

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

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN POR EL  
MINISTERIO PÚBLICO PARA HACERLO EFECTIVO CON LA  
POSTERIOR JUDICACIÓN POR EL JUEZ EN EL PROCESO  
PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

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

**MARIO RENE ESPINOZA PALACIOS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, agosto de 2008

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

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN POR EL  
MINISTERIO PÚBLICO PARA HACERLO EFECTIVO CON LA  
POSTERIOR JUDICACIÓN POR EL JUEZ EN EL PROCESO  
PENAL GUATEMALTECO**



**MARIO RENE ESPINOZA PALACIOS**

GUATEMALA, AGOSTO DE 2008

**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 PRÁCTICO  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

***Primera Fase:***

Presidente:	Lic. César Augusto Conde Rada
Vocal:	Lic. Jorge Leonel Franco Morán
Secretario:	Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

***Segunda Fase:***

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario:	Licda. María Lesbia Leal Chávez

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

Licenciado Ricardo Garrido Morales  
Abogado y Notario  
Colgado 5221  
7ª Avenida 11-20 Zona uno Ciudad de Guatemala  
Oficina No. 5 Teléfono: 22305294

Guatemala 15 de julio de 2007

Licenciado  
MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN  
Jefe de Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del bachiller **MARIO RENÉ ESPINOZA PALACIOS**, intitulado **“EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA HACERLO EFECTIVO CON LA POSTERIOR JUDICACIÓN POR EL JUEZ EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO.”**

El trabajo de tesis en cuestión se desarrolla en cinco capítulos, dentro de los cuales se plasman temas importantes para concluir con éxito y en base a los objetivos el tema central de la misma, el primer capítulo concierne al principio de legalidad y las garantías procesales que asisten al sindicado en el proceso penal, el capítulo segundo se basa en las funciones del Ministerio Público en los sistemas del proceso penal así como sus incidencias en el transcurso del procedimiento penal guatemalteco actual; el tercer capítulo establece la importancia de la garantía de igualdad y su integración con los derechos que la ley determina para los sindicatos en el transcurso de las distintas etapas del proceso penal, en el capítulo cuarto se lleva a cabo el análisis de la discrecionalidad del principio de oportunidad y sus repercusiones procesales en Guatemala de relevancia para poder integrar el capítulo quinto que desarrolla las funciones del Ministerio Público en la acción penal basándose en el principio de oportunidad y la conclusiones arribadas.

Para el efecto me permito manifestar que el sustentante realizó las modificaciones y correcciones adecuadas en relación al caso, aceptando y aplicando las sugerencias que se encaminaban a poner en practica el método científico, atendiendo a las sugerencias planteadas por el asesor de tesis a través de conceptos características doctrinarias y jurídicas con las cuales se interpreta el ordenamiento jurídico interno y que permite la concordancia entre la relación jurídica existente entre el problema y la investigación, utilizando del método jurídico en la comprobación de la hipótesis investigativa planteada en un inicio. Por lo anterior me permito emitir el presente Dictamen Favorable, para el examen público respectivo, puesto que el presente trabajo de tesis tanto en su contenido científico y técnico, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, y su redacción han cumplido los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración del Trabajo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.

*Licenciado Artemio Rodolfo Sanchez Merida*

*Abogado y Notario*

**Colegiado No. 4566**

7ª Ave. 11-20 zona 1 Ciudad de Guatemala. Tel. 22305294

Guatemala 20 de septiembre de 2007

Licenciado

**MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN**

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Atentamente me dirijo a usted para informarle que en cumplimiento de la resolución en la que soy nombrado como REVISOR del trabajo de tesis del bachiller **MARIO RENE ESPINOZA PALACIOS**, intitulado **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA HACERLO EFECTIVO CON LA POSTERIOR JUDICACIÓN POR EL JUEZ EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO** procedí a analizarlo, revisando para el efecto las cuestiones que se estimaron convenientes y sugiriendo los respectivos cambios que se consideraron importantes.

El trabajo de tesis desarrolla en el primer capítulo los temas que complementan el principio de legalidad y las garantías procesales que lo integran, tomando de base el objetivo general de la investigación, dentro del capítulo segundo se integra la base de las funciones del Ministerio Público, los sistemas del proceso penal así como sus incidencias en el transcurso del procedimiento penal guatemalteco actual; La garantía de igualdad y su importancia en el proceso penal es desglosada en el capítulo tercero complementando los derechos que asisten a los sindicados en él, encaminando el análisis hacia la comprobación de la hipótesis investigativa, implementando la interpretación jurídica en el marco legal que permite llevar a cabo el razonamiento jurídico de la discrecionalidad en la aplicación del principio de oportunidad y las repercusiones procesales en Guatemala de su implementación y con ello integrar el capítulo cuarto del trabajo de investigación y poder desglosar el capítulo quinto se retomando la actividad del Ministerio Público en la función investigativa basada en el principio de oportunidad y concluir con los objetivos del trabajo investigativo.

En tal virtud, de haber cumplido con lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración del Trabajo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Habida cuenta que el sustentante realizó las correcciones y modificaciones sugeridas con la utilización del método científico, implementando en el texto las indicaciones planteadas como conceptos, características doctrinarias y jurídicas con las cuales se interpretó el ordenamiento legal y que permitió el establecimiento de la relación jurídica entre el problema que dio origen al trabajo y consintió la investigación realizada, arribando analíticamente con la utilización del método jurídico a la comprobación de la hipótesis investigativa esbozada como fundamento del tema principal **OPINO**: que es procedente aceptarse como Tesis de Graduación para ser considerada su discusión y aprobación en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente

## **DEDICATORIA**

- A DIOS:** Mi padre eterno, porque este éxito es por su misericordia y amor para mi vida, a el sea toda la gloria y el honor por siempre.
- A MI PADRES:** Mariano Santos Espinoza Pernillo, Marta Lidia Palacios Sánchez (Q.E.P.D.), por brindarme su cariño en la búsqueda de este éxito, especialmente a mi señor padre por acompañarme siempre y guiarme a lo largo de mi camino, deseando que este logro sea de su agrado, ya que sin su respaldo difícilmente lo hubiera alcanzado y sobre todo por permanecer en mi mente como el padre ejemplar que ha sido, por sus sabios consejos y ejemplo de vida; que este triunfo llene de satisfacción y alegría su corazón.
- A MI ESPOSA:** Olga María Rodríguez De Espinoza, por el amor, paciencia, comprensión y aliento que me brindaste en todo momento. Nuestro sueño se ha hecho realidad, este triunfo es nuestro, con todo mi amor.
- A MIS HIJOS:** Hugo Mariano, Mario Alejandro, por ser mi inspiración para no claudicar, que éste humilde triunfo les motive a luchar por alcanzar sus sueños y metas, y creer que en Cristo todo es posible. Este triunfo es para ustedes, los amo.
- A MIS HERMANAS:** Compañeras de vida, especialmente Aura Celeste y Verónica Noemí, gracias por estar con migo en este arduo camino profesional, a ustedes gracias y que este triunfo llene de satisfacción y alegría su corazón por haber cumplido nuestro sueño.

**A MIS SOBRINOS:** Willy, Fernando, Kevin. Angie, Jacqueline, que Dios los bendiga hoy y siempre

**A MIS TÍOS:** En especial a Juan Pablo David, Bertha Judith, Rolando, Patrocinio, Reginaldo (Q.E.D.P.) por su incondicional apoyo cuando mas lo necesite.

**A MIS PRIMOS, CUÑADAS, CUÑADO Y SUEGROS:** Con especial Cariño.

**A AMIGOS:** De fiscalía, por su apoyo, aprecio especial y por estar al pendiente de este triunfo. Éxitos en su vida.

**ESPECIALMENTE A LOS LICENCIADOS (AS):** Artemio Tánchez Mérida, Ricardo Garrido Morales y Yolanda Flores, por su ejemplo de capacidad, profesionalidad y honestidad en el ejercicio de esta noble profesión y vida personal, gracias por celebrar este éxito con migo. Dios les bendiga.

**A MIS PADRINOS:** Licenciados (as) Sandra Aldana de Domínguez, Rudy René Gómez por su amistad incondicional, que este éxito sea motivo de alegría.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Tricentenaria Casa de estudios profesionales, que me abrió sus puertas a través de la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, porque me siento honrado de ser graduado de tan importante facultad.

## ÍNDICE

	PÁG.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. El principio de legalidad procesal.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Elementos que lo conforman.....	3
1.2.1. No hay crimen sin ley.....	3
1.2.2. No hay pena sin ley.....	3
1.2.3. Garantías procesales.....	3
1.2.4. Garantías jurisdiccionales.....	4
1.2.5. Garantías de ejecución.....	4
1.3. El principio acusatorio y su relación con la legalidad.....	4
1.4. Imputación y legalidad en base al principio acusatorio.....	6
1.5. Fijación del objeto del proceso en base al principio de legalidad...	7
1.6. Necesaria correlación entre auto de procesamiento, acusación y sentencia para el respeto de la legalidad.....	9

### CAPÍTULO II

2. La función del Ministerio Público en los sistemas del proceso penal.....	13
2.1. Regulación constitucional que rige la función del Ministerio Público	15
2.2. La intervención del juez durante la investigación.....	18
2.3. Los pasos de la investigación.....	19
2.4. Principales actividades de la investigación.....	20
2.5. Principios que rigen su función.....	21
2.5.1. La objetividad.....	21
2.5.2. La imparcialidad.....	22

### **CAPÍTULO III**

3.1. Igualdad constitucional.....	25
3.2. Igualdad basada en la oportunidad.....	26
3.2.1. Derecho a la presunción de inocencia.....	28
3.2.2. Derecho a un debido proceso.....	29
3.2.3. La publicidad del proceso.....	30
	<b>PÁG.</b>
3.3. Injerencias contra la independencia judicial que afectan la igualdad del proceso.....	32
3.4. Injerencias externas por parte de los grupos de poder.....	32
3.5. Injerencias internas contra la independencia judicial.....	34

### **CAPÍTULO IV**

4. Análisis de la discrecionalidad del principio de oportunidad y sus repercusiones procesales en Guatemala.....	37
4.1. La discrecionalidad en la función del Ministerio Público.....	39
4.2. La relación del sistema acusatorio, el principio contradictorio y la oportunidad procesal en el proceso penal guatemalteco.....	43
4.3. La persecución penal y la discrecionalidad de la misma.....	44

### **CAPÍTULO V**

5. El principio de oportunidad procesal.....	49
5.1. Definición.....	49
5.2. Clases de oportunidad.....	52
5.2.1. Oportunidad libre.....	52
5.2.2. Oportunidad reglada.....	52
5.3. Ámbito de aplicación de la oportunidad en el proceso.....	54
5.4. El interés social como parte del principio de oportunidad.....	56
5.5. El interés social en pro del principio de oportunidad.....	57

5.6. Historia del principio de oportunidad.....	60
5.7. El sistema acusatorio y el principio de oportunidad.....	63
5.8. El principio contradictorio y el principio de oportunidad.....	64
5.9. El principio de oportunidad procesal en la actualidad.....	65
5.10. El criterio de oportunidad en el Código Procesal Penal.....	65
5.11. Instituciones del Ministerio Público giradas en relación a la persecución penal en Guatemala.....	71
5.11.1. Procedimiento a adoptar en el caso.....	74
5.11.2. Directrices generales para promover la aplicación del criterio de oportunidad .....	75
5.11.3. Aplicación del criterio de oportunidad según el numeral 2 del Artículo 25 del Código Procesal Penal .....	77
5.11.4. Aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 3 del Artículo 25 del Código Procesal Penal .....	78
5.11.5. Aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 4 del Artículo 25 del Código Procesal Penal.....	80
5.11.6. Aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 5 del Artículo 25 del Código Procesal Penal.....	81
5.12. El acuerdo de reparación.....	82
5.13. Contenido de la solicitud para el otorgamiento del criterio de oportunidad.....	83
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

## INTRODUCCIÓN

El sistema acusatorio es propio del Estado moderno como existió en épocas anteriores, razón por la cual reconoce al imputado la calidad de sujeto de derecho y a su vez atiende las garantías penales de carácter sustantivo y procesal que a éste le corresponden como parte de las exigencias de un debido proceso. El sistema acusatorio pretende equilibrar los intereses en pugna dentro de un proceso penal y con ello conciliar la eficacia de la persecución penal con el respeto de las garantías del imputado.

El primer capítulo de la tesis apunta el tema de un Estado de Derecho garantizado a través de la expansión del derecho penal que debe quedar reducido a su mínima expresión en garantía del principio de legalidad, estableciendo la necesidad de evaluar los intereses del Estado en su conducta punitiva y determinando la intervención de la sociedad en el cumplimiento de los fines que éste persigue, sin perder de vista el interés social. Además de lo anterior se aborda el tema del derecho penal como la forma más violenta que dispone el Estado para responder a las actuaciones contrarias a la ley; para que la pena no sea violencia de uno o muchos contra un particular debe ser pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.

Para establecer un verdadero proceso penal, dentro del capítulo segundo del trabajo investigativo, se valora la función del Ministerio Público como una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales, determinando sus fines principales, como lo son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país con lo que se delimitan las facultades de investigar y acusar.

El principio acusatorio se define, enunciando su formulación latina *nemo iudex sine actore*, como la garantía que prescribe la prohibición de enjuiciar a una persona sin un requerimiento claro en el cual se indique con precisión los hechos que se le imputan, formulado por una persona distinta al que juzga, no puede existir juicio y ni

siquiera se puede dirigir el proceso contra una persona sin la existencia de una imputación, sin embargo, no cualquier imputación es válida, sino que debe determinar con distinta precisión en función del estado del proceso, por qué hechos se le está persiguiendo, siendo esta la importancia por la cual el tema es tratado y relacionado en cada uno de los capítulos de la tesis.

La discrecionalidad del principio de oportunidad, acotada en tema cuarto del trabajo investigativo, afirma la necesidad en casos en los que se produce una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando la responsabilidad del imputado resulta escasa, que el fiscal y el imputado decidan sobre continuar el proceso o sustanciarlo en una forma alternativa sin llegar hasta un juicio oral. Ambos se hallan facultados para negociar, tomando en cuenta los intereses de la víctima, acerca del no ejercicio de la acción penal a cambio del otorgamiento de una reparación por el daño ocasionado. De esta manera se abre en el campo penal un espacio para el consenso.

Las razones que propician la oportunidad en el proceso penal guatemalteco son muy variadas, por lo cual se desarrollan en el capítulo quinto del trabajo investigativo, estando entre ellas: La búsqueda de la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos que merecen el concurso del derecho punitivo, favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la búsqueda de la celeridad procesal, la revitalización de los objetivos de la pena, la ratificación del principio de igualdad, la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y contribuir a la consecución de una justicia material por sobre la formal, entre otros.

Dada la relación con el principio de oportunidad y la igualdad procesal, se encuentra desarrollada esta última en el capítulo tercero de la tesis, pues necesariamente debe ser vista en el ámbito penal del derecho, actualmente el proceso penal propio de un Estado democrático de derecho tiene por fines, tanto la satisfacción de los intereses del Estado en la aplicación del *ius puniendi* como el

resguardo del derecho a declarar a la igualdad como manifestación de libertad del ciudadano inocente, la reparación de la víctima y la reinserción del imputado a la sociedad. Entonces, pues, la aplicación de los criterios de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal armoniza, indiscutiblemente, con tales fines.

Es decir que la necesidad que el Ministerio Público aplique en forma directa el principio de oportunidad radica en una atención pronta del caso, con búsqueda de una solución afín a los principios del proceso penal y a sus fines, ya que la oportunidad no retarda la justicia sino permite descongestionar el sistema de justicia, cumpliendo con la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad, aplicando el criterio de oportunidad.

El desarrollo del trabajo establece la delimitación de parámetros que sirven de referencia para la ejecución en la práctica del método científico, se estableció así un conjunto de procedimientos que resultaron aplicables al problema investigativo planteado y sus referencias en el marco teórico; es entonces palpable una aproximación a la realidad del mismo, permitiendo así dilucidar a través de una serie de conceptos las características doctrinarias y jurídicas que han servido de análisis para desarrollar parámetros mejor estructurados de la naturaleza misma del problema; la pretensión se basa en la interpretación a través del método analítico como punto de partida del sistema jurídico penal guatemalteco, para delimitar la violación al principio de presunción de inocencia en el caso, se interpreta el ordenamiento jurídico que permite el establecimiento y a su vez la relación jurídica existente entre su violación y la aplicación de la presunción de culpabilidad, así mismo la utilización del método jurídico permite interpretar instituciones jurídicas a través de la doctrina misma relacionada al tema de la investigación, al problema planteado y la comprobación de la hipótesis.

## CAPÍTULO I

### 1. El principio de legalidad procesal

En todo proceso penal se presenta un conflicto de intereses, el del Estado en la persecución penal en la búsqueda del esclarecimiento y sanción de los hechos delictivos, y el interés del imputado en que se respeten sus garantías procesales.

