En caso de que el imputado no pueda pagar un abogado particular, debidamente colegiado para actuar en su patrocinio en el proceso penal, se le asigna de oficio uno. Existe una diferencia en cuanto lo regulado por el Código Procesal Penal vigente, Decreto 51-92 del congreso de la República de Guatemala, con respecto al Código derogado, contenido en el Decreto 52-73, también del Congreso de la República de Guatemala, consistente en que en este último mencionado, se establecía a un pasante de oficio, es decir un estudiante. Mientras que en la actualidad, es un profesional colegiado puesto que existe el órgano de defensa técnica si el detenido no puede pagar un abogado se lo proporciona

el Instituto de la Defensa Pública Penal Artículo 1, 6 de la Ley de Servicio Público de Defensa Penal y 8 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Conviene citar textualmente al tratadista Vazquez Rosi, cuando, a su vez, citando a otros autores señala: "Así, Carnelutti ha hablado de la acusación como tesis, de la defensa como antítesis y de la sentencia como síntesis. En parecida línea, se ha dicho que la defensa sería una concreción del derecho de contradicción, el que a su vez, de una manera general, estaría dentro de la problemática amplia del concepto de acción (Rocco). Como lo ha destacado Devis Echandía, pertenece a toda persona por el solo hecho de ser demandada..."¹⁰

Por lo tanto el mismo autor cuando señala una definición de defensa establece que es: "una norma de rango constitucional, válida para todo tipo de proceso, derivada de los valores de seguridad jurídica y de igualdad de oportunidades, ligada a una recta administración de justicia y concretada a través de las disposiciones de los códigos de rito que posibiliten, de manera más amplia, la debida contradicción ante la acción, permitiendo que el accionado pueda ser oído, hacer vales su razones, ofrecer y controlar la prueba e intervenir en la causa, en un pie de igualdad con la parte actora, todo con independencia del derecho sustantivo en litigio".¹¹

En el actual sistema, o sea el acusatorio, es un contrato de prestación de servicios profesionales, un contrato civil, y por lo tanto el imputado puede elegir y designar como defensor al abogado

¹⁰ Vazquez Rossi. **Ob. Cit;** pág. 47.

¹¹ **Ibid.** págs. 47 y 48.

que desee, o sea en este contrato impera la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, en éste contrato el abogado se compromete a estar vinculado al proceso como parte y en tal sentido, con obligaciones procesales, y se compromete a realizar los fines del proceso.

Alfredo Orgaz destaca que: "el papel del abogado como auxiliar del juez, consiste, no en engañarlo y torcer la justicia, sino en demostrarle, de la manera más clara que le sea posible; tanto las razones de hecho y de derecho que favorecen a su cliente, en cuanto los fundamentos de su oposición a las pretensiones de la parte contraria"¹².

En el sistema acusatorio la justicia es un bien social. El abogado defensor es parte del proceso, y, por lo tanto, además, auxiliar de la justicia.

No cabe duda que el abogado defensor es un profesional colaborador de la jurisdicción, una parte procesal encargada de la defensa material de su cliente, siempre supeditado a los fines de los tribunales.

En una sociedad civilizadamente organizada, la justicia debe obedecer a principios e impulsos democráticos, justos y equitativos. Entre los seres humanos, y sobre todo en nuestra sociedad, está comprobado el hecho de que es muy difícil lograr dichos propósitos; sin embargo, el hecho de implementar un sistema oral, un sistema acusatorio, garantiza en cierta medida la democratización del proceso penal, es decir, todas las partes se incorporan en el proceso con mayor participación y por ende se

¹² Orgaz, Alfredo, Revista **Derecho procesal penal**, pág. 23.

logra equilibrar la igualdad de oportunidades, elemento necesario para garantizarle al acusado el debido proceso y su derecho a la defensa. En el proceso inquisitivo, superado en Guatemala por el proceso oral, se establecía entre otros muchos males, el de no democratizar la relación entre las partes. El Ministerio Público tenía una presencia antes de poca relevancia, mientras que la defensa podía hacer uso de muchos recursos de dudosa legitimidad, aunque legales, para poder excarcelar e incluso lograr liberar al acusado. Claro, en dicho proceso la defensa era un contrato civil, en el que la defensa no tenía ni le interesaba tener motivaciones sociales en su defensa, lo que perjudicaba al proceso.

El garantizar la defensa penal pública en el proceso, es un requisito indispensable para la buena marcha de la justicia en un país, pero lo es aún más, el hecho de que la misma actúe con ciertos límites que no enturbien el proceso con el simple interés en favor de su defensa.

Como se dijo, una de las formas de alcanzar la justicia en una sociedad civilizadamente organizada, es democratizando el proceso penal, que al decir de Claus Roxín: "de todos los campos del Derecho es el Derecho Procesal Penal el que resulta más conocido y de mayor interés para quienes no son juristas".¹³

Dentro de la democratización a la que se alude en los párrafos anteriores se encuentra el hecho de que la defensa ha pasado a ser (contrario al proceso derogado), un auxiliar de la justicia, lo que limita la actuación del mismo y sobre todo le otorga una mayor eficacia en la actividad de defensa que tiene que

¹³ Claus Roxín, Erwin. **El derecho penal parte general**, pág. 43.

desarrollar siempre y cuando se le de la importancia del mismo por los juzgadores, pues contrario solo se estarán llenando los centros de detención y pasará el tiempo para la investigación por el Ministerio Público y al no haber pruebas, debido a la falta de personal calificado y la falta de recurso humano el juez optará por la libertad del detenido.

La defensa penal es una institución que alcanza con el proceso acusatorio la dimensión que necesitaba que no tenía y que se encontraba ya ampliamente regulada tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala, como por el Derecho Internacional, Leyes que regulan los Derechos Humanos; y otras que coadyuvan con las anteriores.

Así la Constitución Política de la República de Guatemala regula en su Artículo 12 "La defensa de la persona y sus derechos son inviolables; por consiguiente, nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos, si antes no ha sido citado, oído y vencido en proceso legal ante Juez competente y preestablecido"

El progreso, la seguridad ciudadana, la convivencia pacífica y la consolidación de la democracia¹⁴, exigen de un sistema de justicia penal, dinámico, objetivo, "justo", pero sobre todo actualizado, del momento histórico que se vive en la reforma procesal penal, que se está generando no solo en nuestro país, sino en el resto de la América Latina, que alude el Licenciado Barrientos Pellecer en la exposición de motivos del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁴Figueroa Sarti, Raúl. **Ob. Cit**; pág. 27.

En el actual sistema el papel del Abogado cambia, con anterioridad la defensa era un contrato civil de prestación de servicios o innominado de patrocinio y nada más, por lo que el Abogado o Profesional del Derecho se limitaba a ofrecer una fórmula mágica para resolver la defensa del imputado no importando los medios que para dicha situación se presentara, contrariamente, en la actualidad, como ya se mencionaba, el defensor puede ser parte del mismo engranaje de la justicia, toda vez que puede pertenecer a la defensa técnica, es decir una defensa que es parte del mismo proceso lo que de hecho le imprime principios más adecuados a dicha figura. Y en ella el abogado realiza una función de asesoría técnica penal, todo abogado defensor tiene la obligación de poner al tanto a su defendido de su situación jurídica y cuales pueden ser las consecuencias en el desarrollo del proceso hasta llegar a sentencia.

1.2.2. Principio de debido proceso

El debido proceso consiste en que nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente.

Como se puede establecer de la lectura de los autores que se ocupan de este principio doctrinariamente, el debido proceso es (a criterio de algunos de estos tratadistas, tales como Cafferata Nores, el cual se cita posteriormente), un principio mucho más extenso que los demás principios o garantías procesales, toda vez que éste principio contiene a los demás. Mientras que para otros autores, el principio de debido proceso conserva igual categoría que los demás. Es importante explicar cada una de las posturas para poder entender mejor, lo que significa juicio previo,

individualizando su significado de lo que ha de entenderse por debido proceso.

En primer lugar tenemos a tratadistas internacionales como José Cafferata Nores y en el ámbito nacional al Licenciado Moisés Efraín Rosales Barrientos. Ambos coinciden en que el debido proceso no es lo mismo que el juicio previo, estableciendo que el debido proceso es un principio de mucho mayor envergadura que el otro, puesto que el juicio previo según estos autores, resulta un corolario del debido proceso, es decir que al garantizar un debido proceso, estamos garantizando automáticamente el de juicio previo. El autor nacional Rosales Barrientos señala de forma sencilla el siguiente ejemplo:

"Algunos autores utilizan incorrectamente el concepto de juicio previo y no el debido proceso; éste último mucho más amplio que el primero. Si estudiamos la evolución de ambas garantías, constataremos que aún en la época de la inquisición, o en los Tribunales de Fuero Especial surgidos en Guatemala, hubo un juicio previo a la condena de los procesados; pero no puede asegurarse que haya habido un debido proceso".¹⁵

Resulta lógico que si el debido proceso consiste en todas las etapas que se mencionan en el artículo 12 de la Constitución Política de la República, el juicio previo queda limitado a una de esas etapas, mientras que el de debido proceso consiste en todas.

Por otro lado, el tratadista José Cafferata Nores explica que el debido proceso contiene los principios de juicio previo,

¹⁵ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala técnicas para el debate**, Pág. 104.

juez natural, de inocencia (como le llama él), de indubio pro reo, de non bis in idem, y el de duración razonable del proceso (conocido en nuestro medio como: principio de celeridad procesal).

Establece José Cafferata Nores:

"Existe generalizado reconocimiento que toda persona, antes de ser sancionada penalmente, tiene derecho a un proceso previo en el que se encuentran garantizados los siguientes principios. Juez natural ...Juicio previo ...principio de inocencia ...indubio pro reo ...non bis in idem ...duración razonable del proceso"¹⁶.

Por otra parte, se tiene al otro grupo de autores que cuando se refieren al debido proceso lo hacen explicando el principio de juicio previo. Por ejemplo el tratadista Julio Maier que no contiene en su Obra de Derecho Procesal Penal Tomo I, el tema de debido proceso (así como lo hacen también otros autores como Alfredo Velez Mariconde), explica únicamente lo que debe entenderse por juicio previo. Señala el mencionado autor:

"Primariamente, la exigencia de juicio previo impone la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien"¹⁷.

Agregando que: "Juicio y sentencia son aquí sinónimos, en tanto la sentencia de condena es el juicio del tribunal que, al

¹⁶ Cafferata Nores, José I. **Introducción al derecho procesal penal**, Pág. 79.

¹⁷ Maier, Julio, **Ob. Cit**; Pág. 478.

declarar la culpabilidad del imputado, determina la aplicación de la pena..."¹⁸.

Por lo tanto se puede inferir que para el autor citado el juicio previo incluye la sentencia. Adicionando además en su exposición la explicación de juez natural dentro del mismo apartado de juicio previo lo que hace presumir que el elemento de juez natural forma parte del de juicio previo en la concepción de éste autor.

