

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



**LA NO PENALIZACIÓN DEL DELITO DE POSESIÓN DE DROGA
PARA EL CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

JORGE ARNOLDO MENJIVAR

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**LA NO PENALIZACIÓN DEL DELITO DE POSESIÓN DE DROGA
PARA EL CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

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

JORGE ARNOLDO MENJIVAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2012

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

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

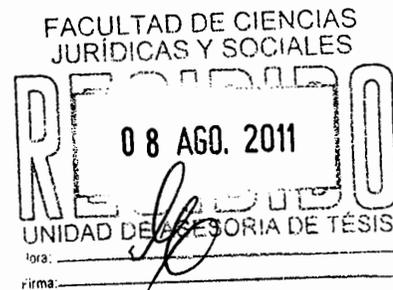


**LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO**

6 avenida 3-11 Zona 4 Tercer Nivel
Tel. 24112411- 40134444

Guatemala agosto 8 de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable licenciado:

En atención a la providencia emitida oportunamente por esa unidad, en el cual se me nombra **ASESOR** de Tesis del Bachiller **JORGE ARNOLDO MENJIVAR**, quien se identifica con el número de Carné 200215666. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis intitulada "**LA NO PENALIZACIÓN DEL DELITO DE POSESIÓN DE DROGA PARA EL CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**"; en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

El estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia penal y constitucional; en el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, el estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que será legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que



decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho y así cumplir con un aporte al derecho por su estudio analítico.

El estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo del bachiller anteriormente mencionado, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,113.

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, doce de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JORGE ARNOLDO MENJIVAR**, Intitulado: **“LA NO PENALIZACIÓN DEL DELITO DE POSESIÓN DE DROGA PARA EL CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



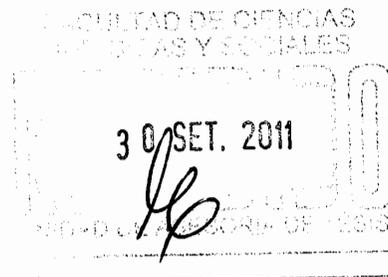
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. CALLE 10-23 ZONA 11 GUATEMALA
TELÉFONO. 24717651 - 48853211



Guatemala, septiembre 28 de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución que fue emitida oportunamente en la cual se me nombra **REVISOR** del trabajo de tesis del Bachiller **JORGE ARNOLDO MENJIVAR**, intitulado: **“LA NO PENALIZACIÓN DEL DELITO DE POSESIÓN DE DROGA PARA EL CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”**; procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

Realice la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla. El tema está redactada de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la utilización de derecho comparado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En tal virtud el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es considerablemente actual y vanguardista, con lo cual el sustentate



aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, por lo que pueden ser sometidos a su discusión y aprobación definitiva, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario. En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller anteriormente mencionado, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 2,305

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de febrero del año dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JORGE ARNOLDO MENJIVAR, Titulado LA NO PENALIZACIÓN DEL DELITO DE POSESIÓN DE DROGA PARA EL CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA



- A DIOS:** Ser supremo que guía mi camino y que nunca me abandona en la adversidad. Merecedor de toda honra, porque de Él, para Él, y por Él son todas las cosas.
- A MIS PADRES:** Ana Margarita Menjivar Hurtado Y Martín Meléndez por darme la vida y ser parte esencial en ella, porque gracias a su amor incondicional, apoyo y sabiduría, han logrado que hoy culmine este triunfo.
- A MI ESPOSA:** Gladys Jeaneth López Barrios. Por su apoyo incondicional y por estar a mi lado en un momento importante y trascendental.
- A MI TÍA:** María del Carmen Meléndez, por apoyarme en todo momento.
- A MIS HERMANOS:** Mario Antonio Molina Menjivar, Maritza Yanet Zepeda Menjivar y Ana Cecilia Zepeda Menjivar.
- A MIS AMIGOS:** Gerson Navarajo, Dr. Elmer Guillermo López Recinos, Jonathan Rubén Casasola, Hugo Byron Monzón, Carlos Rafael Molina, Gladys Paiz de Molina, Ruth Solórzano, Mario Franco, Rolando Palacios, Fermín Pedroza, Henry Rodríguez, Lorena Soto, Ever Reyes, Oscar Jiménez.



AL PERSONAL DE

CEDIC:

Por brindarme su apoyo ya que sin ellos no hubiese sido posible alcanzar esta meta: Oscar Oliva, María del Carmen Marroquín, Edgar Alay, Bonerge Mejía, Luis Felipe Blanco, Esther Nohemí Zamora de Blanco, Linda Blanco.

A LOS LICENCIADOS:

Wilber Navarro, Fredy Orellana y Edyn Palma; agradecimiento muy especial por todo su apoyo y colaboración en mi preparación académica.

EN ESPECIAL A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país; y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que hoy me honra con tan preciado galardón. A quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.

A USTED:

Por su presencia.

ÍNDICE



Introducción.....