La base de la diferencia entre el sistema inquisitivo y el acusatorio radica en la forma en que se resuelve el conflicto de intereses planteado en un proceso penal. En el sistema inquisitivo, el imputado es concebido como un objeto de persecución penal y no como un sujeto de derecho, titular de garantías frente al poder penal del Estado, se hace prevalecer ampliamente el interés estatal en desmedro de las garantías del imputado.

El procedimiento inquisitivo corresponde histórica e ideológicamente con el Estado absoluto, caracterizado precisamente por no reconocer límites a su poder ante los derechos de las personas.

El sistema acusatorio, aunque existió en épocas anteriores, es propio del Estado moderno y consecuentemente reconoce al imputado su calidad de sujeto de derecho al que le corresponden una serie de garantías penales de carácter sustantivo y procesal que integran las exigencias del debido proceso constituyendo límites infranqueables al poder penal del Estado.

El sistema acusatorio pretende equilibrar los intereses en pugna en todo proceso penal y compatibilizar la eficacia de la persecución penal con el respeto de las garantías del imputado, es el contradictorio el principio base para este sistema, pues los intereses en pugna se disipan a base de las pretensiones de los sujetos procesales y dentro de un debido proceso.

## 1.1. Definición

Regula el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”, asimismo en el Artículo 1 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República se establece: “(De la legalidad). Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley “, lo cual se integra a lo regulado por nuestra Constitución y a lo establecido en el Artículo 1 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República el cual establece que: “No hay pena sin ley. (*Nullum poena sine lege*). No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad”, así también el Artículo 2 del citado Código Procesal Penal regula: “No hay proceso sin ley. (*Nullum proceso sine lege*). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal”.

El principio de legalidad es un principio constitucional a través del que se establece un límite al *ius puniendi* del Estado.

Con el límite al poder coercitivo, las personas pueden tener la seguridad que el Estado únicamente podrá intervenir por la vía penal, cuando se le impute como autor de la comisión de un hecho señalado como delito o falta por una ley previamente promulgada; de igual forma, sólo podrán imponerse medidas coercitivas que restrinjan sus derechos, que se encuentren establecidas previa y expresamente en la ley penal nacional, a su vez éstas serán impuestas por una autoridad judicial utilizando como medio una sentencia dictada en un proceso llevado con todas las garantías establecidas.

El *ius puniendi* es la base del proceso penal y éste a su vez es la forma más violenta de que dispone el Estado de Guatemala para hacerlo efectivo, en un procedimiento penal se pone en riesgo la libertad de una persona y así se ponen en riesgo garantías

constitucionales que le asisten, solo por el hecho de ser humano, y es así como lo establece nuestro ordenamiento jurídico interno.

## 1.2. Elementos que lo conforman

### 1.2.1. No hay crimen sin ley

Parte de las garantías que protege el principio de legalidad, consiste en la protección que tiene toda persona que no puede ser sancionada por conductas que no estén calificadas previamente como delito o falta en la ley penal y que sea previa a su comisión, se encuentra regulada en el Artículo 2 de nuestro Código Procesal Penal.

### 1.2.2. No hay pena sin ley

La legalidad del proceso desarrolla además esta garantía, estableciendo que a cualquier persona sindicada de la comisión de un hecho señalado como delito o falta no se le podrán imponer penas, más que aquellas que se encuentren previamente establecidas por la ley penal a la comisión de éste; garantía que se encuentra establecida en el Artículo 1 del Código Procesal Penal.

### 1.2.3. Garantías procesales

Regulada en los Artículos 3 y 6 del Código Procesal Penal, consiste en la protección a la seguridad que tiene cualquier persona a la que se sinde de la comisión de un hecho delictivo, que únicamente podrá ser juzgada de acuerdo a un procedimiento previamente establecido, ya que ni los tribunales, ni sujetos procesales podrán variar la forma del proceso.

#### 1.2.4. Garantías jurisdiccionales

Protección regulada en los Artículos 2, 4 y 7 del mencionado Código Procesal Penal, en la cual se establece el juzgamiento y decisión de las causas penales por jueces preestablecidos previamente a la comisión del delito o falta; esta garantía se encuentra relacionada con la garantía de juez natural ya que no se podrá juzgar a nadie ante un juez o tribunal que no sea por los designados para el efecto por la ley penal.

#### 1.2.5. Garantías de ejecución

Garantía que protege a las personas, indicando que una vez resuelta su situación jurídica y establecida su responsabilidad en la participación en la comisión de un hecho delictivo, con el pronunciamiento de una sentencia por un tribunal competente, para ello le corresponderá en única instancia a los jueces de ejecución el cumplimiento de la misma en los lugares destinados para el efecto, regulada en el Artículo 51 del Código Procesal Penal.

#### 1.3. El principio acusatorio y su relación con la legalidad

En la actualidad se han revertido los papeles y la víctima es protagonista dentro del proceso penal.

El procedimiento acusatorio debe su nombre al principio de igual denominación, en el cual el Estado tiene la carga de la prueba, se rige por la oralidad, la igualdad entre las partes y la publicidad del proceso. Este principio se fundamenta en lo que en otros Estados llaman igualdad de armas, es decir, mismas condiciones entre el acusador y la defensa del imputado, garantizando que el derecho penal cumpla en forma razonable con sus dos finalidades básicas: la prevención general y la prevención específica, dentro de un debido proceso.

La protección general es proteger a la sociedad del delito y al acusado frente a los excesos, desviaciones y perversiones en la acusación, en aplicación del principio constitucional de defensa, es decir, el derecho penal debe ser una forma de reducir la violencia en la sociedad, no de agravarla.

Al proteger a la sociedad del delito se pretende evitar la impunidad, pero también desalentar todas las formas de autoprotección o de justicia por propia mano. De lo anterior se acota el problema de los linchamientos, que con relativa frecuencia se dan a conocer en los medios de comunicación como una manifestación clara de la venganza pública, que es peor que la privada. Luigi Ferrajoli afirma al respecto: “Por eso, cada vez que animan a un juez sentimientos de venganza, de parte o de defensa social, o que el Estado deja sitio a la justicia sumaria de los particulares, el derecho penal retrocede a un Estado salvaje, anterior a la formación de la civilización”<sup>1</sup>.

El procedimiento acusatorio es el único que asegura que en caso de ser juzgados, tendremos acceso a un debido proceso, un fair trial, utilizando la expresión anglosajona.

El derecho penal es aplicable a todos desde la promulgación de una ley penal, que como tal, constituye una amenaza general que se complementa en el momento en que cualquier persona es sometida a un proceso penal y se aplica en un caso concreto, sea o no culpable, siendo ello la prevención especial. Lo mismo podría decirse sobre el derecho penitenciario, porque las penas se imponen por adelantado mediante la prisión preventiva. Por lo anterior, es preciso romper con la idea que sostiene el jurista Sergio García Ramírez, en el sentido que: “El derecho penal es para los delincuentes o para un cierto tipo de individuos, de la misma forma en que el derecho mercantil se dirige a los comerciantes y el derecho bancario para los banqueros”<sup>2</sup>, ya que el derecho penal es para todos.

---

<sup>1</sup> **Derecho y razón, teoría del garantismo penal**, págs. 333-334.

<sup>2</sup> **Los derechos del pueblo mexicano**, pág. 660.

Un sistema basado en el corte acusatorio garantiza que en caso un particular se enfrente a un proceso penal, ya sea por estar en el lugar del hecho, por encontrarse cerca de éste, por estar involucrado en la comisión del hecho delictivo o aún sin tener ninguna participación en el mismo, que es el caso de muchos procesados en Guatemala, recibirá un juicio justo.

El proceso acusatorio es el único que favorece la confianza en las autoridades. Si no se tiene la certeza que al ser juzgados se recibirá un juicio justo, siempre quedará duda respecto del propio sistema y los órganos que lo dirigen. Independientemente del problema de las garantías del acusado se encuentra la necesaria credibilidad del sistema de justicia penal. Hoy en día nada puede funcionar sin esta condición, ni el sistema económico, ni tampoco el sistema de justicia penal. En el primer caso habrá devaluaciones, pero en el segundo se presentan crisis en la impartición de justicia, tan graves como aquéllas.

En síntesis, el sistema acusatorio es el único que vela simultáneamente por la seguridad pública y por los derechos del individuo; es el único que asegura el castigo a los culpables, pero también la protección a los inocentes. Una sociedad democrática sólo debe aspirar a un sistema de corte acusatorio, a un juicio justo.

En Latinoamérica los únicos países que cuentan en algunas de sus provincias, con un sistema jurídico-penal de inspiración acusatoria son: Brasil, Guatemala, Uruguay, Chile y Argentina.

#### 1.4. Imputación y legalidad en base al principio acusatorio

La imputación es el acto mediante el cual el Ministerio Público le comunica a una persona, ante un órgano jurisdiccional y en presencia de su abogado defensor, que lo investiga como posible autor o partícipe de un hecho delictivo.

Esa imputación, se realiza a partir de la primera declaración en presencia del defensor del imputado, el representante del Ministerio Público y el mismo imputado. Aunque no es necesaria su comparecencia a esa diligencia, sí es obligatoria la presencia del imputado en la audiencia. En la misma audiencia en donde se presenta la imputación, el fiscal del Ministerio Público también puede solicitar la imposición de medidas de coerción, entre otras.

Al presentarse la imputación se activan los términos del proceso penal y también la actividad de la defensa. Así las cosas, una vez aprobada la imputación por parte del juez, éste deberá resolver la situación jurídica del imputado y en caso dicte una medida de coerción, debe inmediatamente después dictar auto de procesamiento en su contra, con lo que empezará a correr el plazo para la investigación, el Ministerio Público deberá realizar la investigación y concluirla lo antes posible, sino fuere así tendrá tres meses para formular acusación en contra del imputado o solicitar la preclusión de la investigación presentando otras pretensiones, ello cuando se haya dictado una orden de prisión preventiva, caso contrario, se hubiere dictado una medida sustitutiva concluirá en seis meses.

En el sistema acusatorio, la imputación siempre será presentada por el Ministerio Público, a través de sus fiscales.

#### 1.5. Fijación del objeto del proceso en base al principio de legalidad

En el sistema acusatorio, la participación del acusado como parte e interviniente se hace necesaria e indispensable, pues puede ejercer su defensa material, para lo cual podrá solicitar pruebas, contradecirlas e interponer recursos a efectos de lograr el esclarecimiento de los hechos y su absolución dentro del mismo.

En este nuevo sistema, aún en crecimiento en Guatemala, el acusado en todas las diligencias en que participe, debe estar asistido o acompañado de su defensor

contractual o de oficio, quien ejercerá la defensa técnica, siendo entonces inexistente todas aquellas diligencias que se lleven a cabo en su presencia sin la asistencia de un profesional del derecho.

Ahora bien, cuando existan diferencias de criterios entre el acusado y su defensa técnica, para efectos legales, prevalecerá siempre el concepto o criterios de este último.

Después de formulada la acusación por parte de la fiscalía, el juez de Primera Instancia procederá a señalar fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación y decisión de apertura a juicio. Posteriormente se celebrará la audiencia debate de juicio oral y público, culminando ésta con un fallo absolutorio o condenatorio en contra del acusado.

Pero también puede resultar ajustado a derecho, que estos actos necesarios del nuevo proceso penal no se cumplan, puesto que el fiscal y el acusado podrán llegar a preacuerdos que implicarán la terminación del proceso, con los beneficios de rebaja de pena establecidos por la ley. Todo ello con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia y activar la solución de los conflictos sociales que generan el delito, implementando las llamadas salidas alternativas del proceso penal o medidas desjudicializadoras. El fiscal diseña el programa metodológico de la investigación, y de ese juicioso trabajo depende el éxito de la imputación.

En calidad de jefe, el fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de la policía.

Entre las novedades más importantes dentro del sistema acusatorio que comenzó a operar en Guatemala a partir del 1 de julio de 1994, el agente fiscal no tiene la facultad de privar de la libertad a las personas, salvo las excepciones contempladas en la ley. Las medidas de coerción las dicta un juez, encargado del control de garantías.

El fiscal no produce pruebas como en el sistema inquisitivo. Su papel fundamental está enfocado a detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias. También conseguir información general sobre un hecho delictivo.

Durante la etapa investigativa solo se recaudan evidencias, que se convierten en pruebas al momento de la audiencia de debate.

#### 1.6. Necesaria correlación entre auto de procesamiento, acusación y sentencia para el respeto de la legalidad

El derecho penal es la forma más violenta que dispone el Estado para responder a las actuaciones contrarias a la ley de los ciudadanos y para que la pena no sea violencia de uno o muchos contra un particular ciudadano, debe ser pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.

En un Estado de derecho la expansión del derecho penal, debe quedar reducida a su mínima expresión, con lo que se establece además la necesidad de evaluar los intereses del Estado en su conducta punitiva, redeterminando la intervención de la sociedad en el cumplimiento de los fines que persigue el derecho penal, en vistas de los intereses sociales, que tienen suficiente importancia como para ser convertidos en bienes jurídicos penalmente protegidos.

Para hablar de un verdadero proceso penal, es necesario, que la acusación sea planteada por un órgano distinto del jurisdiccional, a efecto que con la participación de un defensor, el juez administre justicia con el máximo de imparcialidad, examinando las contrapuestas de las partes, en ejercicio del principio de contradicción y defensa.

El Ministerio Público, es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales de justicia con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país con lo que se delimitan las facultades de

investigar y acusar, excluyendo de éstas a los jueces y es esa función la que debe ser controlada jurisdiccionalmente.

El principio acusatorio se define, conforme a su formulación latina *nemo iudex sine actore*, como la garantía que prescribe la prohibición de enjuiciar a una persona sin un requerimiento claro en el cual se indique con precisión los hechos que se le imputan, formulado por una persona distinta al que juzga, no puede existir juicio y ni siquiera se puede dirigir el proceso contra una persona sin la existencia de una imputación, sin embargo no cualquier imputación es válida, sino que debe determinar, con distinta precisión en función del Estado del proceso cuales son los hechos por los que se le está persiguiendo. Si bien nadie discute la vigencia del principio acusatorio como fundamento de la acusación, la exigencia de una imputación previa no se limita a ese momento procesal, sino que se exige desde la primera declaración como imputado y en el auto de procesamiento, durante la investigación, que sustentará la acusación y será objeto del debate oral y público, conviene aclarar que existen otros principios que fijan límites a la actividad punitiva del Estado o *ius puniendi*, como el principio de presunción de inocencia, el *ne bis in idem*, la humanidad de las penas, el juicio previo y el debido proceso, encaminados a la protección del principio de legalidad procesal, sin embargo desde el sistema inquisitivo a la fecha éstos influyen principalmente en el ámbito procesal o en la ejecución de las penas, por lo que para su estudio nos remitimos a las doctrinas generalizadas en la materia.

Los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el Código Procesal Penal o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos y que no este prohibido por la ley u obtenido ilícitamente.

Las pruebas deben ser solicitadas o presentadas en la audiencia y tendrán que ser practicadas en el juicio oral, con publicidad, controversia y ante la presencia del tribunal, es decir, inmediatez, pero no sólo del juez, sino de todos los sujetos procesales; tendrán que referirse a hechos o circunstancias relativas a la conducta

criminal y sus consecuencias, delimitando cada uno de los aspectos de interés para la ley penal.

El tribunal de sentencia del caso debe haber estado presente durante el momento en que se formó la prueba y debe haber apreciado y controlado su controversia. Así el tribunal adquiere los medios de conocimiento necesarios para su convicción, de su fuente original y en su auténtica expresión. Por tal razón es perentoria la prohibición de comisionar a otro juez para que practique un determinado medio de prueba.



## CAPÍTULO II

### 2. La función del Ministerio Público en los sistemas del proceso penal

Un elemento estructural de todo sistema de justicia penal es el principio de persecución penal estatal. La aparición de este principio material en el ámbito del continente europeo del siglo XIII, transformó profunda y completamente el procedimiento, y provocó la exclusión de uno de los protagonistas del caso, la víctima y la aparición de un nuevo personaje, el inquisidor. Siglos más tarde, el desarrollo del procedimiento penal del viejo continente, especialmente en el siglo XVIII, significó una tibia reforma que conservó el principio material de la persecución pública.

En todo este desarrollo, el Ministerio Público típico de nuestra tradición jurídica ha adquirido protagonismo no hace mucho tiempo. Lo que este desarrollo histórico indica, sin duda, es la influencia que tiene el principio de persecución penal estatal y las facultades atribuidas a los distintos actores del procedimiento en la configuración de los principios estructurales del enjuiciamiento penal.

En el sistema acusatorio, el órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de una persona, se acciona motivando al poder jurisdiccional para que actúe ante la puesta en peligro de bien jurídico legalmente protegido.

En el sistema inquisitivo, el propio órgano jurisdiccional toma la iniciativa para originar el proceso penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, actúa de oficio y el proceso penal es excesivamente formal, riguroso y no público.