Explicadas las dos posturas encontradas en la doctrina al respecto del debido proceso y el juicio previo, consideramos que la correcta, es la explicación del primero de los grupos mencionados ...INCLUIR UNA SENTENCIA DICTADA POR UN JUEZ AJUSTADA AL DELITO DE QUE SE LE ACUSA AL IMPUTADO Y LAS PRUEBAS QUE LE DAN FACULTAD PARA LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN BENEFICIO DEL SINDICADO, toda vez que el debido proceso si incluye una sentencia, un juez natural (y con él, a la independencia judicial), el respeto a la inocencia, a una debida defensa, a que la duda beneficie al imputado, a que no se le persiga dos veces por el mismo hecho, y a que el proceso se sustancie en el tiempo más corto posible en beneficio no sólo del reo sino también de toda la sociedad en su conjunto. Mientras que el juicio previo es tan sólo la etapa que debe anteponerse a toda sentencia para que ésta última sea proferida conforme a derecho.

El proceso penal es también, un instrumento al servicio de los derechos de las personas, por lo cual era urgente y necesario en este país adecuarlo a los postulados y propósitos de un

¹⁸ Maier, Julio, **Ob. Cit**; Pág. 478.

movimiento democratizador. El contexto en el que aparecen los principios NULLUM POENA SINE LEGE Y NULLUM PROCESO SINE LEGE, es ahora distinto porque permite el real ejercicio de los derechos del imputado y el control social sobre esos principios, porque el Derecho Penal material debe realizarse a través de un juicio limpio, juzgar y penar solo son posibles si se observan las condiciones y las garantías, de que el hecho motivo del proceso esté tipificado en ley anterior como delito o falta y, que el proceso se instruya con las formas previas y propias fijadas con observancia de las garantías de defensa, que el juicio se siga ante tribunal competente a cargo de jueces independientes e imparciales; que el procesado sea tratado como inocente hasta que una sentencia firme declare lo contrario y, en el que el juez elija una pena justa, asimismo de que éste tome en cuenta el principio de *non bis in idem* y el principio *favor rei*.

Eugenio Florian señala "el Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en la forma procesal y ante órganos jurisdiccionales establecidos en la ley".¹⁹ Podemos entonces decir que, en nuestro medio los que imparten justicia deben respetar los principios Constitucionales y los tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos.

En todo proceso la ley suprema es la Constitución Política de la República de Guatemala que prevalece sobre todas las leyes que la tendrán presente para el desarrollo del debido proceso ajustadas a las leyes que lo rigen, el principio de debido proceso se sustenta sobre la idea de que ninguna persona puede ser limitada en sus derechos, o condenada sin haber sido citada, oída o vencida en juicio. Conviene preguntarnos anticipadamente

¹⁹ Florian, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, Pág. 17.

al capítulo tercero, en qué momento ha sido "oído" el sujeto al cual se beneficia con la aplicación del criterio de oportunidad señalado en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal.

Al respecto se puede afirmar como señala el tratadista Moisés Rosales:

"Jurìdicamente, nuestra Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Amparo hace referencia clara a la garantía del debido proceso y no sólo a la de juicio previo. El debido proceso exige un juicio legal no sólo para condenar al imponer una pena, sino también para privar a una persona de cualquiera de sus derechos. En virtud de lo cual, todo imputado, antes de ser condenado o privado de cualquiera de sus derechos, debe ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, de manera equitativa, en una audiencia donde se le conceda la oportunidad de explicar su los motivos o razones que se le acusan, presentar prueba y objetar las del acusador. Este derecho a ser oído también se le conoce como *audi alteram partem*"²⁰.

Por las razones expresadas es lógico que se trata obviamente de un asunto de permitirle al sujeto encartado poder exponer su defensa ante un tribunal legalmente instituido. Es decir que dicho principio incluye esos cuatro momentos: el de ser citado, el de ser oído y el de ser juzgado así como el de ser vencido en juicio.

²⁰ Rosales Barrientos, Moisés Efraín, **Ob. Cit**; Pág. 104.

Por las razones expuestas al violentar el debido proceso, también se violenta el de defensa. Así se entiende al leer el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

José Cafferata Nores señala:

"...toda persona antes de ser sancionada penalmente, tiene derecho a un proceso previo..."²¹

Por su parte Rosales Barrientos establece que el debido proceso es en esencia lo siguiente:

"Nadie podrá ser condenado, privado de sus derechos o sometido a medidas de seguridad o corrección, sin antes haber sido citado, oído y vencido ...en juicio legal, con un procedimiento en el cual se hayan observado estrictamente las garantías previstas en la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley ...ante un tribunal competente y preestablecido, independiente e imparcial"²².

La Corte de Constitucionalidad nos dice lo que a continuación se transcribe: "...el debido proceso ...consiste en la observancia, por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y en el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que conlleva el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de justicia y de realizar ante el mismo todos los actos

²¹ Cafferata Nores, José I. **Ob. Cit;** Pág. 79.

²² Rosales Barrientos, Moisés Efraín, **Ob. Cit;** Pág. 105.

legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas.

Así mismo, el debido proceso es elemento esencial del derecho de defensa e involucra el conjunto de garantías que deben revestir los actos y procedimientos que conducen a las decisiones judiciales..."²³

Ahora bien, por otro lado se encuentra el principio de juicio previo, mismo que no puede ser confundido con el de debido proceso.

El principio de juicio previo se encuentra regulado en los artículos 2, 3 y 4 del Código Procesal Penal, significa que para que pueda juzgarse a cualquier persona debe existir un procedimiento establecido con anterioridad, además de garantizar que las formas del proceso no pueden variarse.

A este principio, la ley lo regula de la siguiente forma: En su artículo 2 el Código Procesal Penal, regula los requisitos que deben llenarse para iniciarse proceso y tramitarse querrela o denuncia y señala: "No hay proceso sin ley", es decir *nullum proceso sine lege*: No podrá iniciarse ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos y omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. El Artículo 3, del mismo Código nos dice: "Imperatividad. Los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias". Y el Artículo 4 que indica: "Juicio Previo". Nadie

²³ Sentencia del 25 de abril de 1994. Expediente 427-93, Gaceta 32 P. 98

podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones del Código Procesal penal y a las normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

Se entiende por juicio previo que: "el Juez natural no puede imponer una pena sin que se haya realizado un proceso que culmine con una declaración fundada de culpabilidad".²⁴

El tratadista argentino Gustavo Vivas Ussher, señala que juicio previo: "es la garantía individual que resguarda la imposibilidad de condenar válidamente a alguien sin que antes se haya complementado un proceso conforme a las exigencias constitucionales."²⁵

De forma más directa juicio previo, según Alfredo Velez Mariconde expone: "equivale a sentencia previa, desde que ésta es el acto de voluntad en que necesariamente se debe exteriorizar aquel para que pueda tener vigencia en el orden Jurídico; de modo que sí, la sentencia es indispensable para imponer una pena..."²⁶

1.2.3. Principio de presunción de inocencia

Durante el curso del proceso penal, el imputado no puede ser considerado ni tratado como culpable, puesto que, por mandato constitucional es inocente hasta que en una sentencia firme se

²⁴ Cafferata Nores, José I. **ob. Cit**; Pág. 80.

²⁵ Vivas Ussher, Gustavo. **Manual de derecho procesal penal I**, Pág. 138.

²⁶ Velez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**, Pág. 30.

demuestre la materialidad del hecho y la culpabilidad. Este principio es una garantía Constitucional y una garantía procesal con carácter objetivo, ya que exige actividad probatoria y valoración de la prueba para ser desvirtuada.

La sentencia desde luego no constituye la culpabilidad, sino que la declara, con base a las pruebas aportadas en la investigación, para ello deben deducirse dos aspectos. Que el imputado debe ser tratado como inocente durante todo el proceso y, que es culpable hasta que una sentencia firme, así lo declare.

En nuestro medio, normalmente el juez de primera instancia, penal, narcoactividad y delitos contra el Ambiente, cuando se le consigna a una persona por medio de una prevención policial, DECRETA LA PRISION PREVENTIVA, debe tomar en cuenta en algunos casos que tiene facultades que le otorga el artículo 264 del Código Procesal Penal, en el sentido de que puede de oficio sustituir la prisión preventiva por una o varias medidas sustitutivas, máxime cuando se trata de delitos que no son de trascendencia social, con las excepciones señaladas en la norma citada. El Doctor Bovino decía qué: "antes que nada, primero se debe investigar para luego detener y no detener para luego investigar"²⁷. Debe apelarse por estas medidas arbitrarias y contribuir para que no se violen las garantías constitucionales, máxime los defensores, pues deben contribuir para lograr este objetivo.

Este Principio se encuentra regulado en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 14 del Código

²⁷Bovino, Alberto. **Temas de derecho procesal penal guatemalteco**, Pág. 103.

Procesal Penal y 8 Numeral 2º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José).

En el principio de inocencia así como también el de Debido Proceso, tiene la facultad el Estado, de ser garante de los Derechos elementales de la persona humana al que se ha hecho alusión frecuentemente. El principio de inocencia determina la protección para todo ciudadano de ser tomado como inocente "mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada" (Ver artículo décimo cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Este principio es elemental del Derecho Procesal Penal.

Señala a su vez el tratadista Julio Maier lo siguiente:
"Los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa"²⁸

Según el autor argentino Raúl Washington Abalos, afirma que:
"Este principio significa que toda persona debe ser tratada como inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista un sentencia penal de condena, por ende que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación

²⁸ Maier, Julio. **Ob. Cit;** Pág. 491.

deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente".²⁹

De manera más concreta, el autor nacional, César Barrientos Pellecer, señala:

"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada"³⁰.

José Cafferata Nores también apunta su propia definición cuando señala:

"En virtud del principio de inocencia nadie podrá ser considerado culpable, hasta que una sentencia firme no lo declare tal"³¹.

²⁹ Abalos, Raúl Washington. **Ob. Cit;** Pág. 127.

³⁰ Barrientos Pellecer, César. **Derecho procesal penal guatemalteco,** Pág. 85.

³¹ Cafferata Nores, José I. **Ob. Cit;** Pág. 82.

CAPÍTULO II

2. Análisis jurídico y doctrinario del criterio de oportunidad

2.1. Definición de criterio de oportunidad

Es una institución procesal utilizada para resolver rápidamente un conflicto penal, que no involucra, la sanción penal, permite que el Ministerio Público se abstenga de ejercer la persecución penal, previa autorización judicial en los supuestos fácticos señalados en la ley.

El significado y las implicaciones del término "criterio" ha sido poco abordado en la doctrina por los autores y tratadistas. En la ley se puede leer la palabra criterio, sin embargo ésta no se encuentra definida en el artículo y no ha sido sustentada o explicada si quiera en la exposición de motivos de la misma. Por consecuencia se puede estimar o presumir en aplicación del espíritu de la ley, que dicho término debe entenderse en su sentido único y que no hay diferentes formas de entenderlo o lo que es lo mismo, éste término no tiene acepciones, por lo que su significado está por demás anotararlo en la norma.

Tratadistas como el caso de Manuel Ossorio o el de Guillermo Cabanellas de Torres, no abordan el significado de la palabra criterio. Los autores de tratados sobre derecho procesal penal o Proceso Penal tales como Julio Maier, Velez Mariconde, Alberto Binder o Juan Bustos Ramírez y otros, no especifican primero el significado de la palabra criterio para luego tratar su uso en la rama del Derecho que los ocupa, sino empiezan directamente a tratar los temas en los cuales se utiliza la misma sin mayor

sustento previo. Todo lo cual tiene una importancia distinta en el contexto del presente trabajo de Tesis.