CAPÍTULO I

1. Las drogas.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Antecedente histórico.....	2
1.3. Definición.....	4
1.3.1. Legal.....	4
1.3.2. Doctrinaria.....	4
1.4. Clasificación.....	5
1.4.1. Legal.....	5
1.4.2. Doctrinaria.....	6
1.5. Narcotráfico.....	11
1.6. Producción de drogas.....	12
1.7. Tráfico de drogas.....	13
1.8. Consumo de drogas.....	13

CAPÍTULO II

2. La narcoactividad y los narcóticos.....	15
2.1. Acepciones de narcoactividad.....	15
2.2. Definición de narcoactividad.....	16
2.3. Reseña histórica.....	16
2.4. Antecedentes del narcotráfico a nivel mundial.....	17
2.5. Antecedentes del narcotráfico en Guatemala.....	18
2.6. Drogas.....	19
2.6.1. Definición legal.....	20
2.6.2. Estupefacientes y sustancias sicotrópicas.....	20
2.7. Definiciones relacionadas al tema de drogas.....	21



2.7.1. Consumo de drogas.....	21
2.7.2. Adicción.....	21
2.7.3. Precursores.....	21
2.7.4. Instrumentos y objetos del delito.....	21
2.8. Drogas y estupefacientes más usados en Guatemala.....	22
2.8.1. Marihuana.....	22
2.8.2. Crack.....	22
2.8.3. Cocaína.....	22
2.8.4. Opio.....	23
2.8.5. Pastillas.....	23
2.8.6. Hongos alucinógenos.....	23
2.8.7. Inhalantes.....	24
2.9. El narcotráfico en Guatemala.....	24
2.9.1. Situación económica y social del país.....	24
2.9.2. Diagnóstico situacional.....	27
2.9.3. Antecedentes históricos.....	28
2.9.4. Cultivo, producción, venta transporte y financiamiento.....	35
2.9.5. Comercio internacional.....	37
2.9.6. Regulación legal.....	40

CAPÍTULO III

3. Los delitos de narcotráfico.....	43
3.1. Definición de los diferentes tipos de delitos de narcotráfico.....	43
3.1.1. Tránsito internacional.....	44
3.1.2. Siembra y cultivo.....	44
3.1.3. Fabricación o transformación.....	45
3.1.4. Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.....	46
3.1.5. Posesión para el consumo.....	48
3.1.6. Promoción y fomento.....	49
3.1.7. Facilitación de medios.....	49



3.1.8. Alteración.....	50
3.1.9. Expendio ilícito.....	50
3.1.10. Receta o suministro.....	51
3.1.11. Transacciones e inversiones ilícitas.....	52
3.1.12. Asociaciones delictivas.....	54
3.1.13. Procuración de impunidad o evasión.....	55
3.1.14. Promoción o estímulo a la drogadicción.....	55
3.1.15. Encubrimiento real.....	56
3.1.16. Encubrimiento personal.....	56
3.2. Bien jurídico tutelado.....	57
3.3. Sujeto pasivo.....	57
3.4. Consecuencias jurídicas.....	58
3.4.1. Para el de tránsito internacional.....	58
3.4.2. Para el de siembra y cultivo.....	58
3.4.3. Para el de fabricación o transformación.....	58
3.4.4. Para el de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito.....	58
3.4.5. Para el de posesión para el consumo.....	59
3.4.6. Para el de promoción y fomento.....	59
3.4.7. Para el de facilitación de medios.....	59
3.4.8. Para el de alteración.....	59
3.4.9. Para el de expendio ilícito.....	59
3.4.10. Para el de receta o suministro.....	60
3.4.11. Para el de transacciones e inversiones ilícitas.....	60
3.4.12. Para el de asociaciones delictivas.....	60
3.4.13. Para el de procuración de impunidad o evasión.....	60
3.4.14. Para el de promoción o estímulo a la drogadicción.....	60
3.4.15. Para el de encubrimiento real.....	61
3.4.16. Para el de encubrimiento personal.....	61
3.5. El delito de posesión para el consumo.....	62
3.5.1. Definición.....	62
3.5.3. Elementos del delito.....	63



3.5.4. Bien jurídico tutelado	69
3.5.5. Penalidad	69
3.6. El delito de lavado de dinero u otros activos	69
3.6.1. Definición	69
3.6.2. Bien jurídico tutelado	78
3.6.3. Sujeto activo del delito	81
3.6.4. Sujeto pasivo del delito	82
3.6.5. Objeto material	82
3.6.6. Consecuencias jurídicas	83

CAPÍTULO IV

4. Coherencia intrasistematica de la posesión para el consum	85
4.1. Análisis de los tipos penales	85
4.2. El principio de legalidad como exigencia del Estado de derecho	86
4.3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	91
4.4. El principio de última ratio	92
4.5. El principio de culpabilidad	95
4.6. El principio de personalidad de las penas	97
4.7. El principio de proporcionalidad	99
4.8. La prisión preventiva obligatoria en el proceso penal	101
4.9. Las medidas desjudicializadoras en el proceso penal	109
4.9.1. Criterio de oportunidad	111
4.9.2. Suspensión condicional de la persecución penal	116
4.10. Resultados del análisis jurídico	121
4.11. Propuesta de solución	125
CONCLUSIONES	127
RECOMENDACIONES	129
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo de investigación tiene como objetivo primordial dar a conocer si existe o no racionalidad en la penalización de una conducta como lo es el delito de posesión para el consumo de drogas. La tipificación del delito de posesión de drogas para el consumo en la legislación guatemalteca trata de proteger un bien jurídico tutelado. Existe una pregunta constante, si es el mecanismo idóneo el proceso penal para proteger un bien jurídico como lo es la salud, o si fuese mejor buscar otros mecanismos alternativos al procedimiento penal, para tratar una enfermedad o una adicción.

La investigación trata de dar un análisis histórico de cómo se ha llevado a cabo la historia de la prohibición de las drogas, y además describe el surgimiento del contexto político que crea la norma. Como toda norma y en especial la de materia penal, nace de un contexto político; es necesario reconocer si dicha tipificación delictiva, se ajusta a los principios y requisitos mínimos que debe contener toda figura penal dentro del contexto democrático y, sobre todo, en el derecho penal progresista moderno que se basa en el respeto de las garantías mínimas de los individuos libres dentro de una sociedad.