Mientras que en el sistema mixto, se conjuga tanto el sistema acusatorio como el inquisitivo. El proceso penal en este sistema tiene dos etapas:

- La instrucción (investigación) /sistema inquisitivo.
- El juicio oral o juzgamiento /sistema acusatorio.

Dentro del sistema acusatorio modernizado, el órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración judicial (Ministerio Público) al producirse un delito. El Ministerio Público está a cargo de la etapa de la investigación.

Si hubiera de mantenerse el esquema normal del proceso aparecería como parte acusada aquella persona a la que se imputa la comisión de un delito y como parte acusadora el ofendido o el perjudicado por el mismo. Este no tendría derecho subjetivo a la imposición de una pena pero sí quedaría legitimado para instar la aplicación por el tribunal del derecho penal. Con todo este esquema de acusador igual a ofendido por el delito y de acusado a quien se imputa la comisión del delito, se quebró para siempre, cuando se reconoció que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares, sino es una función que debe asumir el Estado.

El Ministerio Público es por consiguiente, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad.

El que el Ministerio Público realice su actuación en el proceso conforme a los principios de legalidad y de imparcialidad, no dice nada en contra de la consideración del mismo como una verdadera parte procesal y, por esencia, parcial. Dejando a un lado la *contradictio in terminis* que implica, ni siquiera por razones que hacen a la esencia de su función puede calificarse al Ministerio Público de parte imparcial.

No podría ser de otra manera, si se tienen presentes los propósitos que justificaron la creación de la función requirente. En tal sentido, los fines que persigue el Ministerio Público, no son los que corresponden a los verdaderos protagonistas de un conflicto

social, pues éstos, naturalmente, se orientan en función de un interés personalísimo, en tanto que el órgano estatal tiene como encargo ineludible la realización de la voluntad de la ley, la materialización del *ius puniendi*, en los casos en que justa y legalmente proceda.

## 2.1. Regulación constitucional que rige la función del Ministerio Público

Regula la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 251: “Ministerio Público. El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio.

Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la comisión.

En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

El Fiscal General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte

Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida”.

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción. De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 309 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público actuará en ésta etapa a través de sus fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitar la realización de sus funciones. Tiene como auxiliares en la investigación a los funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados a los fiscales y deben ejecutar sus órdenes.

En su actividad investigadora, el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para:

- Determinar la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal: la existencia del hecho, el lugar y el tiempo; las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, que pueden ser relevantes para la tipificación o la apreciación de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. Al determinar que hechos son relevantes, será necesario recurrir a la ley penal;
- Comprobar que personas intervinieron y de que forma lo hicieron: (Artículos 36 y 37 del Código Penal). asimismo investigará las circunstancias personales de cada uno que sirvan para valorar su responsabilidad;

- Verificar el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil. Para efectuar estas investigaciones el Ministerio Público tiene como auxiliares a los funcionarios y agentes de la policía, quién están subordinados al fiscal y deben ejecutar sus órdenes.

En el ejercicio de su función el Ministerio Público goza de amplios poderes y facultades. De hecho, todos los poderes que otorga el Código Procesal Penal pueden ser ejercidos por el fiscal, salvo que expresamente la ley lo otorgue a otro órgano según lo regula el Artículo 110 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el Ministerio Público no tiene una función unilateral de persecución. A diferencia del querellante, cuyo objetivo es lograr la condena del imputado, el fiscal ha de ser objetivo. Deberá preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado. Un Sobreseimiento o una sentencia absolutoria no tiene por que ser un fracaso del fiscal. En realidad está obligado tanto a proteger al acusado como a actuar en contra de él, observando siempre la objetividad en su función.

Según lo dispuesto en el Artículo 315 del Código Procesal Penal, el imputado, su defensor y el querellante podrán proponer medios de investigación al Ministerio Público en cualquier momento del procedimiento preparatorio. Si los considera pertinentes y útiles tendrá que practicarlos. En el caso en el que considere que no procede practicar las pruebas, el fiscal tendrá que dejar constancia por escrito de los motivos de su denegación.

En el desarrollo de su investigación el fiscal debe ser muy cauteloso para evitar que se vulnere el derecho de defensa del imputado. Salvo los casos expresamente previstos por la ley, según lo regulado en el Artículo 314, cuarto párrafo del Código Procesal Penal, el fiscal no puede ocultarle al abogado de la defensa las pruebas practicadas, no obstante, el fiscal tampoco tiene que enseñarle a las demás partes su estrategia de investigación. El derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el

procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra tal y como lo establece el Artículo 71 Código Procesal Penal.

El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público exige que el Ministerio Público recoja de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos punibles para permitir el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles.

Para realizar una buena investigación, el fiscal que va a tener a cargo el caso, tiene que oír, respetando las garantías legales, al imputado durante el procedimiento preparatorio. De lo contrario, el fiscal no está escuchando a la persona que puede conocer más directamente los hechos. No podrá conformarse con la declaración escrita, ya que esta suele ser limitada y además se pierde la inmediatez y la percepción visual. Por ejemplo, en las actas consta que el imputado golpeó a varios policías y al verlo es una persona de constitución endeble.

## 2.2. La intervención del juez durante la investigación

El sistema acusatorio, que rige en el Código Procesal Penal le otorga al fiscal la obligación de investigar y al juez de primera instancia la de controlar. La intervención del juez de primera instancia durante la investigación se concreta en seis puntos principales, sin perjuicio de otras actividades del juez durante el procedimiento preparatorio, como la resolución de cuestiones incidentales.

Los puntos en los que se concreta la actividad de control del juez de primera instancia son los siguientes:

- El control sobre la decisión del ejercicio de la acción establecido en los Artículos 25, 27, 47 y 310 del Código Procesal Penal: El juez controla la decisión del Ministerio Público de abstenerse, suspender o desestimar el ejercicio de la persecución penal;

- La decisión sobre la aplicación de alguna medida de coerción sobre el imputado. Artículo 257 y siguientes del Código Procesal Penal;
- La autorización en diligencias limitativas de derechos constitucionales, tales como el allanamiento en dependencia cerrada regulado en el Artículo 190 del Código Procesal Penal o el secuestro de cosas en el Artículo 201 del Código Procesal Penal;
- La práctica de la prueba anticipada. Artículo 317 del Código Procesal Penal,
- El control sobre la admisión por parte del fiscal de diligencias propuestas por las partes. Artículo 315 del Código Procesal Penal;
- El control de la duración de la investigación. Artículo 324 bis del Código Procesal Penal.

### 2.3. Los pasos de la investigación

La investigación realizada por el fiscal debe seguir un esquema lógico, con el fin de lograr establecer la verdad retórica de los hechos y el establecimiento de justicia en un determinado caso, siendo por demás importante la construcción de una hipótesis investigativa con lo cual se realice:

- Análisis de la información: reconocimiento de los hechos, planteo de la hipótesis preliminar, descubrimiento de la información y formulación del núcleo del caso;

- Construcción de la hipótesis definitiva: construcción de hipótesis posibles, selección de la hipótesis mejor sustentada;
- Comprobación de la hipótesis: Refutación, verificación de la tipicidad, confirmación de la hipótesis.

#### 2.4. Principales actividades de la investigación:

Las diligencias más comunes en el marco de la investigación son:

- Inspección de la escena del crimen;
- Incautación y secuestro de evidencias;
- Orden de investigación a la policía;
- Práctica de pericias;
- Recolección de testimonios;
- Careos (Artículos 250 al 253 del Código Procesal Penal);
- Identificación de cadáveres;
- Reconocimiento (Artículos 194, 246 y 247 Código Procesal Penal);

- Reconstrucción de hechos (Artículo 380 Código Procesal Penal).

## 2.5. Principios que rigen su función

### 2.5.1. La objetividad

El Ministerio Público tiene fundamentada su participación en el proceso penal como órgano acusador en ejercicio del principio acusatorio, que motiva la separación de funciones entre órganos de la administración de justicia en el Código anterior no existía la separación ni independencia de funciones ya que los jueces, investigaban, juzgaban y ejecutaban sus decisiones, se encargaban de averiguar los delitos y el Ministerio Público no tenía un papel relevante dentro del proceso. Actualmente con el cambio del sistema inquisitivo al acusatorio se puede en mayor escala garantizar constitucionalmente, la separación entre la potestad de juzgar y la facultad de investigar ya que con la separación de funciones, se ha señalado que la investigación de los hechos delictivos no forma parte de la jurisdicción como potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado.

El Ministerio Público debe ser objetivo por mandato legal, así lo estipula el Artículo 108 del Código Procesal Penal que regula: "Objetividad. En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Deberá formular los requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio, aún en favor del imputado".

El Ministerio Público manifiesta su jerarquía institucional de la siguiente forma, el Jefe del Ministerio Público es el fiscal General de la República, le sigue el consejo superior del Ministerio Público, los fiscales de sección y de los fiscales de distrito, los agentes fiscales y los auxiliares fiscales.

Establece el autor Raúl Figueroa Sarti que: “La reforma constitucional de 1993 otorgó al Ministerio Público el deber y derecho de perseguir de oficio, en representación de la sociedad, los delitos de acción pública, aspecto básico del sistema acusatorio que separa la función de juzgar y la de acusar. La soberanía del Estado es única; tiene manifestaciones distintas y separadas, pero coordinadas. Los jueces y magistrados no pueden realizar actividades distintas a la de juzgar y ejecutar lo juzgado, debido a lo cual les está vedado mezclarse, directa o indirectamente, con el ejercicio de la acción pública o la investigación de delitos”<sup>3</sup>.

### 2.5.2. La imparcialidad

La teoría de la justicia como imparcialidad, o más generalmente en un equilibrio reflexivo. Así la imparcialidad no sólo se le exige al juez. Imparcial ha de ser toda la justicia y cualquier poder político, cuando pretende hablar en nombre de todos. Siendo entonces el Ministerio Público parte del sistema de administración de justicia, según como lo describe la ley, también deberá ser guiado por el principio de imparcialidad.

Por otro lado conforme enseña el ejercicio de la justicia consiste en el reparto de todos los objetos susceptibles del mismo, por personas autorizadas entre todos y cada uno de los receptores en determinada forma y según ciertos criterios; entendiendo por Justicia el conjunto de criterios que se refieren a los hombres como repartidores y receptores, a los objetos del reparto y a la forma adecuada de realizarlo.

Así, si todas las partes en un asunto están de acuerdo con una determinada reglamentación, no sólo no existe ninguna objeción contra el ser parte de los repartidores, entiéndase de justicia, sino que ello constituye un caso ideal, puesto que a las partes no sólo corresponde el conocimiento más íntimo del asunto, sino que su

---

<sup>3</sup> Código Procesal Penal, concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional, pág. 81.

acuerdo, además, asegura la paz. He aquí, como sabemos, las excelencias del reparto autónomo.



## CAPÍTULO III

### 3.1 Igualdad constitucional

Esta garantía, derivada genéricamente del Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde reconoce la libertad e igualdad de los habitantes del territorio guatemalteco, estableciendo que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos.

Por su parte el Decreto 51-92 del Congreso de la República en el Artículo 21, regula la igualdad en el proceso, donde establece que: “Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación”, condicionando estructuralmente al proceso, conjuntamente con el principio contradictorio. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos del proceso, se exige desde la Ley Fundamental, que tanto el ente acusador como la defensa actúen en igualdad de condiciones es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente.

Procesalmente, este principio, instituido como un derecho fundamental en la Constitución, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión.

La Constitución Política de la República de Guatemala no distingue entre ley material y ley procesal, por lo que es una proyección del genérico principio de igualdad del aludido Artículo con el derecho al debido proceso. La garantía de igualdad no se resiente con el hecho de que en los delitos de persecución privada, el agraviado decida no perseguir al ofensor o que decida hacerlo sólo contra algunos, ni que en la etapa sumarial la posición del

imputado sea sustancialmente menor, lo que se equilibra con el hecho de que debe tratarse de una etapa meramente preparatoria del juicio oral.

No existe duda alguna, esta garantía se expresa en el régimen de los recursos, en cuya virtud no es posible configurar diversos efectos al recurso ya sea suspensivo o extensivo, según la parte que recurre ni concebir la procedencia obligatoria de un recurso en desmedro de la posición jurídica de la parte contraria. Igualmente, en el ámbito de la prueba este principio tiene trascendental importancia, de suerte que sólo puede tener condición de prueba, y servir de base a la sentencia, las diligencias probatorias que se han actuado con la plena intervención de las partes, lo que opera esencialmente en el juicio.

### 3.2 Igualdad basada en la oportunidad

No habrá infracción alguna a la igualdad con la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que existan, tanto en su regulación como en su aplicación, una justificación objetiva y razonable. Esto se convierte en la expresión del principio de igualdad, en la medida que su tratamiento objetivo y razonable persigue la consecución de intereses públicos de especial relevancia y eficacia de la administración de justicia, criterios de proporcionalidad, derechos del imputado donde existe un trato diferenciado a situaciones en sí mismas diferenciadas, esto es, igualdad ante la ley en su real dimensión.

Tal como se menciona anteriormente la defensa, como manifestación de igualdad y como derecho fundamental, es ejercitada tanto por el imputado cuanto por el abogado defensor, de ahí su carácter dual: privada o material y pública o formal, esta última informada por el derecho público y de carácter obligatoria. La defensa material comprende el derecho del imputado a hacer valer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose con la pretensión del fiscal. En esta perspectiva, la defensa técnica se erige como un servicio público imprescindible que se presta aún contra la voluntad del imputado y viene a completar o complementar la

capacidad del imputado para estar en juicio penal, con lo que se busca garantizar el principio de igualdad de armas y resistir eficazmente la persecución penal.

En tanto la finalidad del derecho de defensa del imputado es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción efectiva exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad de la acusación y del órgano jurisdiccional. Los Artículos 14 numeral 3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el Artículo 8 numeral 4. de la Convención Americana de derechos Humanos reconocen los siguientes derechos, además del derecho a ser informado detalladamente de los cargos y de defenderse asistido por un defensor ya sea de elección o proporcionado por el Estado, también que se designe un intérprete en caso no se comprenda el idioma y de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Los demás derechos instrumentales glosados en dichos instrumentos internacionales, guardan relación con el debido proceso; como el importante derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a la no autoincriminación y a utilizar la prueba pertinente, en cuanto a garantía genérica, y el derecho al recurso, en cuanto a garantía específica.

El derecho de defensa incorpora dentro de sí, dos principios fundamentales del proceso penal. El de contradicción, de carácter estructural del principio de igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad y de oportunidad

En el procedimiento acusatorio se reconoce ampliamente el derecho de defensa del imputado desde que el procedimiento se dirige en su contra, a raíz de cualquier acto de los organismos encargados de la persecución penal, incluida la policía. El cabal reconocimiento del derecho de defensa, en todos sus aspectos - derecho a ser oído, derecho a producir la prueba, a acceder a ella y a controlarla, y a la defensa técnica -, surge de la necesidad del imputado de resistir la persecución penal del Estado y es indispensable para que exista un verdadero juicio que respete el Principio de Contradicción: Si al Ministerio Público se le otorgan poderes eficaces para la persecución penal, al imputado para poder hablar realmente de igualdad de oportunidades deben adjudicársele derechos suficientes para resistir la persecución.

Como todo el poder estatal no es absoluto (en un Estado de derecho); debe ejercerse racionalmente; no arbitrariamente; es un poder sujeto a limitaciones: una de ellas es el derecho de defensa, que racionaliza y legitima el juicio.

### 3.2.1 Derecho a la presunción de inocencia

El imputado debe ser tratado como inocente durante el proceso, y la prisión preventiva, debe ser una medida excepcional, fundada estrictamente en la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso.

Que el imputado preste su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad, a fin de iniciarse el trámite correspondiente, no implica necesariamente la aceptación de su responsabilidad o culpabilidad en los hechos imputados, puesto que de lo contrario, se estaría vulnerando su derecho de defensa y la presunción de inocencia. Así lo establece el Artículo 14 del Código Procesal Penal que regula: “Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que éste Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado”.

Ferrajoli citado por Díaz Cantón, al referirse a los pactos sobre la pena y sobre el procedimiento, afirma: “Todo el sistema de garantías queda desquiciado cuando el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de

aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de prometer la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación, cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales. Incluso la propia naturaleza del interrogatorio queda pervertida: ya no es medio de instauración del contradictorio a través de la exposición de la defensa y la contestación de la acusación, sino relación de fuerza entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene que asumir obligaciones probatorias, sino presionar sobre el segundo y recoger sus auto-acusaciones. En el mismo sentido, se sostiene que se afecta el principio de proporcionalidad entre delito y pena, pues en este caso la pena depende de la conducta procesal del acusado y no de la gravedad del acto<sup>4</sup>.

### 3.2.2 Derecho a un debido proceso

El debido proceso, es el proceso penal formal seguido contra una persona bajo el amparo de las garantías que establece tanto la constitución como las leyes vigentes, dentro de un plazo preestablecido, con todas las formalidades y solemnidades señaladas por las leyes procesales, reconociendo al imputado su condición humana y sus derechos inherentes.