El tema criterio, sirve como base para dos cosas en el presente documento. En primer lugar, sirve para establecer las implicaciones que conllevan regularlo o regulan temas de derecho sujetos a un criterio. Dichas implicaciones se encuentran ligadas estrechamente con el tema objeto de esta tesis puesto que, como resulta lógico, el criterio de oportunidad es un asunto de criterio que en nuestro código no lo define bien en su terminología.

En segundo lugar, el término criterio se encuentra ligado al presente tema puesto que subsecuentemente a no encontrarse definido en ley, y haber casi nada tratado de él en doctrina, es necesario hacer el esfuerzo de precisar su contenido, definición o significación y por lo mismo, se propone a continuación una forma de abordar el tema. Conviene anticipar que se trata de una propuesta de contenido teórico al respecto de un tema del cual hay muy poco tratado, por lo tanto es un esfuerzo por sistematizar dicho contenido.

El concepto que se debe tener de criterio, dado los antecedentes explicados y la orientación que nos brinda el diccionario, que dice en que al hablar de "un criterio" nos referimos a un "juicio", no obstante no se trata de la fase del proceso penal que lleva ese nombre, sino más bien el que un sujeto (cualquier sujeto) se forma para sí con respecto a una situación que se le presenta en disyuntiva, es decir que éste "juicio" es más bien una decisión, un discernimiento, una forma de "discreción". Es precisamente ahí en donde se establece la relevancia jurídica del término, puesto que se trata de una

decisión que afectará el desarrollo del proceso, e incluso la situación jurídica de un ser humano que es sindicado de haber cometido un ilícito penal sin que se le haya probado lo contrario.

En el tema que nos ocupa propiamente, se trata de un criterio sobre si procede por un proceso normal, es decir el procedimiento penal común o bien se opta por la aplicación de un criterio de oportunidad, lo que da lugar a una serie de efectos no sólo de carácter procesal sino que a la vez de carácter sustantivos. En el caso de unos y otros los abordamos en el tema específico del criterio de oportunidad en este mismo capítulo.

Cómo se trata de un criterio, se puede decir que la ley faculta a un funcionario público a tomar la decisión que según su discernimiento y capacidad profesional sea lo correcto, por lo mismo se puede afirmar que se trata de una norma que permite al funcionario decidir; es aquí donde se dan contradicciones entre el Juzgador y el Ministerio Público.

Es preciso aclarar que cuando el Código Procesal Penal faculta al fiscal en la toma de una decisión por "criterio", ese "criterio" entra en la esfera de las decisiones procesales penales, puesto que afectará el desenvolvimiento del proceso penal.

El término criterio tiene como base la palabra griega *xqitnolov* es decir *critinolv* que significa juzgar; en una forma más rápida para impedir un proceso de otra magnitud.

La siguiente definición tomada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "norma para conocer la verdad, juicio o discernimiento".³²

Debido a que los tratadistas internacionales y los nacionales no se ocupan de una definición en especial es preciso integrar los distintos conceptos que cada uno aporta y proponer una definición de lo que se debe entender por "criterio de oportunidad", sin que esto suponga una teoría al respecto. Tampoco se considera correcto, como en algunos casos hacen autores nacionales expresar como definición de determinado término el contenido del artículo que regula dicho tema, puesto que ese ejercicio resulta poco provechoso para efectos teórico doctrinarios.

En ese sentido Héctor Hugo Pérez Aguilera señala que el criterio de oportunidad es:

"la facultad que tiene el Ministerio Público bajo el control del juez, de no ejercitar la acción penal debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación al bien jurídico, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposo"³³

Por su parte Alberto Bovino lo denomina principio de oportunidad y expresa:

"El artículo 25 CPP establece el principio de oportunidad y reconoce tres supuestos en los cuales el fiscal, con el

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Pág. 598.

³³ Manual del fiscal, Pág. 217.

consentimiento del agraviado, si lo hubiere, puede abstenerse de iniciar la persecución o interrumpir la persecución ya iniciada en: a) delitos de poca trascendencia; (b) supuestos de mínima culpabilidad del autor o partícipe; y c) supuestos de retribución natural".³⁴

Sin embargo, en el primero de los mencionados se hace la aclaración que pese a que dicha diligencia, la del criterio de oportunidad, suponga el "control" de un juez no es precisamente de esta forma, puesto que por un lado se trata estrictamente de un criterio³⁵ del Fiscal, y por otro lado en el inciso 6 que es el objeto principal de la presente investigación, ya no es un control, puesto que taxativamente la ley especifica que el juez está "obligado" a otorgarlo, en una flagrante intromisión en la independencia judicial, y una violación al criterio de oportunidad cuando dicho funcionario niega este criterio y por ende hace caso omiso a lo solicitado por el Ministerio Público dejando al sindicado en la situación anterior.

Por esa razón y por la falta de argumentos descriptivos no compartimos una definición como la conceptúa el autor de la primera definición propuesta.

En el segundo caso, el de la definición que se propone extraída del concepto de Alberto Bovino, existe el inconveniente que dicho tratadista concibe al contenido del artículo 25 del Código Procesal Penal como principio y no como un criterio, por lo que se puede decir que difiere de una conceptualización exacta del término, por tal motivo creo que es preciso expresar una

³⁴ Bovino, Alberto. **Temas de derecho procesal penal guatemalteco**, Pág. 104.

³⁵ Ver primer título del presente capítulo.

definición un tanto más completa y por lo mismo se propone la siguiente, del autor del presente trabajo:

"El criterio de oportunidad es la medida desjudicializadora por la que el Ministerio Público o acusador oficial, se abstiene de ejercitar la acción penal o desiste de la persecución penal iniciada, en los casos en que estima a su juicio que la acción que se llevaría a juicio es un asunto que no pone en peligro la seguridad ciudadana".

"El criterio de oportunidad es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, porque la ciencia penal moderna ya recoge un modelo de juzgamiento para los reos de primer ingreso o que cometen ilícitos que o afectan el interés social de las personas o que el bien jurídico tutelado no es gravemente lesionado, por lo que se incluye al criterio de oportunidad dentro de las medidas alternativas a la solución de conflictos, para que los sindicados obtengan rápidamente su libertad cuando no han cometido hechos ilícitos de trascendencia social y el estado les reintegre su libertad bajo ciertas condiciones o prohibiciones, que les da la oportunidad de ya o volver a delinquir.

Es necesario hacer hincapié en el papel de contralor que tiene el juez sobre la existencia de los presupuestos para que pueda aplicarse el criterio de oportunidad, ya que es frecuente que el juez que conoce realice un análisis o examen sobre la conveniencia de autorizar o no la solicitud del fiscal, por ello reiteramos que el control judicial descansa únicamente en establecer que en el caso concreto se produzcan las condiciones exigidas por la ley para otorgar o no la autorización ya que se reconoce que es el fiscal titular de la persecución y acción penal quien puede y tiene que decidir sobre la conveniencia,

utilidad y necesidad de iniciar o seguir adelante o no con la persecución penal.

La finalidad de la aplicación del criterio de oportunidad, es que el mismo constituye

- Un mecanismo para resolver un conflicto penal, con celeridad dentro del marco legal, constituyendo una excepción al principio de legalidad procesal.
- Descongestiona el sistema de Justicia;
- Agiliza la respuesta del sistema a las demandas de justicia de la población cuando se trate de hechos de poco impacto social; así como enfrenta más eficazmente la delincuencia que cada vez se organiza más y de forma compleja;
- Obliga que los tribunales de justicia funcionen con formas propias del sistema acusatorio.

El criterio de oportunidad, en doctrina y derecho comparado se otorga siempre y cuando se satisfagan ciertos requisitos.

- Que el hecho delictivo carezca de grave impacto .
- Que el arreglo entre las partes en conflicto, produzca más beneficio y satisfacción a la sociedad que la imposición de una pena.
- Que haya cesado la amenaza al bien jurídico tutelado, o la lesión producida haya sido reparada y las partes hayan llegado a un acuerdo al respecto.

- Cuando los autores ó cómplices del delito encubrimiento proporcionen información que conduzca a la persecución y sanción de los responsables de delitos graves.

2.2. Regulación legal del criterio de oportunidad

Como señala Barrientos Pellecer:

"Esta excepción al principio de oficialidad (obligatoriedad, según la doctrina), es un primer paso en la desformalización del proceso penal, que, como su nombre lo indica, permite adoptar la decisión de no ejercitar la acción penal para facilitar el flujo de casos penales y dar salida rápida bajo control judicial a asuntos donde la violación al bien jurídico tutelado es leve"³⁶

El artículo 24 Bis de nuestro Código Procesal Penal recoge el principio de oficialidad procesal en virtud del cual: "Todos los delitos de acción pública ...Serán perseguibles de oficio" por el Ministerio Público, constituyendo este principio, la regla.

Por otra parte el reconocimiento de hecho para que el Estado persiga e investigue todos los delitos de acción pública que se producen hace surgir el criterio de oportunidad como excepción a la regla del Principio de oficialidad.

La acción penal la concebimos como la materialización del derecho que le asiste al ofendido, en un hecho punible, de exigir la aplicación de la justicia penal. La misma ha evolucionado a lo

³⁶ Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Ob. Cit**; Pág. 56.

largo de la historia, y a través de ella se resume la lucha entre los intereses sociales y los individuales, las acciones públicas y las privadas. "Por medio de la acción penal, se hace valer la acción punitiva"³⁷. La acción penal da el carácter a todo el proceso, es el espíritu que lo anima, o la energía que lo pone en movimiento.

Existen varias definiciones respecto al término acción, sin embargo es interesante la que aporta Sergio García Ramírez:

"Es el recurso ante la autoridad judicial ejercitado en nombre y en interés de la sociedad para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y a la aplicación de las penas establecidas por la ley".³⁸

Se encuentra regulada la acción penal en el artículo 24 del Código Procesal Penal, y todas sus reformas. Es importante citar en su parte conducente los siguientes Artículos:

"Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos de seguridad de 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"³⁹.

"El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de la justicia conforme las disposiciones de éste Código (Procesal Penal)"⁴⁰.

³⁷Trejo Duque, Julio Anibal. **Aproximación al derecho procesal penal**. Pág. 51.

³⁸García Ramírez, Sergio. **Derecho procesal penal**, Pág. 13.

³⁹Ver artículo 24 bis, del Código Procesal Penal.

⁴⁰Ver Artículo 107, del Código Procesal Penal.

2.3. Cuándo procede la aplicación del criterio de oportunidad

Tal como se explicó, el criterio de oportunidad no se puede aplicar a todo los casos, por lo cual, debe restringirse su uso a determinados hechos regulados en la ley. El criterio de oportunidad es esencialmente una de las formas de desjudicialización.

La desjudicialización es un medio para expulsar la estructura burocrática de los tribunales de justicia y así resolver rápidamente y de manera sencilla ciertos casos penales, destinando el proceso penal ordinario a delitos graves ya que no tiene sentido agotar todas las fases del juzgamiento en asuntos de menor impacto social o en los que la reestructuración de la paz social, así como la defensa contra el delito, puede darse por medios más rápidos y oportunos si el MP y el juez competente consideran realmente que el procesado es capaz de enmendar su conducta de manera que la sociedad no sea afectada nuevamente por la comisión de otro delito, pudiendo solicitar y aplicar medidas de desjudicialización dejando al imputado en libertad simple o bajo caución económica. Este principio permite que los asuntos de menor importancia puedan ser tratados de manera sencilla y rápida, y es resultado de la teoría de la tipicidad relevante, que obliga al estado a perseguir (prioritariamente) los hechos delictivos que producen impacto social, teoría que nació por el replanteamiento de las teorías del derecho penal sustantivo referentes a los delitos públicos, ya que materialmente es imposible atender todos los casos por igual y es necesario priorizar.