Lo que se pretende en este trabajo investigativo, es establecer la inconveniencia de la penalización de la posesión para el consumo; bajo esta perspectiva, no se puede dejar de lado situaciones que se encuentran relacionadas de forma intrínseca con la pena, sea ésta por posesión para el consumo o cualquier otra pena que pueda aplicar el aparato estatal. El establecimiento de las penas, que si bien es cierto tiende a variar a



través del tiempo, lo que buscaba la sociedad es el sufrimiento y el castigo. No así en la actualidad lo que se necesita es la rehabilitación del adicto e iniciar un proceso de reinserción social. Es por ello que este trabajo se sitúa en la política criminal autoritaria y la política criminal democrática. Luego del análisis histórico es necesario conocer si nuestras normas penales, como es el caso de la posesión para el consumo, representan una coherencia mínima, respecto a los principios fundamentales de todo derecho penal democrático, progresista y garantista de los derechos individuales de los sujetos involucrados en la figura tipo.

La tesis está contenida en cuatro capítulos, de los cuales el primero tiene como propósito el estudio de las drogas, definición, clasificación, producción de drogas; el segundo, trata lo que es la narcoactividad y los narcóticos, antecedentes del narcotráfico en Guatemala, consumo de drogas, instrumentos y objetos del delito, el narcotráfico en Guatemala; con el tercero se busca establecer los delitos de narcotráfico, bien jurídico tutelado, consecuencias jurídicas, el delito de posesión para el consumo; y, el cuarto capítulo, está dirigido a describir la coherencia intrasistémica de la posesión para el consumo, análisis de los tipos penales, las medidas desjudicializadoras en el proceso penal, resultados y análisis jurídico.

CAPÍTULO I



1. Las drogas

1.1. Generalidades

El jurista Escobar Raúl Tomás, refiere que “el término narcótico, es derivado de la palabra griega narkoun que significa estupor (adormecer, atontar), se refería originalmente a distintas sustancias que inducían al sueño o estados de estupor, como analgésicos fuertes del tipo de la morfina. Es la sustancia capaz de entorpecer la actividad normal del protoplasma de manera transitoria, haciendo que el organismo no responda a la excitación de estímulos externos porque se halla sin sensibilidad, anestesiado.”¹

Algunas legislaciones utilizan la palabra narcótico para referirse a cualquier droga que pueda causar dependencia; concepto que ha sido utilizado después de ciertos tratados y convenciones internacionales; la Ley Contra la Narcoactividad la define como drogas. Los narcóticos pueden administrarse de distintas formas. Algunos se toman por vía oral, transdérmicamente (parches cutáneos) o por inyección.

Como drogas objeto de abuso, a menudo se fuman, se inhalan por la nariz o se autoadministran por las vías más directas de la inoculación subcutánea o intravenosa. Existen drogas institucionalizadas, socialmente aceptadas, que gozan del respaldo de la tradición histórico-cultural y cuya producción, comercialización y consumo no están penalizados, es el caso del alcohol, el tabaco y el café, todos de uso común.

¹ Escobar, Raúl Tomás. **El crimen de la droga**. Pág. 58.



1.2. Antecedente histórico

El tratadista Kaplan Marcos, comenta que la “utilización de drogas o narcóticos en la humanidad se reporta en las diversas culturas que se han desarrollado en el planeta; por lo que se puede hacer mención de cuatro épocas de su desarrollo histórico.”²

- ◆ Época primitiva;
- ◆ Época moderna;
- ◆ Época europea;
- ◆ Época contemporánea.

En la época primitiva, los pueblos de Mesoamérica y Sudamérica ocuparon un lugar privilegiado porque la droga formaba parte de la cultura y tradiciones de los pueblos. La hoja de coca por su parte empezó a ser usada diariamente por indígenas que debido a sus condiciones inhumanas de trabajo impuestas por los conquistadores españoles encontraban en ésta, una posibilidad de aguantar la explotación a que estaban sometidos laboralmente, a pesar de las anteriores y demás sustancias psicoactivas continuaron y aún continúan jugando un papel mítico importante en las culturas indígenas de Bolivia y Perú.

La marihuana en mesoamérica fue un legado cultural. Es el medio para comunicarse con el pasado, transformándolo en un eterno presente. Los indígenas atribuyeron a la planta cualidades, tales como lucidez mental que facilitaba la oratoria en las ceremonias; se le atribuían poderes, razón por la cual era consumida sólo por ciertas

² Kaplan, Marcos. **El narcotráfico latinoamericano**. Pág. 90.



personas como militares y sacerdotes, en momentos especiales como actos religiosos principalmente. En la época moderna el uso de la droga adquiere perfiles de graves consecuencias en comparación a la fase primitiva; en la actualidad surge la masificación en su uso, la universalización, criminalización, represión tanto por el tráfico y consumo.

La configuración de estos nuevos perfiles ligados al desarrollo capitalista moderno con sus inherentes tendencias de desigualdad, estimulada principalmente por el auge industrial, que trae consigo el libre mercado de las drogas que se convierte en un producto de comercialización. El desarrollo del proceso industrial y el avance tecnológico viene a modificar las relaciones productivas y sociales de Europa, entre los dueños de medios de producción y asalariados, produciendo cambios profundos en el comportamiento social.

La época contemporánea se caracteriza por el afianzamiento en forma unificada y estructurada del capitalismo, dando origen a una división de países desarrollados y subdesarrollados dependientes. Aquí la drogadicción y el narcotráfico principian a reflejar esta división perfilándose los primeros como grandes centros de consumo y de organizaciones de traficantes y, los segundos como regiones de producción, quienes desempeñan una actividad que se puede calificar como de colaboradores, productores e intermediarios del narcotráfico.