Es el conjunto de disposiciones materiales de la aplicación de la justicia integradas en garantías fundamentales, sistematizadas para la adecuada prestación o impartición de

---

<sup>4</sup> **Juicio abreviado vs. Estado de derecho**, págs. 271 y siguientes.

justicia exigida por la constitución y cuya finalidad es permitir a los justiciables la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a un proceso penal justo, equitativo, veraz, imparcial y definitivo.

En términos mas bien generales, podríamos decir que el debido proceso enmarca e integra a los demás principios, pues los mismos son los que juntos generan el debido proceso.

### 3.2.3 La publicidad del proceso

La publicidad constituyó una de las pretensiones políticas más importantes de la revolución francesa. Esta garantía, prevista en el Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, concierne al control de la justicia penal por la colectividad. Los asuntos penales son demasiado importantes como para que se los pueda tratar secretamente, por lo que resulta indispensable que el público controle el procedimiento. El público puede asistir personal o físicamente a las actuaciones judiciales que se conoce como publicidad inmediata o bien el público puede acceder a ellas mediante la interposición de algún medio de comunicación social que se conoce como publicidad mediata.

Obviamente la publicidad popular no está libre de objeciones jurídico-políticas, pues puede:

- Ser utilizada por elementos ilegales para burlar el derecho material y ejercitar los derechos procesales abusivamente;
- Inducir a las personas que participen en el juicio a impresionar al público:
- Poner en peligro la dignidad del debate oral produciendo y aumentando la excitación de las masas;

- Desprestigiar al imputado y a los testigos en su honor o en su esfera privada, ante todo el mundo.

Pesa más la consideración de que un proceso penal secreto, por concienzudo y legalmente que se practique, tiene en contra de sí la impresión de que hay en él algo que necesita ocultarse. Al respecto, señala Hassemer citado por Guillermo Caballeras Torres: “Aún cuando la publicidad del procedimiento constituye un factor peligroso, es un elemento necesario para el discurso institucional”<sup>5</sup> puesto que representa la posibilidad de control por parte de la comunidad del cumplimiento de los especiales presupuestos de la comprensión escénica y, asimismo, la posibilidad de autolegitimación de las decisiones de los miembros del tribunal de sentencia quien tiene a su cargo la etapa de Juicio.

El principio es que el juicio sea público no así la etapa preparatoria y la etapa intermedia, que son reservados, es decir, de conocimiento exclusivo de las partes, tal como lo regula el Artículo 314 del Decreto No. 51-92 Código Procesal Penal donde establece que todos los actos de la investigación serán reservados para los extraños, asimismo que las actuaciones solo podrán ser examinadas por el imputado y las demás personas a las que se les haya acordado alguna intervención dentro del proceso.

Aunque esta garantía, a la vez es un derecho para los ciudadanos, no es absoluta pues sufre de algunas excepciones que son reguladas por el Decreto No. 51-92 en su Artículo 356 donde señala que el debate será público, no obstante el tribunal puede resolver ya sea de oficio o a petición de parte que el mismo se efectúe total o parcialmente a puerta cerrada en algunas circunstancias, como cuando afecte al pudor, la vida o integridad de alguna de las partes o de un tercero, cuando afecte gravemente el orden publico o la seguridad del Estado, cuando peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial pues su publicidad traería consigo responsabilidades jurídicas o bien cuando sea examinado un menor para evitar algún peligro.

---

<sup>5</sup> El Estado de derecho y sus principales características, pág. 197.

La garantía de la publicidad del proceso penal, a su vez exige la incorporación de los principios de oralidad, inmediación y concentración, este último muy relacionado con la garantía de celeridad procesal. Sin ellos la publicidad pierde esencia y se transforma en una reunión de actos sin unidad de sentido y con la posibilidad muy seria de tergiversarse. Si no hay oralidad, el juicio se transformaría en un juicio leído; si no hay inmediación no habría una real fase probatoria y no podría establecerse una verdadera comprensión escénica del proceso.

### 3.3. Injerencias contra la independencia judicial que afectan la igualdad del proceso

Es de recordar, que más allá de los mecanismos establecidos para garantizar la independencia judicial, es el juez quién debe en forma personal ser el principal custodio de la independencia que la ley le confiere en el ejercicio de sus facultades y así mismo deberá defenderla. Pero independencia, debemos aclarar, no es arbitrariedad ya que su función se encuentra limitada específicamente por el ordenamiento jurídico, en especial por la Constitución Política de la República de Guatemala y por las demás leyes, para aplicarlas a un caso concreto, así mismo la libertad de juzgar y ejecutar lo juzgado se encuadra en base a los hechos que se presentan y reconstruyen a lo largo del proceso.

### 3.4. Injerencias externas por parte de los grupos de poder

La independencia externa garantiza al órgano jurisdiccional, autonomía respecto de otros poderes públicos, así como también, como se manifiesta en la actualidad guatemalteca, de grupos de presión no institucionales. No debe perderse de vista que la independencia judicial no es sólo una prerrogativa profesional de quienes conforman la administración de justicia, sino una garantía prevista para todos los ciudadanos, ya que es a ellos, a quienes debe asegurarse que las decisiones, actuaciones y participación en el proceso penal serán de conformidad con el ordenamiento jurídico y que éstas no estén sujetas a presiones externas.

El deber del Estado de Guatemala es “garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona” como lo regula la Constitución en el Artículo 2, es importante que el desempeño del órgano jurisdiccional esté dotado de transparencia para que prevalezca la justicia, es así como en el mismo cuerpo legal pero en su Artículo 203 regula que “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, corresponde a los tribunales la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado...”, así mismo regula que “la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, claro que en forma gratuita y respetando la publicidad en el proceso, la cual se encuentra regulada en el Artículo 14 de nuestra Constitución Política de la República de Guatemala.

Es acá donde cobra vital importancia el Artículo 14 de nuestra Constitución que regula “...nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos...”, de igual forma el Artículo 7 del Código Procesal Penal instituye que “...nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa”, lo que deberá llevarse a cabo por “jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la constitución y a la ley”.

Expone Alberto Binder que: “El juez natural debe ser, también un mecanismo que permita lo que podríamos llamar un “juzgamiento integral del caso. Es decir debe asegurar que el juez esté en condiciones de comprender el significado histórico, cultural y social del hecho que debe juzgar”<sup>6</sup>.

En el juez natural encontramos la importancia de la competencia para conocer de determinado proceso, encontrándonos frente a la facultad que tiene un juez de aplicar la ley penal a un caso concreto, esto claro esta según la distribución de grado, territorio y

---

<sup>6</sup> **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**, pág. 45.

materia distribuidas previamente en la ley con criterios generalizados que garanticen a la población que serán juzgados por jueces imparciales e independientes.

El asociacionismo de jueces, fiscales y defensores es uno de los mecanismos que permiten a la función judicial del Estado de Guatemala proteger la independencia judicial, que contribuye a contrarrestar el ejercicio de poderes externos a la administración de justicia que interfieren con el accionar en la averiguación de la verdad.

### 3.5. Injerencias internas contra la independencia judicial

Es necesario para garantizar la independencia judicial, externa e interna, y avalar la imparcialidad que es fundamental para la existencia de una judicatura democrática y profesional, es el nivel técnico de los jueces y magistrados en el ámbito jurisdiccional y a su vez de fiscales y defensores con entrenamiento profesional, en su conjunto los sujetos procesales son garantes de los derechos humanos de los ciudadanos y tienen a su cargo la importante tarea de resolver en forma pacífica los conflictos, que como se mencionaba anteriormente es una función política y social de gran importancia. Es de vital importancia la desarrollar la profesionalización de los que tienen en sus manos tan importante tarea, debiendo estructurar de tal manera su función que las personas con más alta calificación técnica tengan acceso a ella.

De conformidad con nuestra Constitución “en Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos” en el Artículo 4, garantizando de esta forma la igualdad en el proceso así como la observancia de de todas las garantías y derechos que la constitución y las leyes establecen; siendo el encargado de esta función, el juez, ya que debe aplicar estas garantías y derechos sin atender a circunstancias como el sexo, status social, nivel intelectual, credo, raza o condición y mucho menos a injerencias derivadas de otros poderes del Estado.

Es así como de Pina Vara, citado por Trejo Duque argumenta que: “Es el trato igual en circunstancias, que significa la prohibición de toda decisión o norma legal de carácter discriminatorio por parte de los órganos estatales. La igualdad ante la ley, se ha dicho, es un caso de razonabilidad de las leyes que representa una garantía constitucional y una valoración vigente en todos los países constituidos sobre la ideología demoliberal. La expresión, igualdad ante la ley, debe ser entendida en sentido de igualdad ante el derecho”<sup>7</sup>.

La igualdad debe establecerse desde el momento mismo del inicio del proceso garantizando especialmente que el Ministerio Público y el sindicado se encuentren en igual de condiciones que le permitan a este último la posibilidad de ejercer sus derechos a través de todo el proceso, teniendo conocimiento de los elementos probatorios que existen en contra de él.

La independencia interna le garantiza al juez autonomía respecto al poder de los propios órganos de la institución judicial. La forma de garantizar este tipo de judicaturas es con el reconocimiento que todos los jueces son iguales y que la única diferencia radicada entre ellos es por razón de competencia. Los jueces y tribunales no pueden dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las leyes ni tampoco pueden aprobar, censurar o corregir la aplicación o interpretación hechas por sus inferiores, jerárquicamente hablando, sino cuando administran justicia en virtud de los recursos legales.

---

<sup>7</sup>Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal, pág. 105.



## CAPÍTULO IV

### 4. Análisis de la discrecionalidad del principio de oportunidad y sus repercusiones procesales en Guatemala

En los años 80 y 90 un movimiento reformador se propagó por Latinoamérica, en la búsqueda de un juicio oral y la instauración de un sistema acusatorio que se adaptara a las nuevas realidades políticas de estos países. El Código Modelo para Iberoamérica es un ejemplo de estos esfuerzos. Varias instituciones jurídicas propias del sistema anglosajón fueron tenidas en cuenta a la hora de elaborar los nuevos Códigos de Procedimientos Penales, entre ellas, las relacionadas con el principio de oportunidad, y gradualmente se ha ido adoptando en las legislaciones del continente, generalmente como excepción al principio de legalidad, tomando en cuenta los factores de decisión del órgano encargado de la función investigativa en lo referente al ejercicio de la acción y la persecución penal.

Varios factores explican este cambio, de un lado encontramos que, el crecimiento de la delincuencia produjo en Guatemala congestión judicial, lo que a su vez obligó al Ministerio Público a concentrarse en ciertos delitos, dejando sin respuesta crímenes que eran denunciados pero no atendidos, aplicando de facto el principio de oportunidad. Entre más limitados fueran los recursos en el país, mayor era el espectro de delitos que no eran investigados. Ello a su vez tiene un impacto sobre la comunidad, que no pone en conocimiento de la justicia diversos crímenes que se presume no serán investigados, generando de este modo un círculo vicioso de impunidad. Incorporar el principio de oportunidad significaría reconocer que en la práctica se efectúa tal selección, y que es mejor que la misma la realice el legislador y no arbitrariamente el sistema judicial. También simpatizaría por la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad, aplicando discrecionalidad, pero es de preguntarse, ¿a que costo?

Otra consideración, esta vez desde la perspectiva de los derechos del imputado, se utilizó a favor del principio de oportunidad. En el caso de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, debía otorgarse al fiscal la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada, dado los efectos psicológicos de las penas cortas privativas de libertad, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.

Para evitar una colisión con el principio de legalidad, es preferible en los países de tradición jurídica continental europea instaurar el principio de oportunidad como excepción al de legalidad. La regla general es la persecución de todos los delitos; los casos en que puede aplicarse el principio de oportunidad deben estar taxativamente consagrados en la ley, para evitar la indiscriminada aplicación de este principio.

Según Julio Maier: “La posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones político criminales”<sup>8</sup>, es lo que establece como oportunidad.

Un proceso penal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio iniciando el procedimiento o provocando su sobreseimiento, destacando su implementación en el ámbito procesal del derecho penal.

“Desde la supresión de las hostilidades particulares y la venganza privada en la Europa medieval, ostenta el Estado el derecho a juzgar los crímenes y castigar a los responsables. El monopolio estatal en la imposición de la pena ha sido desde entonces una constante prácticamente universal fundada en el interés público de persecución de

---

<sup>8</sup> La víctima y el sistema penal, pág. 48.

los delitos. Pero la cuestión acerca de la definición de los delitos que debían castigarse fue resuelta de distinto modo, según el sistema jurídico en que se aplicó. La tradición jurídica continental europea instauró el principio de Legalidad, según el cual todo hecho que aparezca como delictivo debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados penalmente. Una vez iniciada la persecución penal, no puede suspenderse, interrumpirse o hacer cesar. El sistema jurídico anglosajón, por el contrario, implantó el principio de oportunidad, que consiste en la disposición de la acción penal al criterio del ente estatal al que se encomienda la persecución penal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción. Puede citarse como ejemplo el sistema procesal penal Estadounidense, donde el fiscal puede elevar la acción o abstenerse de hacerlo, cuando hay gran probabilidad de que el acusado ha cometido un delito, e incluso puede negociar con él su pena, sin sujeción a limitaciones (plea bargaining), y el juez sólo decide sobre los términos de la negociación. Adicionalmente, el imputado puede declararse culpable (guilty plea) para evitar ser juzgado por un jurado y ser condenado por un hecho más grave o por una pena mayor. Mediante el uso de estas figuras asociadas al principio de oportunidad, se resuelven la mayoría de los casos en Estados Unidos”<sup>9</sup>.

#### 4.1 La discrecionalidad en la función del Ministerio Público

El principio de oportunidad necesariamente debe ser visto en el ámbito del derecho procesal penal, actualmente, el proceso penal propio de un Estado democrático de derecho tiene por fines, tanto la satisfacción de los intereses del Estado en la aplicación del *ius puniendi*, como el resguardo del derecho a declarar la libertad del ciudadano inocente, la reparación de la víctima y la reinserción del imputado. Entonces, pues, la aplicación de los criterios de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal armoniza, indiscutiblemente, con tales fines.

---

<sup>9</sup> Spota, Alberto Antonio, **Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad, en el ámbito penal**, pág.135.

En efecto, sólo tratándose de casos en los que se produce una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando la responsabilidad del imputado resulta escasa, el Fiscal y el autor del delito pueden decidir sobre la procedencia de un juicio oral. Ambos se hallan facultados para negociar, tomando en cuenta los intereses resarcitorios de la víctima, acerca del no ejercicio de la acción penal a cambio del otorgamiento de una reparación por el daño ocasionado. De esta manera, pues, se abre en el campo penal un espacio para el consenso.

Entre las razones que propician la oportunidad en el proceso penal guatemalteco se pueden señalar: La búsqueda de la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos que merecen el concurso del derecho punitivo, favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la búsqueda de la celeridad procesal, la revitalización de los objetivos de la pena, la ratificación del principio de igualdad, la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y contribuir a la consecución de una justicia material por sobre la formal, entre otros.

El crecimiento de la delincuencia en Guatemala ha producido congestión judicial, lo que a su vez obliga al Ministerio Público a concentrarse en determinados delitos, dejando sin respuesta crímenes denunciados pero no atendidos. Entre más limitados se hacen los recursos en el país, mayor es el espectro de delitos que no serán investigados. Lo que a su vez tiene un impacto sobre la comunidad, que no pone en conocimiento de la justicia diversos crímenes que se presume no serán investigados, generando de este modo un círculo vicioso de impunidad.

El problema concretamente se puede definir en la importancia que el Ministerio Público aplique en forma directa el principio de oportunidad significa una atención pronta del caso, con búsqueda de una solución afín a los principios del proceso penal y a sus fines, ya que no se retarda la justicia, se permite descongestionar el sistema de

justicia, también se cumple con la celeridad procesal, al abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad, aplicando el criterio de oportunidad.

Otra consideración, esta vez desde la perspectiva de los derechos del imputado, es en el caso de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, donde el fiscal tiene la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada, dado los efectos psicológicos de las penas cortas privativas de libertad, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, situación que se realiza bajo el amparo de otras figuras jurídicas poco adecuadas para los fines del proceso, ejemplo de ello el archivo, regulado en el Artículo 327 del Código Procesal Penal.

La amplitud de las causas y su dependencia de la política criminal del Gobierno de Guatemala, hacen que la lista del Artículo 25 del Código Procesal Penal, sea enunciativa. En este punto, la solución del ordenamiento jurídico guatemalteco podía haber sido más apropiada y determinar claramente en que momento debe aplicarse la oportunidad, fijando su margen práctico dentro las facultades del agente fiscal del Ministerio Público, quién objetivamente es el que se encuentra en contacto directo con la investigación y puede en determinado momento aplicar la oportunidad como una forma de desjudicialización eficaz en el proceso, descongestionando el sistema de justicia, es de esta forma que se abre en el campo penal un espacio para el consenso y una solución viable, célere y certera del caso.