Facilita el acceso a la justicia, simplifica y expedita los casos sencillos. Busca estimular la aceptación de los hechos por parte del imputado, el pago de las responsabilidades civiles a cambio de beneficios procesales, de tal manera que la finalidad del proceso no solo busca imponer mecánicamente una pena, sino solucionar el conflicto tanto social como individual que ocasiona la comisión de un delito.

El código procesal penal establece 4 presupuestos en los que es posible aplicar este principio:

- Criterio de oportunidad
- Conversión
- Suspensión condicional de la persecución penal
- Procedimiento abreviado

El criterio de oportunidad, siendo la facultad que tiene el MP, bajo el control del juez, de no ejercer la acción penal debido a la escasa trascendencia social del delito o mínima afectación del bien jurídico protegido, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposos.

También se podrá aplicar el criterio de oportunidad a favor de cómplices y encubridores.

Objetivo: El objetivo es doble: Por un lado la descarga de trabajo para el Ministerio Público y por otro la intervención mínima del estado en problemas que pueden resolverse a través de la conciliación entre las partes reconociéndose de esta manera los

principios humanizadores y racionalizadores del derecho moderno penal.

Supuestos: Los supuestos para la aplicación del criterio de oportunidad se establecen en el Artículo 25 del Código Procesal Penal ya transcritos.

Para poder aplicar el criterio de oportunidad será necesario llenar los requisitos establecidos en el art. 25 bis del CPP:

- Autorización Judicial,
- Consentimiento del agraviado, si lo hubiere.
- Que el sindicado haya reparado el daño o exista acuerdo para la reparación.
- Que el sindicado no haya sido beneficiado previamente por la abstención del ejercicio de la acción, por la comisión de un delito doloso que haya dañado o puesto en peligro el mismo bien jurídico (art. 25 quinquies CPP)

Efectos: Si no se impugna pasado un año de su aprobación se produce la extinción de la, La impugnación del criterio de oportunidad se podrá realizar que hubo dolo, fraude, simulación o violencia para su otorgamiento o si surgieren elementos que demuestren que la figura delictiva era más grave y que de no haberse conocido no hubiere permitido la aplicación del criterio de oportunidad (Artículo 25 bis del Código Procesal Penal).

El criterio de oportunidad se podrá dar desde que se tiene conocimiento del ilícito hasta el comienzo del debate (Artículo 286 del Código Procesal Penal).

Una vez formulada la solicitud por el Ministerio Público, síndico municipal, agraviado o imputado el juez de paz (si la pena del delito cometido no es mayor de tres años) citará a las partes a una audiencia conciliatoria, si se llega a un acuerdo las partes firmaran el acta la cual tiene fuerza de título ejecutivo en acción civil, si el MP considera que procede el criterio de oportunidad, pero el agraviado no esta de acuerdo con las fórmulas de conciliación, se podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado.

Cuando procede el criterio de oportunidad se podrá someter el conflicto a centros de mediación (Artículo 25 quater del Código Procesal Penal)

En los municipios en que no hubiere ningún fiscal, actuará como tal los síndicos municipales (Artículo 85 de la ley orgánica del Ministerio Público).

Contra la admisión del criterio de oportunidad procede la apelación -Artículo 404 Código Procesal Penal, numeral 5). Cuando el criterio de oportunidad genere el sobreseimiento se podrá recurrir en apelación (numeral 8 mismo Artículo y ley citados) o en apelación especial (Artículo 415 del Código Procesal Penal).

Cuando el juez de instancia no autoriza el criterio de oportunidad cabe la reposición (Artículo 402 Código Procesal Penal)

Cuando el juez de paz no autoriza el criterio de oportunidad cabe la apelación.

El caso especial de aplicación del criterio de oportunidad es el establecido en el numeral seis del Artículo 25 del Código Procesal Penal, y su objetivo no es buscar la descarga de trabajo del Ministerio Público, sino ir detrás de los autores intelectuales y cabecillas del crimen organizado en todas sus magnitudes.

2.4. Consideraciones para la aplicación de un criterio de oportunidad

El Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala que, los auxiliares fiscales asistirán a los fiscales de distrito, fiscales de sección y agentes fiscales, serán los encargados de efectuar la investigación preparatoria en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte, al llenarse este requisito. Actuarán bajo la supervisión y responsabilidad del superior jerárquico. Podrán actuar únicamente en el procedimiento preparatorio.

Con base en esta facultad, el criterio de oportunidad es solicitado por los auxiliares fiscales y no por los agentes fiscales como debería ser, por lo que en este caso debe modificarse el precitado Artículo para que lo puedan hacer dichos auxiliares fiscales.

2.5. Problemática en la aplicación del criterio de oportunidad

La principal afirmación en la presente investigación la constituye el hecho de que el criterio de oportunidad se puede aplicar desde la primera declaración, no obstante, dicha

aplicación se da hasta la finalización de la etapa preparatoria. Por ello conviene explicar cuales son las causas de ello y consecuentemente los efectos de tal hecho.

Básicamente las causas de tal acaecimiento en el final de la etapa preparatoria no es más que la inasistencia del agente fiscal a la primera declaración, por ello y en ejercicio de las facultades otorgadas por el Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, quien esta presente en estas primeras declaraciones es el auxiliar fiscal por ser él quien tiene que cubrir esta audiencia, pero no está facultado para plantear el criterio de oportunidad en dicha diligencia.

Encontrándose en esta situación, el auxiliar fiscal comúnmente no plantea la solicitud del criterio de oportunidad y consecuentemente este tiene relevancia hasta el final de la etapa preparatoria cuando el agente fiscal encargado si asiste.

Concretamente los efectos de tal situación son procesales, y especialmente constituyen la violación a principios y garantías procesales y constitucionales para el procesado, puesto que cuando la medida desjudicializadora se aplica, ya el sujeto ha sido vulnerado en su derecho de debido proceso y subsecuentemente de juicio previo.

2.6. Necesidad de aplicar el criterio de oportunidad en la primera declaración

Con base en lo anteriormente planteado, es evidente que el criterio de oportunidad no obstante ser procedente muchas veces no es efectivo en la audiencia de primera declaración, porque quien asiste a la diligencia es un Auxiliar Fiscal, ya que dependiendo del delito que se atribuye al mismo, el Juez a requerimiento de dicho auxiliar decreta Auto de prisión preventiva y auto de procesamiento o en su caso solo este último, por lo que la aplicación de la referida medida desjudicializadora es aplicada hasta que finaliza la etapa preparatoria, lo que causa efectos jurídicos y sociales para el incoado y sobre todo para la aplicación de justicia en general.

Por ello, existen dos formas de solucionar tal problemática. La primera y más práctica, sería modificar las facultades otorgadas a los auxiliares fiscales y que estos, bajo su irrestricta responsabilidad, puedan plantear la solicitud y trámite en general del criterio de oportunidad, contrario a como actualmente se hace que hay juzgados de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente, en los cuales si es aceptada la solicitud de criterio de oportunidad por parte del auxiliar fiscal y en otros en los cuales es rechazada y por ende se emplaza al Ministerio Público por tres días para que presente su solicitud de criterio de oportunidad respectiva, firmada por la persona facultada para el efecto.

La segunda forma, menos viable y menos práctica, dada la naturaleza que impone el trabajo de administración de justicia, sería que los agentes fiscales personalmente comparecieran al diligenciamiento de tal audiencia.

CAPÍTULO III

3. Procedencia del criterio de oportunidad

3.1. Casos en que procede el criterio de oportunidad

Según nuestra legislación procesal penal, se aplica el criterio de oportunidad, en los siguientes casos:

- A los delitos no sancionados con pena de prisión.
- A los delitos perseguibles por instancia particular.
- A los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años.
- Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la comisión del delito sea mínima.
- Que el sindicado resulte afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena no resulte apropiada.
- Obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz en contra de los autores de los delitos siguientes:
- En contra de la salud (art. 301 al 312 del Código Penal y Capítulo VII de los delitos y sus penas, artículos 35 al 53 de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República)

- Defraudación (Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduaneros, Decreto 58-90)
- Contrabando(Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduaneros, Decreto 58-90 artículos del 1 al 10 y 15)
- contra la hacienda pública (Del artículo 358A al 358D del Código Penal)
- la economía nacional (art. Del 340 al 346 del Código Penal)
- la seguridad del Estado (art. Del 359 al 380 del Código Penal)
- contra la Constitución (art. Del 381 al 390 Código Penal)
- contra el orden público (art. Del 391 al 397 Código Penal)
- contra la tranquilidad social (art. Del 398 al 399, 402, 407 del Código Penal)
- cohecho (art. Del 439 al 444 Código Penal)
- peculado (art. 445 del Código Penal)
- negociaciones ilícitas (art. Del 449 al 452 del Código Penal)

- plagio y secuestro (artículo 201 del Código Penal)

Cuando no hay agraviado o persona afectada directamente el Ministerio Público o el sindico municipal podrán solicitar la aplicación del criterio de oportunidad después que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad o bien presta las garantías suficientes de que resarcirá los mismos dentro del plazo máximo de un año.

En forma general pueden solicitar el Criterio de Oportunidad:

- Ministerio Público o el síndico municipal
- El agraviado
- El imputado o su defensor
- El Defensor

Lo que se encuentra regulado en el artículo 25 Tèr del Código Procesal Penal.

3.2. El criterio de oportunidad en la legislación guatemalteca

El artículo 25 del Código Procesal Penal, es la norma por la que, el Ministerio Público tiene la facultad de decidir, con base en aquellos casos que no representan peligrosidad considerable para la sociedad y que el interés público y seguridad ciudadana no se arriesgan, previo haberlo discutido con el sindicado y su abogado defensor, autorizando un órgano jurisdiccional competente, que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la

acción penal en el caso concreto por encuadrar el mismo, en uno de los presupuestos señalados en el artículo precitado y reunir los requisitos exigidos por dicha norma.

Por lo mismo la acción penal tiene una trascendencia especial en este contexto. El Ministerio Público, después de investigar o en su defecto, al tener suficientes indicios de culpabilidad (lo cual es trascendental para la comprensión de la presente tesis, y que se explica más adelante), se abstiene de ejercer la acción penal, pero si ya se ha planteado la acusación, el Ministerio Público debe desistir de ella. Por supuesto, sustentado en los criterios que se mencionan.

En el sistema de administración de justicia penal en Guatemala, al igual que en todos los Estados modernos se establece que la persecución penal es pública un deber del Estado a través de sus órganos especializados. Esta intervención del Estado es obligatoria e implica que debe hacerlo en todos aquellos casos en los que tenga noticia que se ha cometido un hecho delictivo o punible que arriesga los valores de la sociedad. Ésta intervención se justifica con las siguientes razones:

- El temor a la venganza privada y
- El interés público ante la gravedad de un hecho.