La coca, al igual que la papa o el maíz, pertenece, sin duda, al patrimonio cultural del continente americano. Según el excelente estudio *mama coca* del etnólogo Antonil, editado en Londres en 1978, sus orígenes se remontan a los comienzos del período postglaciar, cuando el arbusto hoy conocido como *erythroxylum coca* debe haber sido



descubierto en las faldas orientales de los Andes centrales por los pequeños grupos de nómadas que empezaron a poblarlas. Si bien la coca forma parte de la riqueza natural y cultura del mundo andino desde la más remota antigüedad, el debate sobre la conveniencia o no de su consumo sólo comenzó con la llegada de las culturas europeas.

1.3. Definición

1.3.1. Legal

De acuerdo con el Artículo 2 inciso a) de la Ley contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala: Droga: Es toda sustancia o agente farmacológico que introducido en el organismo de una persona viva, modifica sus funciones fisiológicas y transforma los estados de conciencia. También se consideran drogas las semillas, florecencias, plantas o parte de ellas y cualquier otra sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas. A las bebidas alcohólicas y el tabaco, no le son aplicables las disposiciones de esta ley.

1.3.2. Doctrinaria

El autor Escobar Raúl Tomás, hace hincapié al referirse que la droga “es cualquier agente químico que afecte los procesos vivientes. O bien, es toda sustancia que ejerce un efecto sobre el organismo o la mente.”³ El jurisconsulto García y García Joel, la droga “es toda sustancia terapéutica o no que, introducida al organismo por cualesquiera de los mecanismos clásicos o nuevos de administración es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del individuo provocando una alteración

³ Escobar, **Ob. Cit.** Pág. 58.



psíquica o intelectual.”⁴ Desde el punto de vista farmacológico, droga es cualquier sustancia química natural o artificial que modifique la psicología o actividad mental de los seres humanos. Por las definiciones expuestas se puede definir la droga como todo compuesto químico que ejerce un efecto sobre el organismo o la mente y que produce dependencia.

1.4. Clasificación

Distintas disciplinas científicas han pretendido clasificarla, pero los avances tecnológicos en el conocimiento integral de las drogas hacen que las clasificaciones queden superadas al poco tiempo.

1.4.1. Legal

El Artículo 2 inciso a) y b); de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 establece que: " a) Drogas: Es toda sustancia o agente farmacológico que introducido en el organismo de una persona viva, modifica sus funciones fisiológicas y transforma los estados de conciencia. También se consideran drogas las semillas, florecencias, plantas o parte de ellas y cualquier otra sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas. A las bebidas alcohólicas y el tabaco, no le son aplicables las disposiciones de esta ley. b) Estupefaciente y sustancias psicotrópicas: Cualquier droga natural o sintética, así considerada en tratados o convenios internacionales de observancia obligatoria en la República de Guatemala, el Código de Salud y demás disposiciones que se emitan para determinar las drogas de uso prohibido a que se refiere la presente ley.

⁴ García Y García, Joel. **El narcotráfico**. Pág. 269.



Asimismo, el Artículo 163 inciso c) y el Artículo 164 inciso c) del Código de Salud Decreto Número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala establece: Estupefacientes, psicotrópicos y sus precursores: son sustancias que afectan la salud orgánica y síquica, que puede crear adicción y que son considerados como tales, internacionalmente. El término estupefacientes puede aplicarse a sustancias que pertenecen a diferentes categorías farmacológica... Según las Convenciones Internacionales, se han dividido las drogas en dos grandes categorías: los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas.

1.4.2. Doctrinaria

1) Por su origen

El jurisconsulto Navarro Batres Tomás Baudilio, menciona “elabora una clasificación atendiendo a su origen: natural que son producidas o extraídas de algunos vegetales; las drogas que se obtienen por medio de procedimientos químicos a partir de sustancias naturales o de sustancias elaboradas a partir de éstas; y drogas de origen sintético que son obtenidas mediante procedimientos de síntesis”⁵.

a) Narcóticos de origen natural

Entre las drogas de este tipo, se encuentran las siguientes:

- El opio;
- La cocaína;
- El cannabis y sus derivados.

⁵ Navarro Batres, Tomás Baudilio. **Las drogas un problema universal**. Pág. 317.



b) Drogas obtenidas por procedimientos químicos a partir de sustancias naturales o de sustancias a partir de éstas: Entre ellas se encuentran

- La morfina;
- La codeína;
- La heroína;
- La cocaína;
- El tetrahidrocannabinol THC
- La mezcalina
- La psilocibina y
- El LSD 25 o dietilamina del ácido lisérgico.

c) Drogas de origen sintético

Estas drogas obtenidas mediante procedimiento de síntesis, comprenden:

- Los depresores (Los analgésicos poderosos, barbitúricos y tranquilizantes).
- Los estimulantes (anfetaminas y metanfeminas).
- Los alucinógenos (LSD 25, la NN dietilriptamina o DET, la NN dietilriptamina o DMT y mezcalina).

2) Por los efectos que produce

Se refiere a los efectos que producen éstas sustancias en la actividad mental, psíquica de los individuos consumidores, tomando en consideración los efectos principales y los efectos secundarios. La División de Estupefacientes de las Naciones Unidas, en la



publicación denominada uso indebido de drogas, atendiendo a esos efectos producen en las personas, las clasifican en:

- Depresores;
- Estimulantes;
- Alucinógenos;
- Cannabis y sus productos.