Es urgente en Guatemala abrir espacios de resolución de conflictos y que mejor que con herramientas que nuestra propia legislación puede proveernos, con la reforma al Código Procesal Penal, en su Artículo 25, en el sentido de ampliar las funciones del agente fiscal del Ministerio Público otorgándole facultades para poder, bajo el criterio objetivo de éste, motivar la desjudicialización e implementándola en sus funciones, con la posterior homologación del órgano jurisdiccional, lo que otorgaría a su actuación, legalidad y armonizar el proceso con sus principios inherentes la celeridad, economía

procesal, oralidad, seguridad y certeza jurídica, sin dejar a un lado el ánimo de resolver los conflictos sociales en concordia con los fines del proceso.

Existen herramientas más eficaces de desjudicialización que pueden implementarse desde el derecho penal sustancial, y que no atentan contra algo tan valioso y tan urgente en Guatemala como la credibilidad en el sistema judicial y el respeto a la ley. De la confianza que el ciudadano tenga en la justicia y de la protección que sienta del derecho depende la seguridad del Estado, más que de la acción represiva o el uso de la fuerza, es importante destacar que se atenta no solo con la credibilidad del sistema penal sino contra sus propios principios procesales, se aleja de la celeridad, no advierte a la economía procesal y sustenta la impunidad, ya que una autorización judicial crea burocracia mientras que la homologación o judicación posterior del juez de una medida desjudicializadora permitiría establecer justicia certera en un determinado caso revistiendo la actuación del agente fiscal de legalidad y atendiendo a la oportunidad.

Este punto conduce a una reflexión, un sector de la doctrina opina que el principio de oportunidad termina con la hipocresía del Estado, que sostenido en el principio de legalidad aseguraba perseguir todos los delitos, cuando en realidad se concentraba en aquellos que no afectarían intereses económicos o políticos. El principio de oportunidad sería entonces una forma de admitir que el Estado es incapaz de perseguir todas las conductas criminales, y podría evitar la selección arbitraria que se efectuaba en el sistema judicial, al contemplar expresamente los casos en que el Estado renuncia a la persecución penal. Sin embargo, el principio de oportunidad guarda en su esencia misma un fundamento que podría igualmente tacharse de hipócrita, o al menos contradictorio. De un lado, el Estado criminaliza una serie de conductas en el Código Penal y posteriormente eleva todas las penas; de otro, desjudicializa esas mismas conductas en el Código de Procesal Penal. Todo ello deja la sensación de que se desea engañar al ciudadano, haciéndole creer que lo que las leyes penales condenan será efectivamente juzgado por el Estado.

Existen herramientas más eficaces de desjudicialización que pueden implementarse desde el derecho penal sustancial, y que no atentan contra algo tan valioso y tan urgente en Guatemala como la credibilidad en el sistema judicial y el respeto a la ley. De la confianza que el ciudadano tenga en la justicia y de la protección que sienta del derecho depende la seguridad del Estado, más que de la acción represiva o el uso de la fuerza.

#### 4.2 La relación del sistema acusatorio, el principio contradictorio y la oportunidad procesal en el proceso penal guatemalteco

En relación con las causas de aplicación del principio de oportunidad, es necesario reflexionar sobre su aplicabilidad y las formas en que puede afectar el ejercicio de la acción y por coincidente a la persecución penal dentro del proceso penal guatemalteco. A diferencia del principio de legalidad, no existe una definición jurídica regulada del principio de oportunidad; este motivo, aunado al hecho de la clara interrelación a través de la historia entre ambos, conduce a que todo concepto sobre el principio de oportunidad vaya necesariamente ligado a la del principio de legalidad en el ámbito procesal penal.

Al igual que Guatemala, otros países europeos y Alemania han introducido a sus ordenamientos jurídicos la institución jurídica de la oportunidad, sin dedicar gran atención a la definición del principio, al que entienden únicamente como excepción al principio de legalidad, sin especificar las facultades que éste conlleva y delimitar su ámbito de aplicación.

Incorporar el principio de oportunidad como parte del ordenamiento jurídico y no como una mera suposición doctrinaria, significaría reconocer que en la práctica se efectúa tal selección, y que es mejor que la misma la realice el legislador y no arbitrariamente el sistema judicial. También simpatizaría por la celeridad procesal, al

abstenerse de investigar hechos de mínima lesividad, aplicando discrecionalidad lo que permitiría llevar más allá de una decisión jurisdiccional el hecho de aplicar justicia.

#### 4.3 La persecución penal y la discrecionalidad de la misma

El Estado de Guatemala se organiza con el fin proteger a la persona humana, planteándose como objetivo primordial alcanzar el bien común y para lograrlo, se propone garantizar a los habitantes: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; todo esto, sabiendo de antemano que para que exista una convivencia pacífica entre estas implica proveerles de formas equánimes que resguarden sus intereses particulares en la esfera de la armonía social, proyectándose a evitar conflictos y resolverlos cuando surjan.

Estos principios y garantías constituyen en sí el marco de referencia sobre el cual se debe desarrollar la ley procesal penal para proteger una justicia eficaz en el menor tiempo posible; es decir, reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, todo esto para evitar la dispersión de los mismos y con el objetivo de acelerar el proceso, ya que la respuesta estatal debe ser rápida, sencilla y en vista que el proceso penal supone una conjunción de recursos materiales y humanos que principalmente son absorbidos por el Estado, es de suma importancia implementar medidas que tiendan a simplificar el procedimiento en su totalidad y evitar así la pérdida innecesaria de tiempo y recursos, para obtener eficacia en las resoluciones judiciales y credibilidad en las mismas.

Criterio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público de abstenerse de ejercer la acción penal, previa autorización judicial, debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación del bien jurídico tutelado, a circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando este sufre consecuencias de un delito culposo, como es el caso de la pena natural; será solicitado por el Ministerio Público por medio de un escrito presentado ante el juez que controla la investigación, este puede ser solicitado

desde que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta el inicio del debate según el Artículo 286 del Código Procesal Penal, sin embargo por la naturaleza misma del criterio de oportunidad lo conveniente es que este se aplique lo antes posible ya que por los objetivos que persigue, desjudicializar y descargar de trabajo al agente fiscal, prácticamente no tendría efecto.

La solicitud del criterio de oportunidad es una facultad del fiscal para abstenerse de ejercitar la acción penal pero también es un derecho otorgado a las partes ya que tanto el imputado, su defensor o el querellante tienen la facultad de provocar una audiencia de conciliación a la que acudirá incluso el fiscal lo que hace posible la inclusión del resarcimiento del daño en nuestro ordenamiento jurídico ya que si existe acuerdo por las partes en solucionar el conflicto de una forma menos gravosa para el imputado, un resarcimiento del daño ocasionado pondría fin al proceso.

El criterio de oportunidad es una manifestación jurídica de la necesidad del agente fiscal del Ministerio Público, con el objetivo de delimitar el campo de investigación a delitos de alto impacto social, de esa forma la decisión del Ministerio Público es controlable desde varios puntos de vista, el imputado y su defensor, el querellante y la más importante, la forma de control la jurisdiccional, selección que se da en nuestro sistema penal y que se da igualmente en todos los sistemas penales del mundo, con el objetivo principal de la racionalizar el sistema de justicia.

Es importante destacar que la oportunidad permite el mejoramiento y la implementación de nuevas formas, para nosotros, de desjudicialización siendo el caso del resarcimiento del daño como medio eficaz, en otros sistemas penales, de resolver conflictos en donde la participación de la víctima dota al juzgador de alternativas imprescindibles al aplicar justicia, ya que, al estar de acuerdo los sujetos procesales en el resarcimiento del daño ocasionado provoca una resolución judicial eficaz, resolviendo el conflicto, descongestionando el sistema y cumpliendo con sus fines; al apreciar la efectividad de este tipo de desjudicialización es posible el planteamiento de la aplicación de éstas, a nuevos tipos penales en donde pueda resarcirse el daño y exista

consentimiento del agraviado, como en los delitos patrimoniales cuyas penas no excedan un número determinado de años y que presenten circunstancias especiales para su aplicación.

Con la aplicación del principio de oportunidad se da una solución para la racionalización de la administración de justicia penal, porque evita que todos los delitos cometidos en una sociedad deban ser atendidos por el sistema.

El principio de oportunidad obedece a la necesidad de racionalizar la investigación. Para evitar abusos en la oportunidad y el principio de legalidad, se resuelve respondiendo la siguiente interrogante ¿todos los hechos punibles deben perseguirse?

El principio de legalidad obliga por su parte a investigar todo lo que de oficio surja o parezca como de competencia de la justicia penal, es decir que no esté sujeto a querrela o petición de parte especial, en consecuencia el principio de legalidad no da margen a la discreción de la Policía ni de la fiscalía. Sin embargo, de facto se da esa discreción puesto que la ley en todos los sistemas tiene previsto válvulas de escape al proceso penal o mecanismos de desvío.

Establece Roxin que: “Por principio de oportunidad debemos entender aquél que permite al fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad contigua en la certeza”<sup>10</sup>, este autor conceptúa el principio de oportunidad relacionándolo con el principio de legalidad. Tal relación es de excepción y, de esta manera, “el principio de oportunidad es la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la que se autoriza al fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo, archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> **Política criminal y estructura del delito**, pág. 95.

<sup>11</sup> **Ibid.**

Según el autor Gimeno Sendra: “El principio de oportunidad es la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”<sup>12</sup>.

“Es una facultad o potestad que tiene el representante del Ministerio Público, supone la discrecionalidad de la actuación en la persecución penal, la libertad absoluta de adoptar cualquier decisión facultativa, más no es una obligación, ya que la norma indica “podrá...” más no señala que “deberá”, y siempre que se cumplan con ciertos requisitos exigidos por la ley en casos específicos. Cuando se aplica, prácticamente, no se impone una sanción penal al imputado, se fija una reparación civil a favor del agraviado, o en su caso deberá haber un acuerdo entre estas partes. De otro lado, también se da cuando el agente se haya visto afectado gravemente por las consecuencias de su propio accionar ilícito, caso en el cual, ya no sería necesario imponerle una sanción (falta de necesidad de pena). El Principio de oportunidad sólo debe aplicarse en aquéllos casos establecidos por la misma norma, que son de escaso impacto social (falta de merecimiento de pena) y de mínima culpabilidad (que también son considerados por razones de falta de merecimiento de pena); resultando improcedente la aplicación del referido principio en los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> **Derecho procesal penal**, pág. 124.

<sup>13</sup> **Ibid**, pág. 330.



## CAPÍTULO V

### 5. El principio de oportunidad procesal

#### 5.1 Definición

Tomando como marco de referencia su regulación en el Código Procesal Penal, podemos decir, que el principio de oportunidad es aquel por el cual se concede al Ministerio Público la facultad de perseguir o no, hechos que se encuentren en determinadas situaciones expresamente previstas por la ley, que afectan al hecho mismo, a las personas a las que se les pueda imputar o a la relación de éstas con otras personas o hechos. También podemos decir que el principio de oportunidad consiste en la facultad que posee el órgano público encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal.

En una noción más amplia, también podemos considerar como comprendido en tal principio toda excepción al principio de legalidad y a la consiguiente obligación que posee el Ministerio Público de ejercitar la acción penal.

Para Bacigalupo: "No debe entenderse como principio de oportunidad exclusivamente a los casos en los que se renuncia a la acción penal del fiscal bajo determinadas condiciones, sino a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo"<sup>14</sup>.

El profesor José Cafferata Nores expresa con relación al principio de oportunidad, como: "La posibilidad que la ley acuerde a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren

---

<sup>14</sup> Principios de derecho penal, pág. 102.

las condiciones ordinarias para perseguir y castigar"<sup>15</sup>; significa que, sobre la base de la vigencia general del principio de legalidad, se admiten excepciones por las razones de oportunidad que se encuentren previstas como tales en la ley penal, tanto en sus motivos como en sus alcances.

Gimeno Sendra, lo considera como: "La facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado"<sup>16</sup>, Otra definición citada por el autor Gimeno Sendra en forma clara y precisa, es la de Von Hippel, para quien el: "Principio de oportunidad es aquél en atención al cual el fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente"<sup>17</sup>.

José María Tijerino Pacheco, abogado y profesor de la Universidad de Costa Rica, al comentar el Código de su país, señala que: "Ningún principio procesal es absoluto, en el caso de la oportunidad, el mismo considera que este atempera, mitiga, flexibiliza el principio de legalidad; sin afirmar que lo deroga lo analiza como una excepción"<sup>18</sup>.

Julio Maier, sostiene: "Oportunidad significa..., la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se le encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible, o inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales"<sup>19</sup>. Él mismo afirma que oportunidad y legalidad circulan por veredas distintas. Nos recuerda que mientras en nuestro régimen, la oportunidad es una excepción a la legalidad, en los sistemas anglosajones, la disponibilidad de la acción por ejercicio de criterios de oportunidad es la regla.

---

<sup>15</sup> **La prueba en el proceso penal**, pág. 234.

<sup>16</sup> **Ob. Cit**; pág. 220.

<sup>17</sup> **Ibid**; pág. 224.

<sup>18</sup> Colegio de Abogados de Costa Rica, **Reflexión sobre el nuevo proceso penal**, pág. 37.

<sup>19</sup> **Derecho procesal penal argentino**, pág. 52.

Por ello, de acuerdo al sistema legal del que se trate y la intensidad con la que se aplique este principio podemos hablar de legislaciones que poseen este principio como regla, y otros como excepción.

Sea cual fuese el punto de vista desde el que se analice doctrinalmente, todos los autores se hallan de acuerdo en la enorme necesidad que existe de contemplar el ejercicio de criterios de oportunidad, fundado en motivos prácticos de política criminal.

Se puede afirmar que la oportunidad reglada, tasada, sirve para el descongestionamiento de trabajo, es un medio alternativo de resolución no violenta de conflictos.

El Ministerio Público tiene fundamentada su participación en el proceso penal como órgano acusador en ejercicio del principio acusatorio, que motiva la separación de funciones entre órganos de la administración de justicia en el Código anterior no existía la separación ni independencia de funciones ya que los jueces, investigaban, juzgaban y ejecutaban sus decisiones, se encargaban de averiguar los delitos y el Ministerio Público no tenía un papel relevante dentro del proceso. Actualmente con el cambio del sistema inquisitivo al acusatorio se puede en mayor escala garantizar constitucionalmente, la separación entre la potestad de juzgar y la facultad de investigar ya que con la separación de funciones, se ha señalado que la investigación de los hechos delictivos no forma parte de la jurisdicción como potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado.

También, la oportunidad permite concentrar la actividad requirente y la erogación de los gastos públicos que ello implica en la actividad persecutoria de hechos punibles, que afectan más incisivamente a la sociedad, posibilitando una mayor eficiencia en el sistema penal. Asimismo, la oportunidad permite la descriminalización de hecho de ciertas conductas, reservando la coerción penal como respuesta a casos de extrema violencia como impulso al principio moderno del derecho penal de la mínima intervención del Estado.

## 5.2 Clases de oportunidad

En cuanto a las clases de oportunidades existentes, podemos hablar de la oportunidad libre y oportunidad reglada.

### 5.2.1. Oportunidad libre

Se entiende por oportunidad libre, cuando el titular del Ministerio Público posee un libre poder de disposición de la acción penal, vale decir que, puede iniciar o no una acción; o, en caso de haberla iniciado, puede desistirla, o negociar con el imputado una reducción de pena o de los cargos como contrapartida de una confesión, o también renunciar a la acusación por determinado delito cuando el acusado colabore con el descubrimiento de otro delito más grave, etc. Esta forma de manifestación del principio de oportunidad es la que rige generalmente en el derecho anglosajón.

### 5.2.2. Oportunidad reglada

La oportunidad reglada es la existente en los ordenamientos donde la propia ley establece las condiciones de aplicación del principio de oportunidad, en esencia no es una excepción al principio de legalidad, sino una variedad del mismo principio.

La aplicación del principio de oportunidad, surge como una solución para aquellos hechos de poca trascendencia.

Nos indica María del Carmen Roser que: “La oportunidad como excepción: de vigencia en Alemania, implica la consagración del principio de legalidad pero se admiten supuestos de excepción taxativamente enumerados por la ley y en general, sujetos a la aprobación del tribunal. Este criterio, es el más adecuado, pero requiere que la selección que se realice mediante su utilización, opere en forma transparente, racional e igualitaria,

con control jurisdiccional. "Dentro de esta posición cabe, a su vez, la aplicación de diversos criterios: a) aplicación en cualquier etapa del proceso, b) aplicación a la promoción de la acción o a su ejercicio posterior. En general la doctrina acepta la aplicación del principio durante el ejercicio de la acción, pudiendo los casos seleccionados como no prioritarios, canalizarse una vez promovida la acción, por criterios de oportunidad"<sup>20</sup>.

Mediante el principio de legalidad y su contrario, principio de oportunidad, podemos conocer en el ámbito del derecho procesal penal, cuándo y bajo qué condiciones debe incoarse, no incoarse, continuar o no continuar la persecución penal.