De lo anterior concluimos que en un principio es privado entre dos o más personas, se redefine como un conflicto entre un autor del ilícito y el Estado, expropiando, este último la reclamación que pertenece a la víctima.

3.3. Momentos procesales para la aplicación del criterio de oportunidad

Los momentos procesales para el planteamiento de solicitud de aplicación de criterio de oportunidad como facultad del agente fiscal han devenido gracias a su práctica constante en dos, el primero y más idóneo según la presente investigación lo constituye el de la audiencia de primera declaración, no obstante, se da con mayor frecuencia durante la etapa de finalización de la procedimiento preparatorio, misma que constituye el segundo momento procesal para tal fin.

3.4. Reincidencia, habitualidad y criterio de oportunidad

Existen dos significados de la palabra reincidencia, aunque ambos son muy parecidos uno sirve en el ámbito extensivo del término a cualquier aplicación que quiera dársele, es decir sentido general y por otro lado el significado que suele aplicarse con más determinación en las letras penales, para nuestro caso en sentido estricto.

Para el caso de su sentido genérico, reincidir significa reiterar en una misma culpa o defecto, lo que ya presupone una aplicación antijurídica.

En el caso de la reincidencia strictu sensu, esta significa una circunstancia agravante, por la cual el delincuente reitera en delinquir con un injusto por el que ya ha sido juzgado y encontrado culpable anteriormente.

La circunstancia agravante de reincidencia opera comúnmente cuando es el mismo delito, nuestro Código Penal no menciona nada para el caso de que la reincidencia se dé entre los delitos que la doctrina califica de análogos (Según el aforismo Latino "*analogía, siquidem praesumptionem tantum, pasit, nom certitudinam*", es decir: "La Analogía solo engendra presunción, no certidumbre". La analogía es concretamente problema para el Juez de lo Penal, pues no es permitida, con esta (la analogía) se viola el principio de Legalidad; pues ninguna persona puede ser penada por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, lógicamente no podrá imponerse pena o medida de seguridad. En otras palabras, si el Juez juzga por analogía, está haciendo una interpretación caprichosa, discrecional de la ley, y por lo mismo puede en efecto estar juzgando al acusado de una figura delictiva distinta a la que establece el tipo legal. El Juez se puede decir, "crea" una figura delictiva, al juzgar a alguien por un hecho que no esté específicamente definido en la ley penal con anterioridad a la perpetración del delito. Ver artículo 7 del Código Penal), puesto que no se trata de juzgamiento y no está precisamente prohibido aplicar el concepto de reincidencia entre hurtos y robos, sin embargo lo que se debe enfatizar es la insuficiencia del Código o la inexistencia del mismo, ni siquiera para prohibirlo. Contrario a eso, el Código Penal peligrosamente establece la reincidencia sin incluir que se debe dar por el mismo o análogo delito, sino que simplemente se trata de haber cumplido condena o ser condenado por un delito y cometer posteriormente a ello uno aunque sea completamente distinto al anterior.

El concepto que se acaba de apuntar para reincidencia nos permite establecer una definición tomada del diccionario de la Lengua Española, la cual establece por reincidencia:

"Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que consiste en haber sido... condenado antes por el delito análogo al que se le imputa"⁴¹.

Sin embargo, hay que aclarar que a diferencia de la definición legal que nos ofrece el Código Penal en su artículo 27 numeral 23, la reincidencia en su versión o punto de vista doctrinario es sustancialmente variada puesto que se aplica a delitos análogos y no a todo tipo de delito como ya se comentó.

Según el Código Penal, es reincidente: "quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena"(artículo 27 numeral 23 del Código Penal).

En primer término es relevante precisar, que no se pueden considerar reincidencia en aquellos casos en los que al sujeto no se condenó, es decir que no hay reincidencia por los casos en los que al sujeto solo se le juzga, sino por aquellos por los que ha sido condenado. Lo que importa para determinar la reincidencia es que el sujeto haya sido condenado y no que haya cumplido la pena.

Por otro lado, se puede ampliar aquí el aspecto de que un reincidente según la legislación guatemalteca en materia penal, lo es si comete un segundo delito después de haber sido condenado por uno primero aunque entre ambos no exista relación lógica alguna. Y como se comentó en el concepto de este tema, se puede decir que alguien es reincidente por un delito que bien puede ser culposo y otro en el que se perfecciona el aspecto doloso. Por ejemplo, Juan

⁴¹Diccionario de la lengua española. Pág. 60.

Pérez causa sin intención, lesiones leves a una persona y por tal hecho es encontrado culpable del delito de lesiones leves culposas. Posteriormente, el mismo Juan Pérez, después de haber cumplido la pena por el delito aludido, es encontrado culpable de falsedad ideológica en otro hecho completamente ajeno al anterior; pero aunque no tengan conexión lógica ambos hechos delictivos, ni las causas que los originaron, el juzgador en el segundo caso debe aplicar la reincidencia.

Es ilógico que el Código establezca que existe reincidencia entre este tipo de delitos sino son siquiera comunicables las circunstancias penales. Por lo que esto constituye de por sí, una insuficiencia y sobre todo una forma peligrosa de redacción que puede dar lugar a la agravación de la pena por dos delitos que son ajenos e independientes uno del otro, así como son separables unas de otras, las motivaciones del delincuente en cada una de ellas.

La habitualidad, al igual que la reincidencia también tiene ese doble aspecto en su significado, por un lado se aplica a los hábitos que nos son difíciles de romper, es decir el estado durable, la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto. Mientras que en el caso del significado de habitualidad *strictu sensu*, la habitualidad implica la reiteración de delitos, aunque en este caso se aplique el comentario hecho para la reincidencia, en cuanto a que dicha habitualidad debe ser sobre delitos que son análogos y no simplemente entre un conjunto de delitos desprovistos de vínculo entre sí. Por lo mismo, lo más relevante es que si la habitualidad no es por delitos conexos o análogos, entonces no debe guardar la misma relación o por lo menos no debería surtir los mismos efectos.

Es delincuente habitual: "quien habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas" (Artículo 27 numeral 24 del Código Penal).

Se puede decir que habitualidad: "implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden". El delincuente habitual es el que reiteradamente incursiona en el campo de la delincuencia. Según Ferri, muchos lo hacen por simple costumbre adquirida. Comienzan infringiendo la ley penal en los primeros años de la propiedad. Luego se incorporan, paulatinamente, al submundo de la delincuencia posterior, hasta que llegan a adquirir "la costumbre crónica del delito". Además mientras sus compañías habituales les inducen a contravenir no solo las normas sociales, sino también las leyes⁴².

⁴²Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, Pág. 324.

CAPÍTULO IV

4. Los efectos de la libertad mediante criterio de oportunidad

4.1. Prohibiciones para otorgar el criterio de oportunidad

Las tendencias contemporáneas del derecho procesal, propugnan por el imperio del proceso bajo el sistema acusatorio y dejar a un lado el sistema inquisitivo. El derecho procesal salvadoreño no está excluido de estas corrientes, y es así como en la actualidad contamos con un Código Procesal Penal de reciente creación en el que se recogen evidentemente los principios fundamentales del sistema acusatorio, lo cual se encuentra plasmado en el Considerando II de este cuerpo normativo: "Que el actual Código Procesal Penal, mantiene normas de carácter inquisitivo que no facilitan una pronta y efectiva administración de justicia, haciéndose necesario un nuevo Código que, basado en normas de tendencia acusatoria, viabilicen la justicia penal". Con lo cual se beneficiaría al imputado, descargaría el trabajo en los tribunales y vendría a ser una economía para el Estado, toda vez que los que fueren absueltos, dejarían un espacio más amplio en los centros de detención, menor gasto de alimentación y la prestación de una mejor vigilancia por parte de los guardias de presidios.

El principio acusatorio implica que una determinada parte, en el Estado, ejerza la acusación, con lo cual se diferencia la actividad jurisdiccional y la acusatoria. Se concibió de esta manera la solución de diferenciar las dos funciones, las que anteriormente en nuestro sistema penal estaban en manos de un solo órgano (el Juez), quien se convertía en investigador y juzgador, y que se ve ahora limitado a la función jurisdiccional

propiamente.

En definitiva, la Fiscalía General de la República, goza de una naturaleza dual, y con ello dos características esenciales: una pública, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad estando ésta interesada en su persecución, y además su actuación ha de basarse en la legalidad. Al Ministerio Público le corresponde entonces: "... Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad" (...); y " promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

En esta línea de pensamiento, la reforma a nuestro sistema procesal penal exige de la Fiscalía General de la República, un papel protagónico, en cuanto que se le han señalado una serie de facultades o mas bien, atribuciones, de tal entidad, que es el órgano sobre quien recae la obligación de dirigir la investigación del delito, promover la acción penal, velar por el respeto a los derechos y garantías individuales del imputado, así como procurar la conservación o protección de los derechos de la sociedad.

Las funciones de promover la acción penal y de garantizar los derechos individuales del imputado, podrían llegar en un momento a ser motivo de fricciones funcionales intrínsecas, es decir, el ejercicio de una en menoscabo de la otra; y es que por tradición, en nuestro medio se tiene la concepción de la Fiscalía, como aquella entidad cuyo único interés es la investigación y la persecución penal y concreción de la pena sobre el responsable del delito.

El Ministerio Público, no obstante su rol de persecutor penal, debe en todo momento también desempeñar su posición de garante de la legalidad (las tres funciones que son de orden constitucional), teniendo entonces la tarea no solo de incriminar, sino también la de actuar en favor del imputado, recabando prueba de cargo, y velando porque le sean respetados sus derechos y garantías individuales.

Corresponde así el monopolio de la acción penal pública (de oficio o previa instancia particular) al Fiscal General de la República (no es materia de estas líneas el estudio de la acción penal privada). La acción penal, es la puesta en marcha del órgano jurisdiccional a fin de que éste se pronuncie acerca de un determinado hecho que se presume subsumido en una norma penal sustantiva, así como respecto de las personas a quienes se les señala la realización del mismo.

De lo anteriormente manifestado, se puede partir para afirmar que la base para que la Fiscalía inicie las investigaciones sobre un hecho, y el posterior requerimiento ante el Juez Penal, es que el hecho conocido, se adapte a la descripción hecha en una norma por el legislador, quien ha considerado en determinado momento que tal conducta humana lesiona o pone en estado de peligro ciertos valores que son de trascendental importancia para la convivencia humana en sociedad, lo que se denomina bien jurídico.

La primera protección formal, del bien jurídico es a través de la ley, de la conminación penal que hace el legislador en abstracto hacia aquellos que, posterior a la creación de la norma, se encuentren en el supuesto típico (Principio *nulla poena sine lege*). De ahí que, una vez realizada la conducta lesiva o

peligrosa, su autor debe sufrir la sanción que se plantea en la ley penal, para lo cual debe seguirse un proceso con todas las garantías que le aseguren un juicio justo y una oportunidad real de defensa. (Principio *nulla poena sine iudicio*).

Bajo esta perspectiva, el órgano encargado de la acción penal, está en la obligación de preparar el ejercicio de la misma al tener conocimiento por cualquier medio idóneo (*Notitia criminis*) de un hecho que se presume típico, lo obliga, desde el punto de vista constitucional, a iniciar las diligencias correspondientes a fin de averiguar la verdad real y a calificar el acto como típico, es decir, que está adecuado a la descripción que del ilícito hace la norma penal. Se dice entonces que la acción penal es obligatoria, irrevocable y oficiosa, salvo las excepciones legales (lo que será el contenido del siguiente apartado).