Entre los Depresores, clasifica: el opio e hipnóticos o somníferos. En el opio se encuentran la morfina, la codeína, la heroína o diacetilmorfina; y los estupefacientes sintéticos de efectos morfínicos tales como la petidina, la metadona y la nometadonma. Y entre los hipnóticos, los sedativos y los tranquilizantes. Entre los Estimulantes, clasifica:

- La hoja de coca;
- La cocaína;
- Las anfetaminas y anfetamínicos.

Entre los alucinógenos están:

- El LSD 25
- El DET, el DMT, el STP o DOM
- El tetrahidrocannabinol



- La mezcalina
- El PMA

Entre el cannabis, distingue:

- El cannabis propiamente dicho; y,
- Productos del cannabis."

Para comprender, las clases de narcóticos, es conveniente conocer las características de los más comunes, como los que siguen a continuación:

- **Alucinógenos:** Los alucinógenos están entre el grupo de drogas conocidos más antiguo que se ha utilizado por su capacidad de alterar la percepción y el humor del hombre.
- **Cannabis:** El cáñamo de la India, *Cannabis sativa* L. crece en estado silvestre en la mayor parte de los trópicos y regiones templadas del mundo. Antes del advenimiento de las fibras sintéticas, esta planta fue cultivada para extraer la fibra del tallo. Actualmente se distribuyen tres drogas que se extraen del cannabis: la marihuana, el hachís y el aceite de hachís.
- **Coca:** Arbusto eritroxiláceo americano, de hojas tónicas que suelen mascar los indígenas. Arbusto de cuyas hojas se extrae la cocaína.
- **Cocaína:** Es el principal alcaloide extraído de las hojas de la planta de coca (*Erythroxylon coca*), oriunda de la zona montañosa de los Andes en Sudamérica. La cocaína estimula al sistema nervioso central y, al igual que los anfetaminas,



mantiene a la mente lúcida y despierta. Tampoco provoca, como los narcóticos, la contracción de las pupilas (miosis), sino más bien su dilatación (midriasis). general, sus efectos son todo lo contrario de los que provocan los narcóticos como el opio.

- **Codeína:** Es un estupefaciente débil que se encuentra en baja concentración en el opio. La codeína se receta médicamente para aliviar el dolor moderado. La codeína es un supresor eficaz de la tos.
- **Depresores:** Sirven para inducir el sueño, aliviar la tensión y aliviar la ansiedad. Si bien el alcohol es uno de los agentes más antiguos y más universales utilizados para estos fines, se han formulado cientos de sustancias que producen depresión del sistema nervioso central (SNC).
- **Esteroides:** Estas drogas las utilizan ilícitamente los levantadores de pesas, físico culturistas, corredores de larga distancia, ciclistas y otras personas que declaran que los esteroides le dan una ventaja competitiva o mejoran su aspecto físico.
- **Estimulantes:** Sirven para estimular el organismo y contrarrestar los efectos de la fatiga en tareas tanto mentales como físicas.
- **Estupefaciente y psicotrópicos:** Son sustancias que afectan la salud orgánica y síquica, que pueden crear adicción y que son considerados como tales internacionalmente. El término estupefacientes puede aplicarse a sustancias que pertenecen a diferentes categorías farmacológicas." Artículo 164 literal c del Código de Salud.



- **Heroína:** Es una droga sintética derivada del opio, es prohibida en casi todos los países del mundo, por ser diez veces más potente que la morfina, siendo además uno de los estupefacientes de los que más se abusa ilegalmente.
- **Marihuana:** El nombre científico de la marihuana es Cannabis Sativa Linne, es planta anual herbácea, germina entre los tres o cinco días, crece rápidamente aún en forma silvestre y puede recolectarse a las catorce semanas, tiempo en que sus principios activos alcanzan su madurez.
- **Morfina:** Es el principal constituyente del opio, puede tener concentración de 4 a 21 por ciento. Es una de las drogas más eficaces que se conoce contra el dolor y sigue siendo la norma contra la que se miden los analgésicos nuevos.
- **Opio:** Es una sabia espesa que se obtiene de la adormidera, su nombre científico es papver somniferum albus.
- **Precursores químicos:** Sustancias que pueden utilizarse en la fabricación de estupefacientes y psicotrópicos o de sustancias de efectos similares, que incorporen su estructura molecular al producto final de manera que resulten fundamentales para dichos procesos. Artículo 164 literal c del Código de Salud.

1.5. Narcotráfico

El comercio de drogas ilícitas es un negocio global de dimensiones multimillonarias. La ONU calcula que, a nivel mundial, hay más de 50 millones de personas que consumen regularmente heroína, cocaína o drogas sintéticas. Millones más están vinculados a la producción, tráfico, distribución y ventas de drogas. Las drogas están destruyendo a los jóvenes, desmembrando familias, aumentando la inseguridad en todos los países y



alterando la economía mundial. El tráfico de drogas es el peor problema de este tiempo. Los narcotraficantes proveen recursos a los terroristas, contrabandistas, especuladores, funcionarios corruptos y delincuentes comunes. La lucha contra el narcotráfico es una prioridad mundial.

De hecho, el tráfico de la cocaína es un fenómeno internacional, ejecutado por múltiples intermediarios que actúan como si fuese una empresa multinacional. Hoy en día el narcotráfico es una ocupación o actividad de alcance mundial. Funciona como una máquina o un negocio, donde rige el principio de la jerarquía, cuyas cimas quedan siempre en el más absoluto anonimato. Dispone y maneja unas cifras de dinero tan altas que se cree capaz de comprar cualquier conciencia. Igualmente, las cifras de ganancias acumuladas por las estaciones de distribución que operan en los distintos lugares a lo largo del trayecto por el que pasa la droga desde la primera transformación que sufre la materia prima hasta el consumidor individual son deslumbradoras.