Por tal razón puede afirmarse, siguiendo el pensamiento de Gimeno Sendra: "Que un sistema procesal penal está regido por el principio de legalidad, cuando el procedimiento penal ha de iniciarse inevitablemente ante la sospecha de la comisión de cualquier hecho punible con la correspondiente intervención de la Policía, de la fiscalía General de la República o del juez, sin que tales órganos persecutores estén facultados para hacer cesar la persecución penal, en tanto subsistan los presupuestos materiales que la han provocado y se haya descubierto al presunto autor. Sin temor a equivocarse, podemos decir que, la legislación procesal penal opta por el principio de legalidad al establecer la obligación a las citadas autoridades para ejercer de oficio la acción penal pública al tener conocimiento de la comisión de un hecho delictivo"<sup>21</sup>.

Frente al principio de legalidad se sitúa su antípoda, es decir, el principio de oportunidad, por el cual los titulares de la acción penal están autorizados, bajo ciertos presupuestos previstos por la ley, a hacer uso de su ejercicio, evitando o impidiendo la persecución penal de hechos punibles.

En definitiva el principio de oportunidad supone que, en determinados supuestos, aunque el hecho tenga naturaleza penal y el autor sea con probabilidad culpable del

---

<sup>20</sup> **Apuntes de derecho procesal penal**, pág. 322.

<sup>21</sup> **Ob. Cit**; pág. 226.

mismo, no se producirán otras actuaciones que aquella, conducente a evitar o cesar el ejercicio de la acción penal.

### 5.3 Ámbito de aplicación de la oportunidad en el proceso

Como señala Maier: “Podemos justificar la aplicación del principio de oportunidad como herramienta eficaz para la desjudicialización de hechos punibles, en aquellos casos donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o, no es necesaria su aplicación; o para contribuir a la eficiencia del sistema penal como método de control social y fórmula de descongestionamiento de la administración de justicia, a los efectos de lograr un tratamiento preferencial de los casos de mayor gravedad que necesariamente deban ser resuelto por el sistema”<sup>22</sup>.

Los criterios de oportunidad priorizan otras soluciones por sobre la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de poca y hasta mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación. Se encuentran dentro de estas soluciones, la reparación de la víctima que hoy se plantea como el tercer fin del derecho penal, o la resocialización del autor por tratamientos alternativos o su rehabilitación, o la pérdida del interés de castigar; o cuando la pena impuesta por otros delitos hace irrelevante perseguir el nuevo; o cuando concurre la misma razón por la gran cantidad de hechos imputados, entre otras propuestas. También se proponen excepciones por razones utilitarias.

La aplicación de tales criterios permite, por un lado, canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales, y asignándole controles. Y por otro, satisfacer la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, para así evitar los irracionales efectos que en la práctica suele provocar el abarrotamiento de causas. En resumen, algunos argumentos sobre los que se apoya la aplicación del principio de oportunidad son:

---

<sup>22</sup> **Ob. Cit;** pág. 335.

- La escasa lesión social producida por ciertos delitos;
- El favorecimiento de la pronta reparación de la víctima;
- La idea de evitar los efectos de especialización criminal de la penas cortas privativas de libertad;
- El objetivo de impulsar la rehabilitación del delincuente mediante su voluntario sometimiento a un proceso de readaptación;
- Lograr un proceso justo, que tenga un desarrollo temporal adecuado a la gravedad del caso y basado en el debido proceso;
- Establecer un tratamiento diferenciado para la criminalidad menor, que permita aplicar mayores recursos a los delitos más graves y complejos.

Existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del círculo vital del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objeto actual de la generalidad. Sin embargo, desde esa perspectiva, el interés público aparece vinculado a aspectos propios de las teorías relativas de la pena, prevención general y especial, pues solo pueden ser circunstancias a tener en cuenta para valorar la existencia del interés público aquellas que sirvan, asimismo, para determinar la finalidad de la pena. Por consiguiente, puede ocurrir, en casos concretos, que pese a la bagatela del hecho, mínima contribución del partícipe o mínimo juicio de reproche, esté presente un interés público que aconseje la no aplicación de un criterio de oportunidad, es decir, que la prudencia recomienda la persecución penal.

Por ejemplo, el interés público se justificaría, en general, cuando la falta de sanción pueda provocar previsiblemente la comisión de más hechos punibles. Una valoración de esta índole debe ser fijada de manera inteligente por el Ministerio Público, pues es un peligro oculto si se utiliza mecánicamente este poder discrecional es que, puede generar

la sensación de falta de seguridad en la ciudadanía, con el consiguiente efecto negativo de eventuales reacciones de autotutela.

En torno al concepto de interés público se ha sostenido de manera general, que este surge cuando el daño causado por el delito trasciende o sobrepasa la esfera de intereses del particular ofendido, es decir, cuando el hecho punible aparte de lesionar un interés privado perturba la paz y seguridad jurídica de la colectividad defendida a través de la persecución penal.

#### 5.4. El interés social como parte del principio de oportunidad

En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

Es necesario advertir que, algunas consideraciones de prevención general podrían privar o tener mayor relevancia sobre otras dentro del ámbito del interés público. En este mismo sentido, consideramos posible la concurrencia de un asunto de escasa culpabilidad en los que resulten necesarios promover la acción penal cuando razones de prevención general así lo demandan. Asimismo, consideraciones de prevención especial podrían justificar el interés público en la persecución, cuando resulte previsible que la omisión de la sanción alentará al infractor a la comisión de más delitos, especialmente tratándose de imputados reincidentes.

El interés público se relaciona estrechamente con la política criminal o política penal. El interés público puede darse en departamentos, regiones, de acuerdo al interés que genere en la sociedad. Ejemplo: en comisión de hechos punibles de mínima criminalidad, se aplica el criterio de oportunidad, pero habiendo un auge delictual de estos, la sociedad siente un manto de impunidad, por lo que el interés público revierte y deja sin efecto la aplicación del criterio de oportunidad.

La discusión en torno a este problema implica el análisis de dos aspectos de interés: por una parte, lleva al intérprete a un examen de los criterios a considerar para valorar la insignificancia del hecho; y desde otra perspectiva, a la consideración de cuáles son los elementos que entran en juego para justificar la eventual proporcionalidad entre el carácter del hecho y los medios dispuestos para la persecución penal, a fin de cuantificar o de dimensionar la eventual necesidad del archivo de las actuaciones. Entiéndase con este término aquellas infracciones penales cuya reprochabilidad al autor del ilícito es mínima y cuyo daño al bien jurídico tutelado se considera de ínfima relevancia; mínima afectación de bienes jurídicos, por consiguiente, no debe entenderse que el hecho carece de las características del hecho penal. La consideración de los hechos como una insignificancia o bagatela se efectúa atendiendo a índices de nimiedad o de falta de significación tales como: el valor económico del daño ocasionado; la ausencia de grave desvalor de resultado del hecho.

#### 5.5. El interés social en pro del principio de oportunidad

En el derecho comparado es posible diferenciar en este grupo de casos las siguientes hipótesis: a) insignificancia del hecho; b) exigua contribución del partícipe, y c) culpabilidad mínima. En los tres supuestos se consideran que la persecución puede carecer de fundamento, no solamente por la mínima insignificancia del hecho, la escasa participación criminal o el poco grado de reprochabilidad jurídico penal, sino porque además en la persecución de la misma, no debe existir interés público.

La insignificancia, pertenece a ese grupo de conceptos legales que dejan la sensación, en una primera instancia de ser determinables a partir de ideas o de presunciones propias del sentido común, pero que en el fondo contienen tal grado de ligereza que se convierten en una puesta abierta para que, en el ejercicio de poder implícito en la definición, se integren o interpreten con meras opiniones de economía procesal o de racionalización administrativa.

Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo insignificante es precisamente aquello que tiene poco desvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene poco desvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es insignificante aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte desproporcional; iv) este último aspecto lleva también a discutir si lo que es insignificante puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la mínima culpabilidad); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho.

Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí, no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, y reprochabilidad, que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad, así como también, los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena y los aspectos correlativos de la medición de la pena, aspectos todos, que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente.

La pregunta sobre cuál hecho es insignificante y cuál no, es una cuestión que no puede resolverse con un mero ejercicio interpretativo de las normas procesales. Se trata de una pregunta central que atiende al contenido material del hecho y, por ende, a su

significado acorde con las reglas del derecho penal material. Atender al argumento de que, al estar "la insignificancia" como un criterio incluido en la ley procesal, debe ser interpretado únicamente de acuerdo con los extremos típicos de estas normas, haría olvidar que esta decisión legislativa en modo alguno excepcional el carácter realizador del derecho procesal de las normas del derecho penal material. Por otra parte, una aceptación de este argumento sería defender una supuesta subordinación del derecho sustantivo al procesal que no existe ni desde un punto de vista constitucional, como tampoco desde un punto de vista práctico.

De este primer punto de vista, resultarán insignificantes aquellos hechos que por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el *ius puniendi* estatal. Esta definición de insignificancia brota, entonces, de la razón de ser, de la base de legitimidad del sistema penal, por lo que puede caracterizarse como una definición sistemática, acorde con el fin de realización de los principios que orienten todo el derecho penal.

La reprochabilidad reducida del autor o participe del hecho debe entenderse el mínimo desvalor de la acción. El reproche reducido implicará un mengua en el conocimiento que se tenga de la antijuridicidad del hecho y la capacidad de que el autor o participe se comporte conforme a la prohibición de la norma.

Para los efectos de establecer la existencia o no de reproche reducido se deben tener en cuenta el desvalor de la conducta del participante en los siguientes casos:

- Tentativa
- Hecho omisivo
- Complicidad

- Culpa
- Dolo eventual
- Ausencia de violencia
- Ausencia de concurso
- Circunstancias que modifiquen la responsabilidad
- Reproche mínimo en las lesiones
- Reproche mínimo en el homicidio culposo

Esto resulta cuando el imputado ha sufrido daño físico o moral grave como resultado de su propia obra delictiva, se puede prescindir de la pena, según las reglas del Código Procesal Penal. Acá se esta en presencia de casos conocidos como de retribución natural, o pena natural, ya que el propio autor sufre un daño como resultado de su propio comportamiento delictuoso. El Prof. Magistrado Don Miguel Alberto Trejo Escobar de El Salvador, refiere: "que ese daño ha de tener las siguientes características: que lo afecte física, síquica o moralmente. En las tres hipótesis el daño debe superar con creces la pena que se puede esperar de su persecución penal"<sup>23</sup>.

#### 5.6. Historia del principio de oportunidad

A los efectos de determinar el ámbito de aplicación del principio de oportunidad y teniendo en cuenta que este sería una derivación del principio de legalidad, convendría a fin de puntualizar el ámbito en que se aplique, recurrir brevemente al origen histórico del

---

<sup>23</sup> Trejo Escobar, Miguel Alberto, **Ensayos doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal**, pág. 404.

principio de legalidad. En ese sentido se tiene que, en los pueblos primitivos rigió el sistema acusatorio bajo la concepción privatista del derecho penal. Ello es que, la acción privada estaba reservada exclusivamente a la víctima. Luego, al surgir los delitos públicos se faculta a todo miembro de la comunidad el ejercicio de la acción con lo que surge la acción popular.

A partir de ahí se empezaron a evidenciar los inconvenientes de la atribución del ejercicio de la acción penal a los ciudadanos, tales como los efectos perniciosos de las extorsiones, y la carencia de motivación para ejercer la acción como deber cívico. A raíz de ello surge la necesidad de establecer un órgano público que se encargue del ejercicio de la acción penal, a los efectos de asegurar la persecución de los delitos, llevando con ello implícito el sometimiento de dicho órgano al principio de legalidad.

Desde entonces, los poderes públicos ya se identifican como los destinatarios naturales del principio de legalidad, operando este principio como garante de la posición de los ciudadanos frente al Estado, y en lo que al proceso penal se refiere, se consideró límite o freno a las potestades del juez, del fiscal y los órganos auxiliares.

El principio de legalidad se concibió como garante de seguridad jurídica en el ámbito del derecho penal sustantivo (en vista de que se exigía el conocimiento previo de los delitos y las penas), mediante la formulación clásica "nullun crimen, nulla poena, sine previa lege". En conclusión, si el principio de oportunidad se plantea como complemento o componente del de legalidad, es decir, si deriva su naturaleza y validez de este último, consecuentemente el ámbito de aplicación del primero (entiéndase principio de oportunidad), será necesariamente el mismo que el del segundo (principio de legalidad), lo que trasladado al campo del proceso penal comprende el marco de facultades y límites de los órganos requirentes y jurisdiccional.

Para cierta parte de la doctrina, dicho principio está ligado a teorías utilitarias sobre legitimación, el fin y los límites de la pena estatal, que persiguen por sobre todo la readaptación del delincuente, vinculado a criterios más realistas de orientación a fines y

consecuencias de la represión delictiva estatal y a conseguir la efectividad real, no ficticia, del sistema de control social.

No corresponde hacer propuestas para una política del procedimiento penal en una relación de tensión a partir de la legalidad y de la oportunidad, debe llamarnos la atención, en cambio, algunas estructuras y cambios, los cuales han de ser observados para el caso de que se desee una determinada mezcla de la legalidad y la oportunidad.

Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal acentúan diferentes partes de las ideas jurídicas: la legalidad, la justicia, la oportunidad, la utilidad (efectividad, la inteligencia política). Una opción político criminal debería por ello observar que la relación entre la justicia, como meta, y la conveniencia como condición restrictiva para la consecución de esa meta, se puede fácilmente expresar de la siguiente manera: tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como (desde el punto de vista actual político y económico) sea necesaria.

El principio de legalidad puede coordinarse con las teorías absolutas de la pena, mientras que el principio de oportunidad con las teorías relativas. El principio de legalidad está para alcanzar el automatismo, la proporcionalidad y la justa represalia por el hecho. El principio de oportunidad está para la ponderación en el caso individual, para la apreciación de las respectivas particularidades y para una inteligente consideración de las consecuencias. Por estas razones, se considera al principio de legalidad como "clásico", y al principio de oportunidad como "moderno", por ello tiene el principio de oportunidad más oportunidades dentro del presente derecho penal orientado a las consecuencias. Pero hay que atender a que un derecho penal configurado acorde con estas "modernas" características, Podría correr el peligro de disimular los nexos clásicos de esta rama jurídica y degenerar en un terrorismo de Estado.

El derecho penal ha de permanecer, en cambio, como la insuperable barrera de política criminal. Las objeciones, que se han formulado actualmente contra las modernas teorías de la pena, pueden ser hechas, *mutatis mutandis*, al principio de oportunidad.

#### 5.7 El sistema acusatorio y el principio de oportunidad

En el procedimiento acusatorio se reconoce ampliamente el derecho de defensa del imputado desde que el procedimiento se dirige en su contra, a raíz de cualquier acto de los organismos encargados de la persecución penal, incluida la policía. El reconocimiento del derecho de defensa, en todos sus aspectos, derecho a ser oído, derecho a producir la prueba, a acceder a ella y a controlarla, y a la defensa técnica, surge de la necesidad del imputado de resistir la persecución penal del Estado y es indispensable para que exista un verdadero juicio que respete el principio de contradicción: Si al Ministerio Público se le otorgan poderes eficaces para la persecución penal, al imputado para poder hablar realmente de igualdad de oportunidades, deben adjudicársele derechos suficientes para resistir la persecución.

Como todo el poder estatal no es absoluto, en un Estado de derecho debe ejercerse racionalmente, no en forma arbitraria; es un poder sujeto a limitaciones, una de ellas es el derecho de defensa, que racionaliza y legitima el juicio.

El principal rasgo del procedimiento inquisitivo radica en la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, lo que obviamente resulta incompatible con el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Como lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la imparcialidad del tribunal tiene una dimensión también objetiva, referida a la confianza que debe suscitar el tribunal en primer lugar en relación con el imputado, para lo cual es preciso que el juez que dicta la sentencia no sea sospechoso de parcialidad, y lo es si ha intervenido de alguna manera durante la fase de investigación.

Uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX fue la división del Poder. El procedimiento penal siguió el mismo principio: dividir el procedimiento, entre un órgano instructor y otro juzgador. Quien instruye, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar sentencia.

El sistema mixto también separa las funciones de investigación y juzgamiento, encomendándoselas a jueces distintos, con lo que asegura el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Sin embargo, el sistema acusatorio es superior al mixto desde el punto de vista de las garantías y de la racionalización del sistema. En efecto, permite, mediante la institución del juez de garantías, controlar la investigación realizada por el Ministerio Público, y asegurar, además, la imparcialidad del tribunal en lo que concierne a la adopción de medidas cautelares que, como la prisión preventiva, entre otras, afectan intensamente los derechos del imputado. En cambio, en el sistema mixto y en esto no difiere del sistema inquisitivo puro, el juez que realiza la investigación no puede, obviamente, controlar la legalidad de la misma, y carece de la imparcialidad en el sentido objetivo señalado, para pronunciarse sobre la procedencia de las medidas cautelares que pueden adoptarse respecto del imputado.