Del principio de legalidad, se desprenden una variedad de manifestaciones que devienen en subprincipios o principios derivados, que rigen el proceso penal. De entre los cuales se destacan:

Principio de obligatoriedad de la acción penal. El Ministerio Público como órgano del Estado, está vinculado positivamente a la ley, lo cual quiere decir que le está vedado disponer de sus atribuciones, y ante el conocimiento de un hecho delictivo no puede más que ejercer la pretensión represiva del Estado.

Principio de irrevocabilidad. El ejercicio de la acción penal no se limita a incitar al órgano jurisdiccional, sino a que ésta debe proseguirse a lo largo de todo el proceso,

constituyendo éste un principio derivado de la legalidad; es decir, que una vez intentada la acción ésta no puede abandonarse hasta su fenecimiento.

Principio de oficiosidad. El órgano requirente no debe ser un ente de actividad rogada, no puede mantenerse en un estado de pasividad ante los hechos que ameriten su actuación. El conocimiento por parte de éste de un hecho delictivo, basta para que de oficio (sin petición de parte), se de trámite a la persecución penal, lo que como se ha dicho anteriormente este procedimiento debe acelerar la aplicación de la ley.

Hasta aquí, someramente, se han esbozado algunas consideraciones de carácter general acerca del rol de la Fiscalía General de la República en el ejercicio de la acción penal pública, así como del principio de legalidad.

De éste último, se deduce que la observancia sin excepción de la obligación del Ministerio Público de promover la acción penal en todos los casos, deviene en una crisis del sistema de justicia de cualquier Estado, por el hecho que implica una desmedida saturación de la jurisdicción penal, para ello se formulan entonces medidas de carácter político-prácticas para evitar hasta donde sea posible y prudente este exceso de informativos en los tribunales así como de personas en los centros de readaptación.

Bajo esta perspectiva y aludiendo a las funciones del órgano requirente es que, en la actualidad existen en nuestro Código Procesal Penal, normas que habilitan la posibilidad de prescindir de la persecución penal, estas normas habilitadoras derivan de lo que se ha denominado Principio de oportunidad o criterios de

oportunidad, las que encontramos en el artículo 20 dicho cuerpo legal.

Este principio se perfila como una excepción al principio de legalidad consagrado en la Constitución y, como regla general, en la ley procesal penal. Es discutible la naturaleza de estos criterios desde el punto de vista jurídico-constitucional, ya que la Constitución es enfática en la obligación que establece para la Fiscalía de ejercer en todo caso la acción penal, además de que tales criterios responden más a consideraciones de utilidad social o practicidad que a formulas jurídicas.

De ahí que, siguiendo esta línea, nos podemos aproximar a un concepto de lo que son estos criterios de oportunidad tomando en cuenta el planteamiento que de ellos se hace en nuestra normativa, así: Llámese criterios de oportunidad a aquellas circunstancias prácticas o de política-criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal, solicitar al juzgador, a prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los casos establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo. Institución procesal, básica para la rápida resolución de conflictos penales de manera distinta a la sanción penal. Faculta al Ministerio Público para abstenerse de ejercer la acción penal o desistir de la misma si esta ya fuere iniciada, siempre en los casos previstos en la ley.

No se trata aquí de decir que la ausencia de persecución penal se origina en hechos que la ley establece como excusas absolutorias, excluyentes de responsabilidad penal, prescripción de la acción, la no comprobación del hecho o su atipicidad, que en todo caso requieren de decisión judicial y se formalizan a través de la figura del sobreseimiento, sino que en

circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o participación basada en elementos objetivos verificables en el proceso o en la investigación, y que por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales se decide no iniciar o no llevar a término la pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el juez competente, quien deberá dictaminar.

Pero el problema de la aplicación de estos criterios (no se juzga la conveniencia o utilidad de los mismos sino su coherencia con el resto de principios que informan al proceso penal), no se queda en el conflicto con el principio de legalidad y sus derivaciones (oficiosidad, obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal), sino que llega hasta un posible enfrentamiento con el Principio de separación de los poderes, y es que del análisis de estos criterios y su tratamiento legal, se establece que en tales casos el juez penal tiene muy poco que hacer, ya que el trámite implica una petición al juez, que éste tiene que aceptar.

Por último, es conveniente resaltar que la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce como derecho fundamental, el derecho a la igualdad, que implica igualdad ante la ley y en la aplicación de ésta y como garantía de este derecho, se esgrime el llamado principio de legalidad, que supone que a iguales supuestos normativos corresponden iguales consecuencias jurídicas, por lo que, con la aplicación discrecional de los criterios de oportunidad puede producirse un quebrantamiento al derecho de igualdad en la aplicación de la ley, pues no existen criterios objetivos de uniformidad en cuanto a cuales casos y en que circunstancias ameriten la puesta en

vigor del principio de oportunidad. Y lo que en principio es un instrumento a favor del imputado, eventualmente podría convertirse en un obstáculo, dado que no se le beneficie cuando en otros casos y bajo los mismos supuestos de hecho si se ha aprovechado en favor de otro; u otros.

4.2. Prescripción del criterio de oportunidad

La prescripción del criterio de oportunidad se presenta efectivamente cuando ya ha pasado la etapa procesal durante la cual se puede plantear la solicitud, es decir una vez habiendo prescrito tal etapa del proceso.

4.3. Archivo físico de un expediente cuando se aplica el criterio de oportunidad

Tal como lo señala el Artículo 25 bis del Código Procesal Penal, la aplicación del criterio de oportunidad provocará el archivo del proceso por el término de un año, al vencimiento del cual se extinguirá la acción penal, salvo que se pruebe durante este lapso que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento o si surgieren elementos que demuestren que la figura delictiva era más grave y que de haberse conocido no hubiere permitido la aplicación del criterio de oportunidad.

Pese a lo cual, la norma en cuestión no menciona el procedimiento por el cual se deberá conocer tales errores, fraudes o elementos nuevos.

Además de esta irregularidad leve, existe otra más importante y es el hecho de la ausencia de un archivo físico de los criterios de oportunidad que se plantean por lo que es

necesario y de suma importancia su creación ya que con ello se llevaría un control de archivo del proceso por el término de un año, al vencimiento del cual se extinguiría la acción penal, salvo que se pruebe durante dicho lapso que no se cumplió con las reglas o abstenciones impuestas o que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento, lo que también e la actualidad no existe una institución específica que controle dichas situaciones que pueden darse en nuestra legislación.

En el proceso penal encontramos el principio de desjudicialización y dentro de este principio aparece la figura del criterio de oportunidad, que en la práctica vemos como acertadamente se ha ido aplicando por los órganos jurisdiccionales a petición del Ministerio Público, en delitos que la doctrina define como veniales ya que claro está que únicamente se aplica a delitos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años.

4.4. Procedimiento a seguir para el criterio de oportunidad

El procedimiento a seguir en el caso de la aplicación de un criterio de oportunidad impone determinados pasos, que establecidos en ley se deben cumplirse:

- Formulación de la solicitud
- El Juez cita a las partes a una audiencia de conciliación.

Audiencia:

- Explica el objeto de la audiencia.

- Escucha en su orden a el fiscal o síndico municipal, a la víctima o agraviado y al imputado.
- El juez facilita la comunicación entre las partes -asistidas por sus abogados defensor y acusador- y les ayuda a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz. Debiendo en todo caso el juez obrar en forma imparcial.
- Se levanta un acta en donde consta el acuerdo entre las partes, en el acta se harán constar:
 - o Las obligaciones pactadas
 - o Plazo para el cumplimiento de las obligaciones
 - o Constitución de garantías

La certificación del acta de conciliación, constituye y faculta para la iniciación de la acción civil. De manera que tiene calidad de título ejecutivo.

De no lograrse un acuerdo entre las partes se dejará constancia de ello y se continuará con la tramitación del proceso.

- El Criterio de Oportunidad en el supuesto del numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal

La trascendencia que tiene este numeral del artículo 25 del Código Procesal Penal es bastante significativa, "obliga" al Juez a aceptar un arreglo, así como faculta al Fiscal a establecer un "acuerdo" con el agraviado para que al sindicado se le juzgue por

determinado delito, y el Ministerio Público pueda abstenerse de continuar con el proceso. El presente tema se aborda con más detenimiento en el capítulo final del presente contenido, sin embargo es preciso introducirlo en este apartado.

La importancia que reviste este numeral tiene como base el hecho de que en el artículo no se menciona para nada que el sindicado sea confeso o de alguna forma haya aceptado su responsabilidad, el artículo simplemente establece dos elementos:

- Que el Ministerio Público juzgue conveniente la aplicación del criterio de oportunidad y
- Que el Juez otorgue la resolución respectiva "obligadamente".

Por supuesto la finalidad del criterio de oportunidad en este caso no es solo desjudicializar un asunto para descargo de trabajo de la administración de justicia (porque se den los requisitos necesarios), y que se cumpla como señalan los tratadistas, con los ideales del derecho penal moderno que debe contribuir a la resolución de conflictos de la forma más rápida, sino que, por otro lado el objetivo en particular de este numeral es contribuir en la lucha contra la delincuencia, objetivo mayor al que sirve el Ministerio Público, y dicho cometido se cumple con la declaración eficaz que debería prestar el cómplice o autor de delito de encubrimiento, que puede contribuir a la aprehensión de sujetos de mayor peligrosidad que aquel que está declarando en su contra y a favor de quien se otorgaría este criterio de oportunidad.

En tal sentido, la importancia del criterio de oportunidad aludido, estriba en que el sujeto debe ser una persona que se confiesa culpable y esa confesión jamás podría ser examinada por el Juez, quien por ley debe sujetarse al "criterio" del Ministerio Público y por tal motivo obviar la averiguación de la verdad real e histórica, con el objeto de dar fin a todo el proceso penal.

En esa forma se vulnera la independencia judicial y por otro lado al imponerle al juez determinada conducta se evita que éste justiprecie la veracidad de determinada declaración, los argumentos por los que, el Ministerio Público ha tomado la decisión de abstenerse de ejercitar la acción penal y por si fuera poco, se deja de establecer la eventual inocencia o el derecho a un proceso completo del encartado.

No obstante, todo lo expresado en estos dos últimos párrafos se contienen de una forma más amplia en el capítulo tercero de la presente investigación.

4.5. Recursos por la aplicación de un criterio de oportunidad

Las impugnaciones son los medios procesales establecidos para revisar y controlar los fallos judiciales. Para que procedan se requiere como presupuestos generales: ser agraviado y expresar los motivos de la afectación, ser parte legítimamente constituida o afectada por la sentencia, cumplir con los requisitos de forma establecidos e interponerlos dentro del plazo legal tal como señala el Código Procesal Penal en su Artículo 398 podrá interponer todos y diligenciar dentro del juicio.