1.6. Producción de drogas

El negocio de las drogas, como cualquier otra industria, está gobernado por las leyes de la oferta y la demanda. A mayor demanda, mayor producción; cuando la oferta excede la demanda, bajan los precios y, viceversa. En otras palabras, cuando hay escasez de materia prima, bien sea hoja de coca, opio o marihuana, los precios aumentan; si hay demasiada, los precios bajan. Además, los productores, ya sean campesinos en la región andina, o fabricantes de drogas sintéticas en Europa o EEUU, tratan de minimizar los costos y maximizar las ganancias. A comienzos de los años 90, Colombia funcionaba como un gran centro de procesamiento de pasta de coca para la producción de cocaína; la materia prima era cultivada y semi-procesada en otros países andinos.



Sin embargo, para 1997, se convirtió en el primer productor mundial de coca. La expansión de las zonas cocaleras colombianas ha compensado la importante disminución en el cultivo de coca registrada en Perú y Bolivia.

1.7. Tráfico de drogas

El comercio global en drogas ilícitas genera miles de millones de dólares al año.; según algunos cálculos, el volumen económico del narcotráfico equivale al de la internacional del turismo. Las enormes cantidades de dinero en juego lo convierten en una de las actividades criminales más lucrativas y peligrosas en el mundo de los negocios ilegales.

El más reciente informe del Departamento de Estado de Estados Unidos de América, reafirma que la ubicación de Centro América la hace atractiva para el transbordo de cocaína y heroína producida en Suramérica, y destinada principalmente a Estados Unidos de América. Las rutas y los métodos de transporte cambian constantemente. Cuatro son los medios utilizados por las organizaciones clandestinas para transportar la droga: avionetas particulares, líneas aéreas regulares, vías marítimas o fluviales y personas ajenas a la organización que son contratadas con carácter eventual por los traficantes para que transporten el producto en su propio cuerpo o entre sus objetos de uso personal. Pero los grandes negocios son generalmente hechos con avionetas particulares, que tienen una autonomía de vuelo de 5 a 6 horas.

1.8. Consumo de drogas

Según uno de los informes anuales de la ONU (1973), el uso de la cocaína como droga se extendió ampliamente en Europa y en los Estados Unidos entre 1900 y 1910, para luego casi desaparecer del mercado entre las dos guerras mundiales y aparecer otra



vez al terminar la segunda guerra mundial; de ahí la preocupación de la ONU. Los consumidores de drogas ilícitas están en aumento, alcanzando en la actualidad entre el 5 y 6% de la población mundial. Siendo los mayores consumidores Estados Unidos de América y Europa.

CAPÍTULO II



2. La narcoactividad y los narcóticos

2.1. Acepciones de narcoactividad

En la actualidad el término narcotráfico y narcoactividad se ha generalizado para nombrar todas aquellas actividades que tienen por objeto el tráfico nacional o internacional de drogas, fármacos o estupefacientes, y todas aquellas sustancias químicas y biológicas que alteran el organismo del ser humano. El término en sí mismo, es marcado como un acto degradante, vergonzoso, despreciable y repugnante, en virtud de la ilegalidad de la acción. Sin embargo puede establecerse que la narcoactividad, no se limita solo a la persona de quien consume para sí misma, sino que abarca también a la persona de quien la compró, así como quien se encarga de cultivarla, producirla, transportarla, distribuirla para su fin último que es la venta y que tales actividades están penalizadas por la ley por su carácter de ilícito.

Siendo ésta una actividad prohibida como es lógico, su práctica se convierte en un tráfico, y debido a que es un tráfico de narcóticos (Narcótico: productos de adormecimiento o somnolencia artificial), esta y todas las actividades relacionadas con dicho fin, o fines similares se les conoce como: Narcoactividad o narcotráfico, lo que su sola mención alude a una actividad puramente ilícita. De lo anteriormente descrito, se desprende que la narcoactividad como acción delictiva comprende los siguientes actos:

La siembra o cultivos de plantas alucinógenas:

- La introducción del extranjero de drogas o fármacos estupefacientes;
- La venta, entrega, transporte o suministro de drogas o fármacos estupefacientes;



- La retención, guarda o conservación de tales sustancias; y
- El consumo de las mismas.

2.2. Definición de narcoactividad

El letrado Diez Repolles José Luís, expone que narcoactividad se entiende “La actividad de carácter ilícito que consiste en la producción, transportación, distribución, comercio y almacenamiento de plantas estupefacientes psicotrópicas y su industrialización y que causan daño a la salud de las personas.”⁶ Es decir, que este concepto jurídico formal sintetiza las conductas delictivas que lesionan la salud pública, que se refieren a toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes, psicotrópicos y drogas.

2.3. Reseña histórica

La actividad relacionada con las drogas es tan antigua como la humanidad misma, ya que en los pueblos de Mesoamérica y Sudamérica ocuparon un lugar privilegiado porque la droga formaba parte de la cultura y tradiciones de los pueblos; la hoja de coca empezó a ser usada diariamente por indígenas debido a las condiciones inhumanas de trabajo impuestas por los conquistadores españoles encontraban en esto una posibilidad de soportar la explotación a que estaban sometidos. En la actualidad la hoja de coca continúa jugando un papel mítico importante en las culturas indígenas de Bolivia y Perú.