#### 5.8. El principio contradictorio y el principio de oportunidad

Justamente la relación de la legalidad y de la oportunidad en el Proceso Penal es, en la práctica de la administración y de la justicia, menos un problema de los textos legales y mucho más una consecuencia de la efectiva implementación del derecho. Un derecho Procesal, podría unir el proceso penal lo que sería más acertado y correcto dentro de una perspectiva del Estado de derecho si las autoridades de la investigación y los tribunales permiten que sean unidos. Como simple principio, el principio de legalidad es muy débil a fin de poderse realizar en la práctica del procedimiento penal, en cambio las posibilidades del proceso penal de oportunidad son demasiado numerosas, demasiado tentadoras y muy difícilmente controlables. Por ello la efectiva mezcla de legalidad y oportunidad depende, en última instancia, del criterio de las autoridades y de los tribunales, del control a través de la opinión pública y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal. Esto podría, para la opción que contiene actualmente el Código Procesal Penal, llevar a preceptuar un procedimiento penal estrictamente orientado al principio de contradictorio.

El juicio previo ordenado por nuestra Constitución Nacional, se trata de un tema suficientemente conocido por todos y, en la actualidad, ya nadie se atreve a negar que cuando la Constitución Política de la República de Guatemala refiere un juicio oral, público, contradictorio y continuo. Porque, como explica Maier, negar esto es desconocer el proceso histórico-ideológico del cual deriva nuestra ley fundamental y el sistema penal que ella fija. Según esa evolución, el fundamento de una sentencia sólo puede provenir de un debate público e inmediato, ante el tribunal encargado de decidir, integrado, incluso, por ciudadanos. Esto surge, con claridad, de los límites a la persecución penal, del sistema republicano de gobierno. El sistema republicano de gobierno implica la posibilidad de control popular sobre los actos de los poderes públicos y la participación de los ciudadanos en la administración de justicia. Con respecto al jurado, Maier ha señalado, con razón, que el establecimiento del juicio por jurados pudiera generar espontáneamente el debate oral, público, contradictorio y continuo, pues no se conoce, histórica y culturalmente, un juicio con jurados sin audiencia oral y continua, sin la presencia ininterrumpida del acusador, del acusado y del tribunal.

#### 5.9. El principio de oportunidad procesal en la actualidad

En suma, el principio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, bajo determinadas condiciones de abstenerse de su ejercicio, solicitando al órgano la autorización de dicha abstención, aún cuando existan algunos elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación con el imputado lo cual no implica necesariamente la aceptación de su culpabilidad.

#### 5.10. El criterio de oportunidad en el Código Procesal Penal

El Artículo 25, regula: “Criterio de oportunidad. Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados

o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

- 1) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
- 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
- 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años. Los jueces de paz conocerán las solicitudes planteadas por el Ministerio Público o los síndicos municipales cuando la pena privativa de libertad del hecho imputado no supere los tres años hasta cinco, la solicitud a que se refiere este numeral será planteada al juez de Primera Instancia.

Este inciso ha sido reformado por el Artículo 1 del Decreto 51-2002, cuyo texto establece: “Se reforma el inciso 3) del Artículo 25, reformado por los Artículos 3 del Decreto Número 32-96, 1 del Decreto Número 114-96 y 5 del Decreto Número 79-97, todos del Congreso de la República, el cual queda así: “3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad.”

- 4) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;
- 5) Que el inculcado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada;
- 6) El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el

7) orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro. 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 estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá 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 tiene 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 a la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia.

El criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del 1 al 5 de este Artículo no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo”.

Este Artículo fue reformado como aparece por el Artículo 5 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

El Artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, regula: “Requisitos. Para aplicar el criterio de oportunidad en los numerales del 1 al 5 establecidos en el Artículo 25 es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los

conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En caso de no existir una persona agraviada o afectada directamente el Ministerio Público o quien haga sus veces podrá solicitar al juez la aplicación del criterio de oportunidad siempre que el imputado repare los daños y perjuicios causados a la sociedad u otorgue las garantías suficientes para su resarcimiento en el plazo máximo de un año. En caso de insolvencia, el imputado deberá retribuir el daño social mediante la prestación de servicio social a la comunidad en la actividad que el tribunal designe, en períodos de diez a quince horas semanales, durante el lapso de un año en el que deberá observar, además, las normas de conducta y abstenciones que el tribunal le señale. Si desobedeciere las reglas de conducta o abstenciones impuestas cometerá el delito de desobediencia.

Las reglas o abstenciones que pueden imponerse son las siguientes:

- 1) Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez;
- 2) La prohibición de visitar determinados lugares o personas;
- 3) Abstenerse del uso de estupefacientes o de bebidas alcohólicas;
- 4) Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión y oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez;
- 5) Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia fuera de sus horarios habituales del trabajo;
- 6) Someterse a un tratamiento médico o psicológico si fuere necesario;
- 7) Prohibición de portación de arma de fuego;

- 8) Prohibición de salir del país;
- 9) Prohibición de conducir vehículos automotores; y,
- 10) Permanecer en un trabajo o empleo o adoptar en el plazo que el juez determine un oficio, arte, industria o profesión si no tuviere medios propios de subsistencia.

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 hubieren permitido la aplicación del criterio de oportunidad”.

Este Artículo fue adicionado por el Artículo 6 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

Por su parte el Artículo 25 Ter del Código Procesal Penal, establece: “Conciliación. Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el síndico municipal o por el agraviado o el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación.

Presentes las partes, el juez explicará el objeto de la audiencia procediendo a escuchar, en su orden, al fiscal o auxiliar del fiscal o síndico municipal, a la víctima o agraviado y al imputado.

El juez debe obrar en forma imparcial ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz, para propiciar la solución del conflicto. Su función es la

de ser un facilitador en la comunicación y el diálogo constructivo entre las partes. Las partes podrán ser asistidas por sus abogados.

Si se llegare a un acuerdo se levantará acta firmada por los comparecientes. Si no hubiere acuerdo se dejará constancia de ello y continuará la tramitación del mismo.

En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando si así lo hubiere acordado, el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo para la acción civil.

Si el Ministerio Público considera que es procedente el criterio de oportunidad y la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado”.

Este Artículo fue adicionado por el Artículo 7 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

El Artículo 25 Quáter del Código Procesal Penal, regula: “Mediación. Las partes, sólo de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular en los de acción privada así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad excepto el numeral 6o. del Artículo 25, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por personas idóneas, nativas de la comunidad o bajo dirección de abogado colegiado capaces de facilitar acuerdos y una vez obtenidos los mismos se trasladará un acta sucinta al juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales en derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de

título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales”.

Este Artículo fue adicionado por el Artículo 8 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

Y por último el Artículo 25. Quinquies, establece en relación al tema: “Condición. El criterio de oportunidad no podrá otorgarse más de una vez al mismo imputado por la lesión o amenaza mediante dolo del mismo bien jurídico.

El Ministerio Público tomará las previsiones necesarias para dar estricto cumplimiento a esta norma”.

Este Artículo fue adicionado por el Artículo 9 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

#### 5.11. Instituciones del Ministerio Público giradas en relación a la persecución penal en Guatemala

La instrucción general dictada con el número 001-2005 emanada del Despacho del fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público de fecha 7 de marzo 2005 contempla:

- Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 1 que: "El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común". Asimismo el Artículo 251 del mismo cuerpo legal, indica que le corresponde al fiscal General y Jefe del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública.

- Que el Código Procesal Penal vigente ha incorporado en su normativa el principio de oportunidad, como un eje fundamental en la política de persecución del Ministerio Público sujeto a control judicial, con el objetivo que los órganos fiscales puedan realizar una selección racional en sus mesas de trabajo de los casos penales y decidir estratégicamente las respuestas a los múltiples conflictos penales que ingresan al sistema penal.
- Que dado las dificultades de aplicación práctica generadas por distintas interpretaciones en el trabajo cotidiano de los fiscales, se hace necesario el desarrollo operativo del principio de oportunidad para una mejor utilización de los distintos supuestos legales existentes en las medidas desjudicializadoras, y aumentar el nivel de utilización que actualmente se reporta.
- Que el Fiscal General y Jefe del Ministerio Público ha definido un plan de política de persecución penal con el objetivo primordial de darle un giro sustancial al actual desempeño de la institución en su tarea de persecución penal, en el cual se ha establecido la necesidad de girar instrucciones o directrices para la utilización de las medidas simplificadoras del proceso penal común, con el fin de incrementar la utilización de las mismas y optimizar la utilización de los recursos institucionales para la mejor solución de los conflictos criminalizados.

Estableció mediante la instrucción antes citada, la utilización de mecanismos simplificadores del proceso penal común de la siguiente forma:

“I. Generalidades. 1. El objetivo de la siguiente instrucción es dotar a los fiscales Distritales, agentes y Auxiliares fiscales de criterios que permitan una mejor utilización de los mecanismos simplificadores del proceso penal en forma cualitativa y cuantitativa. Por ello se instruye a los agentes fiscales a hacer una selección racional en sus mesas de trabajo de aquellos casos que merezcan una respuesta punitiva tradicional y aquellos en

los que procediendo los requisitos legales, se pueda prescindir de la pena, utilizando estratégicamente el principio de oportunidad”.

La instrucción contempla que para evitar confusiones en la utilización de la terminología, para efectos del instructivo, cuando se indique, mecanismos simplificadores, medidas desjudicializadoras y salidas alternativas.

Se entenderá que se refieren al mismo término de simplificación y que para efecto de utilizar los mecanismos simplificadores del proceso, los fiscales encargados de los casos atenderán a los siguientes objetivos político criminales: “a. Criterio de oportunidad. El criterio de oportunidad, se utilizará para favorecer la solución de un conflicto criminalizado entre las partes directamente involucradas, mediante la búsqueda de la reparación de los daños causados. b. Suspensión Condicional de la Persecución Penal Se utilizará la suspensión condicional de la persecución penal cuando se quiera evitar la desocialización que puede producir la privación de libertad de un sindicado, y exista la posibilidad de someterlo a reglas de conducta que puedan apoyarlo en su reinserción social. No obstante, los fiscales utilizarán estratégicamente la suspensión condicional de la persecución penal, cuando los intentos por la aplicación del criterio de oportunidad hayan fracasado, no obstante proceda, o cuando así establezca expresamente el presente instructivo. c. Conversión. Se utilizará la Conversión para liberar al Ministerio Público de la obligación de intervenir en aquellos casos en los que no haya intereses públicos afectados y puedan ser tratados como delitos de acción privada. No obstante, los fiscales para abstenerse de la persecución penal, se asegurarán que la víctima garantice una efectiva persecución penal. d. Procedimiento Abreviado. El procedimiento abreviado se utilizará para aquellos casos en donde sea conveniente dictar una sentencia condenatoria, aun cuando la pena pueda ser suspendida o conmutada.

De esta cuenta, se instruye a los fiscales a hacer una selección racional de los casos que merezcan ir a juicio oral y público y aquellos que por darse las condiciones establecidas en el Artículo 464 del Código Procesal Penal, se pueda abreviar el procedimiento”.

### 5.11.1. Procedimiento a adoptar en el caso

En los casos donde se pueda hacer uso de las medidas descritas los agentes y auxiliares fiscales deberán observar el siguiente procedimiento:

- Análisis preliminar del caso; el fiscal deberá analizar de acuerdo a la ley y la presente instrucción y determinar si cabe la aplicación de alguna salida alternativa o mecanismo simplificador.
- Visualizar las alternativas aplicables al caso; El fiscal visualizará si para un mismo caso son aplicables todas las medidas o solamente una o algunas.
- Determinar el tipo de medida aplicable; como procedimiento general, el fiscal deberá buscar primero la aplicación del criterio de oportunidad, de no ser posible buscará la suspensión condicional de la persecución, en tercer lugar el procedimiento abreviado y por último la conversión de la persecución. Las excepciones a esta regla serán las especificadas en la referida instrucción.
- Comunicarse con la víctima y el imputado; una vez determinada la salida más favorable, el fiscal deberá comunicarse con la víctima y explicarle por qué este tipo de medida es más beneficioso para ella que una condena penal. Seguidamente procederá en igual forma con la persona del imputado.
- Audiencia entre las partes: El fiscal promoverá la o las audiencias de conciliación necesarias para lograr un acuerdo entre las partes. Cuando el imputado se encuentre detenido o en prisión preventiva, la promoverá ante el juez respectivo, pudiendo ser en la propia audiencia programada para la primera declaración.
- Los fiscales deberán tomar un rol activo en la solicitud de las salidas alternativas. Este rol activo implica que será el fiscal quien proponga la utilización de una salida

- alternativa al sindicado, su abogado y la víctima, explicando los beneficios y ventajas frente al procedimiento común, conveniencia, necesidad y requisitos que conllevan.
- En los casos donde se deniegue la aplicación de alguna de las medidas simplificadoras del proceso penal, los fiscales deberán agotar los recursos pertinentes para lograr la aplicación de las mismas.

#### 5.11.2. Directrices generales para promover la aplicación del criterio de oportunidad

Las actuaciones de los agentes fiscales y Auxiliares fiscales se regirán bajo los siguientes supuestos regulados en el punto número II de la Instrucción 001-2005:

- “Para interpretar el primer párrafo del Artículo 25 del Código Procesal Penal, se entenderá que el interés público y la seguridad ciudadana están gravemente afectados cuando:
  - a) Los imputados hayan obrado en grupo y/o portando armas de fuego.
  - b) Cuando el delito se haya cometido poniendo en riesgo o atentando contra las instituciones del Estado de derecho.
  - c) Cuando el delito se haya cometido utilizando a menores de edad.
  - d) Cuando el delito sea continuado.
  - e) Cuando para la comisión del delito se haya creado legalmente o de hecho empresas o sociedades mercantiles o asociaciones no lucrativas.

- f) Cuando el imputado haya cometido el delito con el apoyo o influencia de funcionario público.
- g) Cuando el imputado haya amenazado reiteradamente a la víctima de afectarle en su integridad física o sexual.
- h) Cuando el delito sea cometido dolosamente por profesionales liberales en contravención de las normas éticas y científicas que rigen su accionar.

Corresponde al fiscal de acuerdo a lo establecido en la directriz anterior, determinar en cada caso concreto, cuando el interés público o la seguridad ciudadana estén gravemente afectados, por lo que se deberá verificar que el control judicial sólo se circunscriba a comprobar la existencia de los supuestos establecidos del numeral 1 al 6 del Artículo 25 del Código Procesal Penal y los demás requisitos establecidos legalmente.

No se promoverá por el Ministerio Público el criterio de oportunidad en los delitos de violación y abusos deshonestos. Cuando en uno de estos delitos se haya producido arreglo extrajudicial entre la víctima y el imputado, y se haya presentando desistimiento, el fiscal debe verificar que los mismos no fueron obtenidos mediante coacción, amenaza o simulación, u otra forma que implica la comisión de otro delito.

Los fiscales se opondrán a cualquier forma de terminación del proceso por los delitos de violación y abusos deshonestos contra menores de edad, que pretenda fundamentarse un desistimiento por arreglo extrajudicial entre los familiares de la víctima y el imputado.

El fiscal podrá solicitar al juez competente la desestimación cuando se den los requisitos y alguno de los supuestos establecidos para la procedencia del criterio de oportunidad de acuerdo a las directrices del presente instructivo, cuando la lesividad del

daño sea revertido con la reparación producida en sede fiscal y no haya quedado ningún asunto de cumplimiento futuro.

El fiscal al presentar la desestimación respectiva, fundamentará su petición en base a lo establecido en el Artículo 310 del Código Procesal Penal, explicando que no se puede proceder, debido que la víctima ha sido reparada íntegramente y se ha obtenido la neutralidad de la lesividad causada.

Sin embargo, cuando la reparación se haya proyectado hacia el futuro o quede pendiente parte de su cumplimiento, el fiscal deberá solicitar la aplicación del criterio de oportunidad, para asegurar a la víctima con el título ejecutivo respectivo.

#### 5.11.3. Aplicación del criterio de oportunidad según el numeral 2 del Artículo 25 del Código Procesal Penal

Para la aplicación del criterio de oportunidad por los delitos contemplados en el numeral 2 del Artículo 25 del Código Procesal Penal, los fiscales deberán observar las siguientes directrices:

- Quedarán excluidos del criterio de oportunidad, las lesiones culposas de los hechos de tránsito cuando el delito fuere ejecutado al conducir vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes, o si el delito se causare por pilotos de transporte colectivo a menos que se haya pagado íntegramente el monto total de los daños causados.
- No se promoverá el criterio de oportunidad en el delito de negación de asistencia económica, cuando el pago de pensiones atrasadas debidamente requeridas haya sido incompleto o se haya dado garantía del mismo. En estos casos, el fiscal deberá utilizar la suspensión condicional de la persecución penal, atendiendo a lo instruido en la parte específica de este instrumento.