Dentro de los aspectos innovadores que presenta el nuevo Código Procesal Penal, se encuentran:

- La supresión de instancias y recursos;
- Tendencia a concentrar recursos (nulidad-apelación); (Artículo 400 del Código Procesal Penal)
- Garantía de inmediación;
- Implementación de los tribunales colegiados de sentencia;
- Eliminación de la consulta;
- Apelación especial de los autos y sentencias dictadas por el Tribunal de Sentencia, recurso que deja intactos los hechos;
- La apelación de los fallos de los jueces de primera instancia que permite la revisión de hechos y derecho especificados por el recurrente. (Artículo 404 del Código Procesal Penal)

Aquí es donde debemos hacer uso de lo que nos permite el Artículo 422 del Código Procesal Penal al establecer la prohibición de *reformatio in peius* con lo que, cuando la resolución sólo haya sido recurrida por el acusado o por otro en su favor, no podrá ser modificada en su perjuicio, salvo en lo que se refiere a la indemnización civil de daños y perjuicios.

La necesidad de acelerar los trámites judiciales de delitos de poco impacto social, profundizar la investigación cuando

fracasa el Habeas Corpus, la prevención de comisión de nuevos delitos y la naturaleza especial de los delitos de acción privada y las faltas hacen que se pueda abreviarse o resumirse alguna de las fases del sistema penal ordinario (Fase preparatoria), Fase intermedia, Juicio Oral, Impugnación y Ejecución de Sentencia), estableciendo el Código cinco casos distintos al proceso común: Procedimiento Abreviado: (ver Artículos 464 al 466 del Código Procesal Penal).

A. Procedencia: Si el MP considera una pena no mayor de 5 años de privación de libertad o no privativa de libertad, o aún en forma conjunta, y cuenta con el acuerdo del imputado y su defensor, previo a oír al imputado, el juez de primera instancia podrá dictar la resolución que en derecho corresponda apegándose lo más posible a las reglas de la sentencia, y podrá absolver o condenar al imputado, pero la pena nunca será máxima a la requerida por el Ministerio Público. Contra la sentencia cabe la apelación interpuesta por el Ministerio Público, el acusado, su defensor y el querellante adhesivo, es aquí donde se da la contradicción del criterio de oportunidad y se hace necesaria la reforma del Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Esta figura busca estimular el allanamiento a la pretensión penal del Estado por el imputado otorgándole beneficios procesales como la supresión del debate, celeridad en el juicio y supresión de recabación de la prueba caracterizándose por la conformidad de las partes con la pena a imponer, dotando así de eficiencia al Derecho Penal y a la Administración de Justicia, lo anterior sin perjuicio de la posible absolución del imputado o el rechazo de este procedimiento por considerar una pena mayor.

4.6. Diferencias del criterio de oportunidad con otros mecanismos de simplificación al proceso común

La conversión supone la transformación de una acción penal de ejercicio público en un procedimiento por delito de acción privada, ejercitada únicamente por el agraviado.

El objetivo de esta medida es que se pretende liberar al MP de la obligación de intervenir en los casos en que no hayan intereses públicos afectados y puedan ser tratados como delitos de acción pública.

Los supuestos para que pueda convertirse la acción los determina el Artículo 26 del Código Procesal Penal, y son:

- En los casos que cuando proceda no se hubiera aplicado el criterio de oportunidad,
- Los delitos que requieran denuncia a instancia particular (Artículo 24 ter Código Procesal Penal) a pedido del legitimado a instar.

Para convertir el ejercicio público en acción privada se requiere que los hechos que dieron lugar a la acción pública no produzcan impacto social, que exista consentimiento del agraviado. No se precisa la aceptación del imputado ni autorización del juez de primera instancia, aunque existe un control, ya que el tribunal de sentencia que conocerá la querrela debe decidir sobre la admisión de la misma.

Los efectos de la conversión son que el MP ya no ejercerá la acción sino la víctima, y una vez transformada la acción ya no es

posible volver a la acción pública ya que al haberse desistido la misma con anterioridad se provocó el sobreseimiento (Artículo 48a Código Procesal Penal), La acción se entenderá transformada cuando el tribunal de sentencia la acepte para su trámite (ver Artículo 475 Código Procesal Penal).

La ley no fija un momento procesal específico para pedir la conversión, pero lo conveniente es realizarla al inicio del procedimiento preparatorio, esto en base al objetivo de esta figura.

La ley no señala un procedimiento específico para la conversión.

Contra la resolución que deniega el trámite de la querrela dictada por el tribunal de sentencia procede el recurso de apelación especial (Artículo 415 Código Procesal Penal).

Suspensión condicional de la persecución penal (Artículo 27 Código Procesal Penal y 72 Código Penal).

Es el mecanismo a través del cual se interrumpe la persecución penal, sometiendo al imputado a una serie de condiciones durante un tiempo determinado, que si se cumplen, producen la extinción de la persecución penal. En caso contrario, se reanudará el procedimiento penal.

El objetivo principal de esta figura es evitarle al imputado el desarrollo de todo un proceso en su contra, cuando la magnitud del hecho no es de grandes consecuencias.

Podrá aplicarse en los delitos cuya pena máxima de prisión sea de cinco años y en los delitos culposos. Los requisitos que establece el Artículo 72 del Código Penal son: que la pena consistente en privación de la libertad no exceda de cinco años, que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente en delito doloso, que antes de la perpetración del delito el beneficiario haya mostrado una buena conducta y ser un trabajador constante, y que la naturaleza del delito no revele peligrosidad y que se presuma que el agente no volverá a delinquir.

El Ministerio Público deberá acompañar a la solicitud: la aceptación de los hechos por el imputado y los acuerdos celebrados entre las partes con respecto al pago de las responsabilidades civiles provenientes del delito. La resolución se dictará en una audiencia convocada para el efecto, la que podrá ser verbal o escrita.

La solicitud podrá ser verbal o escrita, siempre fundada, y puede plantearse al juez de primera instancia durante el transcurso de la etapa preparatoria y en el inicio de la intermedia, quien citará a las partes para establecer su procedencia.

El procedimiento abreviado, aunque este es un proceso resumido, algunos autores lo colocan dentro de los procedimientos de desjudicialización, por que tiene como fin agilizar la administración de justicia mediante formas que permiten una decisión rápida del juez sobre los hechos sometidos a su conocimiento. (este tema se trata más adelante en el tema procedimientos especiales para casos concretos)

Uno de los objetivos del proceso penal es obligar al Estado a invertir recursos económicos para la persecución y sanción de delitos, en especial constituir un fuerte MP al que debe de dotar de personal técnico y medios científicos e investigativos adecuados, así como para supervisar a las fuerzas de seguridad que realicen o colaboren con las investigaciones criminales.

4.7. Análisis de estadística judicial de procesos en que se aplicó el criterio de oportunidad y su momento procesal

El registro y estadísticas es útil en todo campo y materia científica. En el caso de llevar un control de las distintas actuaciones o expedientes en materia judicial, lo es aún más. Sobre todo para determinar si a un sujeto que es procesado, se le aplica por vez primera o no el criterio de oportunidad.

En muchos casos, el criterio de oportunidad se aplica a casos de narcoactividad, y por lo mismo es preciso que si el sujeto es reincidente en la misma conducta, tal como lo establece la ley, ya no se le otorgue dicho beneficio, es aquí donde se hace necesario como se dijo anteriormente, la creación de un registro donde conste a quien o quienes les sea autorizado el criterio de oportunidad para evitar un error jurídico y control permanente de las reglas.

Dicho registro debe ser público y estar tanto, en el Ministerio Público como el Organismo Judicial, para consulta de todos los sujetos procesales.

El criterio de oportunidad es una medida que se ha demostrado, se aplica comúnmente y que es necesario que exista un archivo físico para poder llevar el recuento de su aplicación,

situación que actualmente no existe en el Departamento de Estadística judicial.

Como se evidencia en el anexo de la presente informe, los fiscales no se involucran directamente en las diligencias y audiencias primeras correspondientes, en donde resulta oportuna y necesaria su presencia a fin de solicitar cuando así lo amerite la ocasión y el hecho que se conoce, la aplicación de un criterio de oportunidad con las formalidades exigidas por el Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En la resolución de otorgamiento del criterio de oportunidad, es posible colegir de su lectura la ausencia de los fiscales y la presencia, en su lugar, de los auxiliares fiscales.

Sin embargo, este hecho no es aislado ni propio del caso incluido en el presente trabajo de investigación, si no más bien, una práctica constante en la administración de justicia penal guatemalteca.

Por ello, puede afirmarse que la hipótesis de la presente investigación se cumple con todos los elementos apuntados en los capítulos precedentes y además, se establece la necesidad de perfeccionar la legislación o normativa correspondiente y derivada de la problemática planteada.

CONCLUSIONES

1. El Ministerio Público como institución auxiliar de la administración pública, con funciones autónomas tiene como fines principales velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, su organización y funcionamiento se encuentran establecidas en su propia Ley Orgánica.
2. El criterio de oportunidad establecido en nuestra ley procesal penal, tiene como objetivos principales, la descarga de trabajo para el Ministerio Público; y la intervención mínima del Estado en problemas que pueden resolverse a través de la conciliación entre las partes.
3. El criterio de oportunidad constituye una medida desjudicializadora aplicable desde la primera declaración, siendo el momento idóneo para plantearse la solicitud; en caso de no hacerse en tal oportunidad procesal, puede violentarse las garantías constitucionales del detenido.
4. La práctica demuestra que, a las audiencias de primera declaración no se apersonan los agentes fiscales y en su lugar se presentan a tales diligencias, los auxiliares fiscales, en ejercicio de las facultades ya concedidas por el Artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
5. El criterio de oportunidad es una medida desjudicializadora, de la cual no se tiene registro alguno, en cuanto a la cantidad de casos en los cuales se aplica y, además, la no existencia de un archivo físico obstaculiza que se le dé cumplimiento claro y concreto al criterio de oportunidad.

RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio Pùblico cumpla con su propia Ley Orgànica, y sean los agentes fiscales y no los auxiliares fiscales los que comparezcan a las audiencias de primera declaraciòn, en los casos en que procede solicitar el criterio de oportunidad, no importando la carga de trabajo y otras limitaciones laborales que pudieran presentárseles.
2. En caso de volverse poco práctica la presencia de los agentes fiscales a las audiencias de primera declaraciòn, debe facultarse a los auxiliares fiscales a través de una reforma al Artìculo 45 de la Ley Orgànica del Ministerio Pùblico, por el Congreso de la Repùblica de Guatemala, de forma que puedan platear la solicitud de aplicaciòn del criterio de oportunidad, evitando con ello, la vulneraciòn a cualquiera de los principios que asisten al sujeto detenido.