Según los incas es un estimulante de trabajo, sobre todo del conocimiento y la palabra; la planta de coca simboliza el desarrollo de la vida, las ramificaciones de su linaje y

⁶ Diez Repolles, José Luís. **Legislación sobre drogas: alternativas**. Pág. 43.

clanes de las relaciones complementarias entre el hombre y la mujer. La marihuana en Mesoamérica fue y es un legado cultural, es el medio para comunicarse con el pasado transformándolo en un eterno presente, quienes le atribuían cualidades de lucidez mental que facilitaba la oratoria en las ceremonias. En la época moderna el consumo de la droga adquiere perfiles diferentes, ya que surge la masificación en su uso, la universalización, criminalización, tanto por tráfico como consumo de droga general.

2.4. Antecedentes del narcotráfico a nivel mundial

La utilización de drogas o narcóticos en la humanidad se reporta en las diversas culturas que se han desarrollado en el planeta y que dada la utilización como un fenómeno eminentemente místico y religioso nunca se convirtió en un problema o en actividad que afectara el desarrollo de las culturas y de los ciudadanos del mundo. En el desarrollo histórico se sabe que la utilización de drogas o narcóticos se daba para la celebración de ritos, relacionados con la religiosidad y con la celebración de festividades en las distintas culturas y su utilización se daba en consecuencia en los estratos superiores y sacerdotales de las diversas sociedades.

Ahora bien, la narcoactividad como tal a nivel mundial se da y tiene su origen en el momento en que el intercambio comercial entre naciones permite a los países que siendo productores naturales de las drogas o narcóticos entran en otros Estados un posible mercado de consumo que factibiliza visualizar ganancias tanto en la producción, el tráfico o transporte y su distribución en los mercados de consumo. En si la narcoactividad nace pues, cuando los narcóticos se constituyen en un bien, que entre las sociedades se produce y permite su comercialización obteniéndose así una fuente de riqueza para todos los que en la cadena de su trasiego y consumo participan. Por la



naturaleza del presente trabajo carece de importancia hacer una relación histórica muy detallada de la narcoactividad tanto por su poca importancia.

2.5. Antecedentes del narcotráfico en Guatemala

En Guatemala, se inicia el fenómeno del narcotráfico en la década de los años ochenta, cuando amparados en el conflicto armado interno y la descomposición del Estado, sectores de poder militar, político y económico encuentran en esa actividad una manera de proveerse, al amparo del propio Estado, de un dinero abundante y fácil de ganar, dada la posición geográfica de nuestro país, se inicia el ilícito del narcotráfico como un corredor de paso de los grandes países productores hacia el gran país consumidor.

Con las restricciones que se imponen de parte de las autoridades de los Estados Unidos de Norte América al tráfico de drogas especialmente provenientes de Colombia, nuestro país pasa a ser un importante puente para el tráfico internacional de drogas que permite, al amparo de agentes de Estado y otros por la debilidad de las instituciones de policía y control inocuo por la tentación que produce las ganancias en un país de salarios e ingresos bajos y un traslado fácil hacia los carteles que introducen la droga hacia el gran país consumidor.

En la medida que nuestro territorio es utilizado como corredor y puente del narcotráfico internacional, van quedando algunas cantidades de droga, aunque se pueden calificar de pequeñas cantidades, son las que permiten la creación de un pequeño mercado de consumo local que tiende a la formación de adictos y establecer enlaces para las actividades en gran escala con el objeto de potenciar y facilitar el tránsito internacional.



Es hasta la década de los noventa, en que dado a los múltiples controles que las autoridades estadounidenses sobre el tráfico internacional de drogas, que los carteles internacionales encuentran en nuestro territorio nacional las posibilidades de aumentar el consumo local y fomentar el trasiego, creando carteles de distribución y convirtiendo extensiones del territorio nacional en bodegas de droga para que de aquí se prepare el embarque hacia el mercado norteamericano y al europeo.

En cuanto al narcotráfico en Guatemala vale la pena mencionar que nuestros gobiernos, obligados por la presión norteamericana y por razones de interés social han debido implementar políticas contra el narcotráfico, por lo que se ha separado del Código Penal el narcotráfico como actividad ilícita para regularlo a través de una ley especial. Razón por la cual el Estado de Guatemala promulgó el Decreto Número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley Contra la Narcoactividad, la cual pasa a regular la actividad del narcotráfico y a establecer sanciones tanto de la privación de la libertad como pecuniarias para los ilícitos relacionados con esa materia, así como establece las formas procesales específicas, encontrándose dentro de estos ilícitos el delito de Posesión para el Consumo.

2.6. Drogas

El doctor Guillermo Cabanellas, menciona que “es cualquier sustancia medicamentosa natural o sintética de efecto estimulante, deprimente o narcótico, siendo sustancias animales, vegetales o minerales empleadas en medicina, en la industria y otras actividades, sin estricta propiedad suele referirse a estupefacientes y venenos, se entiende por droga o fármaco todo agente químico que tiene acción sobre los seres



vivos.”⁷ Por su parte el jurista León Méndez Ricardo, expone que “la droga es los siguientes términos: “...Sustancia natural o sintética, capaz de producir en dosis variables, los fenómenos de dependencia psicológica o dependencia orgánica”⁸. Pero en esta definición se hace mayor énfasis al aspecto químico de la sustancia, excluyendo la finalidad con la cual se utiliza la misma.

2.6.1. Definición legal

Se encuentra regulada en el Artículo 2 literal a del Decreto Número 48-92 y sus Reformas, Ley Contra la Narcoactividad, el cual establece: Drogas: Toda sustancia o agente farmacológico que, introducido al organismo de una persona viva modifique sus funciones fisiológicas y transforma los estados de conciencia; También se consideran drogas las semillas, florecencias, plantas o parte de ellas y cualquier otra sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas.