- Para solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad en los delitos de amenazas, los fiscales deberán asegurar que en los acuerdos de reparación se incluyan los siguientes mecanismos que garanticen la no continuidad de las mismas: Que el imputado deje cualquier vía de hecho utilizada en las amenazas; Que el imputado no se acerque a determinada distancia de la víctima, sea en su residencia, lugar de trabajo, centros religiosos, etc., salvo que ésta manifieste lo contrario, o se trate de personas vecinas o compañeros de trabajo. Los fiscales no aceptarán acuerdos de reparación, consisten exclusivamente en actas de mutuo respeto. Cuando la parte ofendida, presente desistimiento de la acción en los delitos de amenazas, el fiscal se asegurará que la misma fue otorgada sin coacción, amenaza u otro medio que implique la comisión de un delito.
- Quedan excluidos del criterio de oportunidad los delitos de coacción y amenazas contra funcionarios de la administración de justicia originadas por el desempeño del cargo; o cuando las mismas sean contra víctimas, testigos, denunciantes, activistas de derechos humanos, sindicalistas y acusadores en causas penales.

#### 5.11.4. Aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 3 del Artículo 25 del Código Procesal Penal

Para la aplicación del criterio de oportunidad por los delitos contemplados en el numeral 3 del Artículo 25 del Código Procesal Penal, los fiscales deberán observar las siguientes directrices:

- Por el quantum de la pena, los fiscales podrán promover el criterio de oportunidad de los siguientes delitos, sin perjuicio de las reformas legales que se puedan hacer en el futuro:

- Los fiscales no promoverán el criterio de oportunidad en los delitos de portación ilegal de arma de fuego defensivas y armas blancas defensivas y/o deportivas, sino la suspensión condicional de la persecución penal, de acuerdo a lo establecido en el apartado específico del presente instructivo. Tampoco se promoverá la medida en los demás delitos establecidos en la ley específica.
- Quedan excluidos del criterio de oportunidad, los homicidios culposos producidos en hechos de tránsito cuando el delito fuere ejecutado al conducir vehículo bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes, o si el delito se causare por pilotos de transporte colectivo, a menos que la totalidad de las víctimas hayan sido resarcidas.
- En virtud que el Artículo 19 del Decreto 51-2002 del Congreso de la República, establece que dicho decreto entrará en vigencia cuando se cumplan las condiciones allí previstas; y siendo que a la fecha no se han cumplido con las mismas, los fiscales deberán observar que la prohibición para no otorgar el criterio de oportunidad en los delitos de posesión para el consumo, no está vigente. En consecuencia los fiscales continuarán promoviendo la aplicación de dicho mecanismo.
- Para el cómputo de los 5 años de prisión a los que se refiere el numeral 3 del Artículo 25 del Código Procesal Penal, los fiscales deberán tomar en cuenta que para los cómplices de un delito consumado, así como al autor de un delito en grado de tentativa, el marco penal previsto para el delito respectivo, debe rebajarse en una tercera parte. En el caso de los cómplices de la tentativa, el marco penal debe rebajarse en dos terceras partes. En consecuencia puede otorgarse un criterio de oportunidad a dichas personas en otros delitos no contemplados en el cuadro previsto en este instrumento, si al hacer la operación matemática indicada, el marco penal no excede de cinco años.

#### 5.11.5. Aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 4 del Artículo 25 del Código Procesal Penal

Para la aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 4 del Artículo 25 del Código Procesal Penal, los fiscales deberán tomar en consideración que procede este mecanismo simplificador a delitos de acción pública cuya pena exceda de los cinco años de prisión, debiendo observar en estos casos las siguientes directrices:

- Para determinar la responsabilidad mínima del sindicado, el fiscal atenderá a dos circunstancias:
  - a) Culpabilidad mínima: El fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en aquellos casos en que la responsabilidad del sindicado se encuentre disminuida ya sea por concurrir un daño insignificante al bien jurídico, o por la concurrencia de elementos incompletos que no eximen totalmente la responsabilidad penal pero que la disminuyen o atenúen de manera considerable.
  - b) En base al principio de mínima afectación al bien jurídico, el fiscal procurará la aplicación del criterio de oportunidad en el delito de robo, cuando el valor de lo robado no exceda de dos mil quetzales, siempre que la violencia física empleada sobre las personas, no provoque ningún tipo de lesiones de las contempladas en el Código Penal.
  - c) En base al principio de responsabilidad disminuida el fiscal podrá promover un criterio de oportunidad cuando se produzcan cualquiera de las siguientes circunstancias: error de tipo vencible, causas de justificación incompletas, imputabilidad disminuida considerablemente atendiendo las circunstancias del hecho, error de prohibición vencible y causas de inculpabilidad incompletas, que no sean de entidad significativa.

d) Participación mínima: Habrá contribución mínima en la perpetración del delito, cuando se trate de partícipes cuya contribución no sea esencial para la realización del hecho delictivo, fuera del inductor y cooperador necesario que de acuerdo al Código Penal constituyen autores.

#### 5.11.6. Aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 5 del Artículo 25 del Código Procesal Penal

Para la aplicación del criterio de oportunidad en los delitos contemplados en el numeral 5 del Artículo 25 del Código Procesal Penal, los fiscales deberán observar las siguientes directrices:

- Para determinar cuando la pena es inapropiada, el fiscal deberá asegurarse que el hecho culposo que haya afectado a un tercero fuera de su círculo familiar, provoque en el imputado alguno de los resultados descritos en el Artículo 145, 146 y los numerales 1 y 2 del Artículo 147 del Código Penal.
- También debe considerarse en su momento que el imputado resulta afectado directamente y gravemente cuando, a pesar de no haber sufrido personalmente algún tipo de daño, el o los afectados por el delito culposo fuere su cónyuge, conviviente de hecho, hijos y padres. En consecuencia el fiscal del Ministerio Público podrá promover el criterio de oportunidad por esta causal solamente si los daños producidos fueren cualesquiera de los previstos en el Capítulo V, Título I del Libro segundo del Código Penal, u homicidio culposo.

## 5.12. El acuerdo de reparación

Para los efectos de la reparación del daño a la que se refiere el Artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, los fiscales deben tomar en cuenta que:

- No es necesaria la reparación íntegra del daño causado, basta con que se haya afianzado la reparación, incluso mediante acuerdos con la víctima, o se asumiere o garantizare la obligación de repararlo.
- Deben asegurar la existencia del acuerdo entre el imputado y la víctima y las garantías en el caso de que no haya reparación inmediata.
- En caso que la reparación se haya pactado hacia el futuro el fiscal deberá advertir a la víctima, que el incumplimiento de la obligación por parte del imputado no podrá reactivar la persecución penal, a efecto de evitar error en el otorgamiento de su consentimiento.
- No es necesario que la reparación sea mediante la restitución del mismo bien objeto del delito.
- En los casos donde el perfil del sindicado indique que es una persona de escasos recursos el fiscal deberá privilegiar la búsqueda de la reparación no dineraria del daño.
- En los conflictos penales donde las partes pertenezcan a comunidades indígenas, los fiscales deben privilegiar la reparación tomando en cuenta los usos y costumbres de dichas comunidades. No obstante cuando una de las partes no pertenezca a dichas comunidades deben obtener su consentimiento para aplicar en la reparación los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece la otra parte.

- Aunque el interés de la víctima siempre debe ser prioridad, los auxiliares fiscales, no aceptarán solicitudes o propuestas de reparación que excedan el marco de la equidad y la proporcionalidad del daño causado.

Si existe víctima determinada la única forma de reparación será la de los daños y perjuicios causados, pudiendo consistir en la restitución del bien dañado, la indemnización o, cualquier otra forma de reparación simbólica que la víctima aceptare.

Cuando no existiere víctima determinada, la reparación también podrá consistir en restitución de bienes comunitarios, o en indemnización de los daños a entidades públicas que se relacionen directamente con el hecho delictivo.

El servicio social al que se refiere el Artículo 25 bis del Código Procesal Penal, únicamente procederá cuando el imputado no pueda, por su situación económica, reparar el daño de la forma prevista en el numeral anterior. En consecuencia no se exigirá conjuntamente la reparación de los daños y perjuicios y la prestación de servicio social.

#### 5.13. Contenido de la solicitud para el otorgamiento del criterio de oportunidad

La solicitud para el otorgamiento del criterio de oportunidad contendrá:

- Los datos de identificación del imputado y de la víctima.
- El hecho punible atribuido.
- Los preceptos penales aplicables, dentro de los cuales se debe motivar y establecer el numeral del Artículo 25 del Código Procesal Penal que sea aplicable.

- El convenio de reparación entre el sindicado y la víctima, si se hubiere producido en sede fiscal, o en su caso el título que garantiza la reparación.
- En los delitos contra el régimen tributario fotocopia legalizada del comprobante de pago del monto total de los impuestos defraudados, más los intereses y recargos por mora correspondientes.

## CONCLUSIONES

1. El crecimiento de la delincuencia en Guatemala produce congestión judicial, que se refleja en orillar a la obligación al Ministerio Público de concentrarse en un límite determinado de delitos, dejando sin respuesta crímenes denunciados. La limitación de los recursos en el país hace mayor espectro en los delitos que no serán investigados, teniendo un impacto directo en la sociedad, que a su vez clasifica ante la justicia los crímenes que presume no serán investigados, generando así el círculo vicioso de la impunidad.
2. El fiscal del Ministerio Público al aplicar el principio de oportunidad dentro del proceso penal guatemalteco, cumple con los presupuestos previstos en la norma penal sustantiva, atiende a los principios procesales de celeridad y economía procesal, brindando con ello seguridad y certeza jurídica a la decisión fiscal, homologándola posteriormente por una resolución judicial.
3. La medida desjudicializadora del criterio de oportunidad prioriza otro tipo de soluciones por sobre la aplicación de la pena en delitos de poca trascendencia social, en los cuales participan ciudadanos comunes como autores, pues existiendo mínima culpabilidad o participación, otorga alternativas viables a la reinserción del reo primario en la sociedad.
4. Actualmente la víctima dentro del proceso penal es considerada como el tercer fin del proceso, aunado a ello se encuentra la razón del resarcimiento del daño ocasionado, planteado como requisito necesario para el sustento de una solicitud desjudicializadora ante el órgano jurisdiccional, quién homologará el beneficio si y sólo sí, fue reparado el perjuicio producido por la acción del sindicado satisfactoriamente al agraviado.
5. El principio de oportunidad es la conciencia a la necesidad de limitar la investigación, ya que la adopción de modelos de procesamiento de corte acusatorio o inquisitivo, evaden la objetividad y congestionan la mesa de trabajo

del fiscal del Ministerio Público en razón de la averiguación de la verdad, desviando su atención en casos de mayor trascendencia social.

## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 24 del Código Procesal Penal, en el sentido de modificar la acción penal pues la aplicación reglada de la oportunidad en el proceso como parte de las funciones del fiscal, permitiría canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales y asignándole controles, con lo cual se podría satisfacer la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, para así evitar los irracionales efectos que en la práctica suele provocar el abarrotamiento de causas.
2. El Organismo Judicial debe capacitar a los jueces de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente sobre los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal, pues éstos acentúan diferentes partes de las ideas jurídicas: legalidad, justicia, oportunidad, utilidad, efectividad y la inteligencia política. Una opción político criminal debe observar que la relación entre la justicia, como meta y la conveniencia como condición restrictiva para la consecución de esa meta, se puede fácilmente expresar de la siguiente manera: tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como, desde el punto de vista actual político y económico, sea ineludible, lo que significa que es necesaria la equidad en la aplicación de justicia.
3. Los fiscales del Ministerio Público deben aplicar la selectividad del proceso como medio para la implementación del principio de oportunidad en Guatemala, ya que debe realizarse con transparencia en la gestión y responsabilidad política de una entidad en la supervisión de las decisiones fiscales, que en ese caso debe ser el juez quién debe realizar la homologación del procedimiento empleado. Así la tensión que existe entre el principio acusatorio dispondría de tiempo y recursos para hacer efectiva la dirección que debe ejercer referente a la investigación y sobre su tarea de juzgar evitando posibles abusos.

4. Es urgente que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, eliminando la jerarquía en la toma de decisiones en un caso particular, pues en nuestro país se deben abrir espacios de resolución de conflictos encaminados a ampliar las funciones del agente fiscal del Ministerio Público otorgándole facultades para poder, bajo el criterio objetivo de éste, motivar la desjudicialización y la implementación de sus funciones, con la posterior homologación del órgano jurisdiccional, lo que otorgaría a su actuación, legalidad y armonizar el proceso con sus principios inherentes la celeridad, economía procesal, oralidad, seguridad y certeza jurídica, sin dejar a un lado el ánimo de resolver los conflictos sociales en concordia con los fines del proceso y que mejor que con herramientas que nuestra propia legislación puede proveernos, con la reforma al Código Procesal Penal, en su Artículo 25.
  
5. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala incorpore el criterio de oportunidad como parte del ordenamiento jurídico en el Código Procesal Penal y no como una mera suposición doctrinaria, significa entonces que se debe reconocer que en la práctica se efectúa tal selección, y que es mejor que la misma la realice el legislador y no arbitrariamente el sistema judicial, para efectos de garantizar el debido proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

BASIGALUPO ZAPATER, Estuardo. **Principios de derecho penal**, Ed. Abelado Perrot, Buenos Aires, 1993.

BINDER BARZIZZA, Alberto. **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: **Argentina**, (s.e.), 1993.

CABALLERAS TORRES, Guillermo. **El Estado de derecho y sus principales características**. Ed. Ariel, S. A., Barcelona, España: 1993.

CAFFERATA NORES, José L. **La prueba en el proceso penal**. Ed. Hammurabi, 1999.

Colegio de Abogados de Costa Rica. **Reflexión sobre el nuevo proceso penal**, (s.e.), Costa Rica: 2000.

DÍAZ CANTÓN, Fernando. **Juicio abreviado vs. Estado de derecho**. Ed. Carica. **México**: (s.f.).

FERRAJOLI, Luigui. **Derecho y razón, teoría del garantismo penal**, Ed. Universitaria Centroamericana, Costa Rica: 1976.

FIGUEROA SARTI, Raúl. **Código Procesal Penal, concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional**. 9a. ed., F. & G. Ed.; Guatemala: 2004.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio. **Los derechos del pueblo mexicano**. Universidad Autónoma de México, **México**: 1981.

<http://www.cej.org.co/cej/web/prensa>

MAIER, Julio B.; **La víctima y el sistema penal**. Ed. Ad-Hoc, Argentina, 1998.

MALER B., Julio. **Derecho procesal penal argentino**. Ed. Hammurabi, S. R. L., Argentina: 1989.

MANONELLAS, Graciela Nora. **Alternativa a la pena y a la privación de la libertad. Ponencia del Congreso Internacional de derecho Penal, 75º aniversario del Código Penal**, Comisión VII "Alternativas a la Pena y Privación de la Libertad", Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1997.

MANTILLA ZAVALÍA, Felix Alberto. **Medios alternativos de solución de controversias en la legislación Boliviana. Ley 1770**", en La Ley, Suplemento de Resolución de Conflictos, 5 de marzo de 2001, Buenos Aires: Ed. La Ley, 2001.

MELOSSI, Darío; **El Estado de control social**, Ed. Siglo XXI, México, 1992.

MORRIS, Ruth; **Mi viaje de la justicia de la miseria a la justicia transformadora**, San José de Costa Rica, Costa Rica, 1997.

ROSER, María del Carmen. **Apuntes de derecho procesal penal**, Ed. Jurídica, República de Chile: 1976.

ROXIN, Claus; **Política criminal y estructura del delito**. PPU, Barcelona, 1992

SCHNEIDER, Mariel V., **Mediación penal y leyes criminales especiales, en la ley**, Tomo 2000-B, pág. 973, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, VII Congreso de Alumnos, Universidad de Salamanca, España, 1996.

SPOTA, Alberto Antonio; **Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad, en el ámbito penal**, Tomo 1988-E, pág. 983, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988.

SENDRA, Gimeno, **derecho procesal penal**, Ed. Constitución y Leyes, S. A., España: 1998.

SUAREZ, María de las Mercedes y otros, **Alternativas a la pena privativa de la libertad**. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1996.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. **Ensayos doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal**, Ed. Ariel, S. A., **Barcelona, España**: 1993.

TREJO DUQUE, Julio Aníbal. **Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal**. 2a. ed.; (s.e.), **Guatemala**: 1988.

VON BENDA-BECKMANN, Franz. **Entre la equidad y el pluralismo legal: la consideración del derecho consuetudinario en las políticas sobre recursos naturales**. Van Gorcum Publishers, Assen, Holanda, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; **Tratado de derecho penal**. Ed. Ediar, Argentina, 2000.

#### **Legislación:**

- **Constitución Política de la República de Guatemala**. de la Asamblea Nacional Constituyente de 1986.
- **Código Penal**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 17-73.
- **Código Procesal Penal**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 51-92.
- **Ley del Organismo Judicial**. Congreso de la República de Guatemala.