ANEXOS

JUZGADO SEGUNDO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL DE NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE, DOS DE MAYO DE DOS MIL DOS. =====

= = = = = Para resolver se tienen a la vista el expediente constituido por el proceso penal identificado bajo el número seiscientos cincuenta y dos guión noventa y ocho, a cargo del oficial cuarto; y, =====**CONSIDERANDO:** a) Conforme al inciso seis del artículo veinticinco del Código procesal Penal "El Criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud... Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo escrita responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establece en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente. La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tienen a cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo. Si el fiscal tuviere que trasladarse, el juez de primera instancia que controla la investigación, con carácter urgente y conforme la ley, deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia... b) En este asunto con fecha once de noviembre del año recién pasado la Licenciada Berta Patricia Ovalle Darodes, de la Fiscalía Auxiliar de Narcoactividad del Ministerio Público presentó memorial exponiendo en síntesis que en virtud que los procesados **XXXXX**, han prestado declaración contra el autor del delito contra la salud como lo es el delito, de Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, lo cual contribuye a delimitar la responsabilidad del sindicato **ZZZZZ**, resulta procedente se les aplique un criterio de oportunidad y que con base en el principio de objetividad la Fiscalía Auxiliar de Narcoactividad del Ministerio Público, solícita se le autorice a abstenerse de ejercitar la acción penal en contra de los sindicatos antes relacionados, aplicándoseles el criterio de oportunidad y como consecuencia se ordene el sobreseimiento a favor de los mismos; c) Ante la pretensión anterior con fecha doce de noviembre del año dos mil uno, este órgano jurisdiccional se pronunció en el sentido de que previamente a resolver se solicitara a la Fiscalía de Narcoactividad del Ministerio Público de la ciudad de Quetzaltenango, las últimas diligencias practicadas dentro del

expediente a efecto de establecerse si los procesados **XXXXXX** y **YYYY**, habían prestado declaración en contra del presunto autor **ZZZZZ**: d) Con fecha cuatro de los corrientes con la finalidad de cumplirse con el requisito anterior y ante la solicitud formulada por el Abogado Defensor de los procesados a cuyo favor se solicito la institución desjudicializadora se señaló la audiencia del día diez de los corrientes a efecto de recibirse la declaración de los sindicados tantas veces ya relacionados aquí; e) Efectivamente con fecha diez de los corrientes e procedió a dar cumplimiento a la resolución antes referida y así dando cumplimiento a los artículos: 222, 224 y 317 del Código Procesal Penal, en sus formalidades fueron escuchados los dos procesados; f) En cumplimiento al segundo párrafo del Artículo 178 del Código Procesal Penal y siendo este el momento de resolver sobre la pretensión de la institución desjudicializadora de Criterio de Oportunidad, quien resuelve, con previo y obligado estudio de las actuaciones o diligencias de investigación reunidas y esencialmente ante la solicitud escrita y presentada bajo la estricta responsabilidad del Ministerio Público, la que en la audiencia de prueba anticipada mediante la cual se escucharon las declaraciones de los procesados fue reiterada en forma oral por el Fiscal Auxiliar de Narcoactividad, Abogado **AAAA**, en donde se pronunció en el sentido siguiente "La ley procesal vigente, impone a esta institución que represento que en el ejercicio de la función que le compete a esta debe adecuar sus actos, a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la Ley Penal y en acopio de este principio, sus requerimiento que formulen, como sus solicitudes, debe adecuarlo a estos, inclusive a favor del o los imputados en ese sentido, a la Juez que preside esta audiencia y fundamentado en el decreto cincuenta y uno guión noventa y dos del Congreso de la República el que atinente el criterio de oportunidad reza, que este se aplicara por los Jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices del delito de **ENCUBRIMIENTO** que presten declaración eficaz contra los mismos dentro de otros en los delitos contra la salud, y siendo el caso concreto que los procesados, de conformidad con el decreto cuarenta y ocho noventa y dos también del congreso de la República se enmarcan dentro de este bien jurídico tutelado por el Estado, y a criterio de la Institución que represento durante la secuela del proceso, en su etapa investigativa hasta el día de hoy y muy específicamente dado a la naturaleza de la diligencia que se esta substanciando, los señores **XXXX Y YYYYY**, han contribuido eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de autor del delito de mérito dentro de este proceso, bajo las dos premisas siguientes: 1º Históricamente el señor **XXXX**, permitió el ingreso del vehículo de autos, y el señor **YYYYY** lo recibió siendo la segunda premisa en donde se encuentra su contribución más allá

del hecho ya relacionado anteriormente, haber contribuido con las autoridades y específicamente, con el Ministerio público tal como ya se relacionó en esta audiencia, por lo que su petición formal, la hace en estos términos. Se aplique a petición de esta institución o de oficio de parte de la titular de este órgano jurisdiccional el criterio de oportunidad, y de acuerdo con el artículo veinticinco del citado cuerpo legal, el sobreseimiento con los efectos legales correspondientes." ; y, siendo que en este asunto los procesados **XXXX** y **YYYY**, guardan prisión preventiva por el delito de **ENCUBRIMIENTO PERSONAL** contenido en el artículo 51 de la Ley Contra la Narcoactividad y tomando en cuenta que también forman parte del expediente en cuestión las diligencias de pruebas anticipadas mediante las cuales se realizó un reconocimiento en fila de personas, así como la ya tantas veces relacionada y desprendiéndose de estas que efectivamente los procesados antes referidos han prestado declaración eficaz en contra del autor del delito de Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito, en aplicación de la norma adjetiva contenida en el artículo veinticinco del cuerpo legal respectivo y en virtud que la declaración de ellos contribuye a criterio de quien resuelve a delimitar la responsabilidad penal del autor del mencionado delito y en aplicación del principio de la teoría de tipicidad relevante, no existiendo agraviado además de la medida desjudicializadora respectiva a excepción del Abogado Defensor del proceso **ZZZZZZ**, quien expresó conclusiones en otro sentido, quien resuelve estima innecesario el señalamiento de una nueva audiencia para establecerse la procedencia o no de la institución respectiva tomando muy en cuenta la petición reiterada y que en firma oral hiciera el fiscal a cargo del asunto, por lo que no queda mas que aplicar en forma obligada y legalmente la institución desjudicializadora del criterio de oportunidad a favor de los procesados **XXXXX** y **YYYYY**, aplicándose de oficio y conforme la norma legal respectiva en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente, en tal virtud se ordena la libertad provisional de los procesados **XXXX** y **YYYY**, oficiándose a donde corresponde y se ordena al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la persecución penal de los dos citados procesados, respecto de los hechos sobre los que prestaron declaración, mismos que se harán constar en la parte resolutive de este auto, por lo que así debe de resolverse.===== = = = = = **ARTÍCULOS:** 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 24, 25, 37, 43, 46, 47, 107, 108, 109, 110, 150, 160, 181, 182, 222, 224, 259, 281, 285, 289, 290, 317, 328, 329, del Código Procesal Penal; 51 de la Ley Contra la Narcoactividad; 1º, 2º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 12, 16, 23, del Decreto 79-97 del congreso de la República de Guatemala; 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial. ===== = = = = = **PARTE RESOLUTIVA:** Este

Tribunal con fundamento en lo antes considerado y leyes citadas, al resolver **DECLARA:**; I) **APLICAR EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD A FAVOR DE LOS PROCESADOS XXXX y YYYYY, APLICÁNDOSE DE OFICIO Y CONFORME A LA NORMA LEGAL RESPECTIVA EN ESTA OPORTUNIDAD EL SOBRESEIMIENTO PARCIAL DEL PRSENTE PROCESO EN FAVORE DE LOS CITADOS PROCESADOS, CON RELACION AL HECHO QUE SE LES ATRIBUYE, SIENDO LOS SIGUENTES** A) usted **XXXXX**, fue detenido el día catorce de octubre del año en curso, a las diecinueve horas con cinco minutos, en el parqueo denominado **"JOSE"** ubicado mmmmmmmmm, por agentes de la Policía Nacional Civil, en virtud de que usted sin concierto previo ayudo al supuesto autor o cómplice quien ahora se encuentra en prisión junto a usted, y a sustraerse a la acción de la autoridad guardando en el parqueo denominado **"JOSE"** ubicado ..., para su posterior transportación, el vehículo tipo trailer, marca Mack, cabezal placas C guión treinta y un mil novecientos veintiséis, color rojo y blanco con plataforma placas TC, guión doce mil cuarenta y cinco con el furgón sin numero y prefijo color plomo, el que contenía a través de un doble de dicho furgón droga denominada **COCAINA**, la cual estaba distribuida de la siguiente manera: sesenta y seis sacos o costales de nylon, cinta adhesiva color beige, hule color negro y otro costal de nylon al llevar a cabo el conteo de los sesenta y seis bultos, se establece que veinte bultos contienen doce paquetes cada uno y cuarenta y seis bultos contienen diez paquetes cada uno, todos también con un peso aproximado de dos kilos cada uno, así mismo se encontraron otros trescientos paquetes sueltos envueltos con cinta adhesiva color beige de aproximadamente dos kilos cada uno, lo que reunidos ascienden a la cantidad de dos mil kilos de la droga denominada **COCAINA** Hecho que se califica como el delito de **ENCUBRIMIENTO PERSONAL**, que se encuentra contenido en el artículo 51 de la Ley Contra la Narcoactividad; b) Usted **YYYYYY**, fue detenido el día catorce de octubre del año en curso, a las diecinueve horas con cinco minutos, en el parqueo denominado **"JOSE"** mmmmmmmmmmm, por agentes de la Policía Nacional civil, en virtud de que usted sin concierto previo ayudo al supuesto autor o cómplice quien ahora se encuentra en prisión junto a usted, y a sustraerse a la acción de la autoridad guardando en el parqueo denominado **"JOSE"** ubicado en ..., para su posterior transportación, el vehículo tipo trailer, marca Mack, cabezal placas C guión treinta y un mil novecientos veintiséis, color rojo y blanco con plataforma placas TC, guión doce mil cuarenta y cinco con el furgón sin numero y prefijo color plomo, el que contenía a través de un doble de dicho furgón droga denominada **COCAINA**, la cual estaba distribuida de la siguiente manera: sesenta y seis sacos o costales de nylon, cinta adhesiva color beige, hule color negro y otro costal de nylon al llevar a cabo el conteo de los sesenta y seis bultos, se establece que veinte

bultos contienen doce paquetes cada uno y cuarenta y seis bultos contienen diez paquetes cada uno, todos también con un peso aproximado de dos kilos cada uno, así mismo se encontraron otros trescientos paquetes sueltos envueltos con cinta adhesiva color beige de aproximadamente dos kilos cada uno, lo que reunidos ascienden a la cantidad de dos mil kilos de la droga denominada **COCAINA** Hecho que se califica como el delito de **ENCUBRIMIENTO PERSONAL**, que se encuentra contenido en el artículo 51 de la Ley Contra la Narcoactividad; II) Como consecuencia se ordena la libertad provisional de los procesados oficiándose a donde corresponde; III) Se ordena al Ministerio Público abstenerse de ejercitar la persecución penal de los procesados **XXXX y YYYY**, respecto de los hechos sobre los que prestaron declaración; IV) NOTIFIQUESE.

Juez 2do. de la Instancia.
Secretario

BIBLIOGRAFÍA

BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Desjudicialización.** 1ª ed. Unidad de Planificación y Transformación de Justicia Penal, Organismo Judicial AID, Guatemala, 1994-1995.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco.** (s.e.) Módulos del número 1 al 6. Organismo Judicial, Guatemala 1992-1998.

BOVINO, Alberto. **Temas de derecho procesal penal.** (s.e.) Fundación Mirna Mack. Guatemala, 1996.

CASTILLO AYALA, Edgar Armindo. **Consideración sobre la aplicación del principio de desjudicialización en doctrina y legislación del procedimiento penal guatemalteco.** (s.e.) Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. 2000.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela: **Curso de derecho penal guatemalteco,** (s.e.) editorial Edi-Art, Guatemala. 1996.

Ministerio Público, **Manual del fiscal,** 2da. ed. Guatemala, 2001.

RUIZ MÉNDEZ, Víctor Manuel. **Salidas alternas al procedimiento penal guatemalteco.** (s.e.) Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. 2000.

Legislación:

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

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

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

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