2.6.2. Estupefacientes y sustancias sicotrópicas

El tratadista Guillermo Cabanellas, comenta que los estupefacientes son “sustancias narcóticas, como el opio, la morfina o la cocaína, que produce trastornos graves de orden psicofisiológico. Las sustancias psicotrópicas son aquellos fármacos que producen cambios o alteraciones en la mente del individuo.”⁹

a) Definición legal

Se encuentra regulada en el Artículo 2 literal "b" del Decreto Número 48-92 y sus Reformas, el cual establece: Estupefacientes y sustancias psicotrópicas: Cualquier

⁷ Guillermo Cabanellas. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 803.

⁸ León Méndez, Ricardo. **Las drogas y su regulación penal en Guatemala**. Pág. 139.

⁹ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 251.



droga natural o sintética, así considerada en tratados o convenios Internacionales de observancia obligatoria en la República de Guatemala, el Código de Salud y de disposiciones que se emitan para determinar las drogas de uso prohibido a que se refiere la siguiente ley....

2.7. Definiciones relacionadas al tema de drogas

2.7.1. Consumo de drogas

Es el uso ocasional periódico, habitual o permanente de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (Artículo 2 literal e Decreto Número 48-92 y sus Reformas).

2.7.2. Adicción

Es la dependencia física o psíquica atendida la primera como sujeción que obliga a la persona a consumir, drogas y que al suspender su administración provoca perturbaciones físicas y/o corporales y la segunda como el impulso que exige la administración periódica y continua de drogas para suprimir un malestar psíquico (Artículo 2 literal c Decreto Número 48-92 y sus Reformas).

2.7.3. Precursores

Es la materia prima o cualquier otra sustancia no elaborada, semielaborada que sirve para la preparación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (Artículo 2 literal g Decreto Número 48-92 y sus Reformas).

2.7.4. Instrumentos y objetos del delito

Los instrumentos son las herramientas utilizadas para la comisión de los delitos que establece la Ley contra la Narcoactividad, los objetos del delito son las drogas,



estupefacientes, psicotrópicos, precursores que provengan de los delitos regulados en la Ley contra la Narcoactividad (Artículo 2 literal i Decreto Número 48-92 y Reformas).

2.8. Drogas y estupefacientes más usados en Guatemala

2.8.1. Marihuana

El autor Bejarano A; comenta que “es conocida con el nombre de provinciana, debido a su moderación embriagadora es una de las drogas más discutidas pues a pesar de ser considerada por ser menos peligrosa que otras por no crear dependencia física conduce a un debilitamiento psíquico. El nombre científico de la marihuana es cannabis sativa linne, es planta anual, herbácea, germina entre los tres o cinco días, crece rápidamente aun silvestre y puede recolectarse a las catorce semanas, tiempo en que sus principios activos alcanzan su madurez.”¹⁰

2.8.2. Crack

Continúa manifestando el tratadista Bejarano A, que “cocaína mezclada con agua y bicarbonato, formando una piedra, su precio es uno de los más bajos, es la más adictiva, dura un minuto y luego el cuerpo pide más, puede causar un paro cardíaco algunos han fallecido a la primera dosis.”¹¹

2.8.3. Cocaína

Entre los estupefacientes más utilizados se encuentra el clorhidrato de cocaína, el que se obtiene mediante el tratamiento a que son sometidas las hojas del árbol de la coca, muy común en Perú y Bolivia se cuenta que algunos indígenas de estas regiones a

¹⁰ Bejarano A. y otros. **Narcotráfico, política y corrupción.** Pág. 216.

¹¹ **Ibid.**



veces pasan largas horas, ya sea trabajando o caminando sin comer solo masticando hojas de coca.

El autor Astolfi Emilio; comenta que “la cocaína se presenta al comercio en forma de cristallitos blancos, y es muy usado como anestésico en medicina tiene un sabor amargo y pronunciado y puesta en la lengua o en la encía la duerme a los pocos segundos.”¹²

2.8.4. Opio

En el Diccionario de la lengua española se menciona que se “obtiene de la incisión hecha en la amapola de la planta adormidera, llamada papaver somniferum, la que da un líquido lechoso, que se solidifica rápidamente y que constituye el opio puro, ya que también suele obtenerse opio, aunque de inferior calidad machacando el tallo y ramas. Del opio se obtiene infinidad de derivados o sucedáneos muy usados todos ellos en medicina tales como la morfina, apomorfina, codeína, narceína, heroína y laudano.”¹³

2.8.5. Pastillas

El tratadista ossorio Manuel, refiere que “es una porción pequeña de pasta en sentido estricto, la muy pequeña compuesta de azúcar y alguna sustancia medicinal o meramente agradable.”¹⁴

2.8.6. Hongos alucinógenos

Este tipo de estupefaciente lo que ocasiona es efectos en la visión creando ilusiones, y estos duran en el cuerpo durante siete años.

¹² Astolfi, Emilio. **Toxicomanías**. Pág. 183.

¹³ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 992.

¹⁴ ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 519.



2.8.7. Inhalantes

Entre los efectos que produce este tipo de estupefaciente como lo son el pegamento, tener, es el atontamiento general del cuerpo, dolor de cabeza y cambios en la percepción y el sueño.

2.9. El narcotráfico en Guatemala

2.9.1. Situación económica y social del país

En Guatemala se pueden distinguir dos conglomerados mayoritarios de población: la indígena y la ladina o mestiza. La población indígena se caracteriza por un modo de vivir que refleja los rasgos herederos de la cultura maya prehispánica, mientras que la población ladina o mestiza tiene un modo de vivir en el que predominan rasgos de la cultura hispánica, lo cual caracteriza a Guatemala como un país con pluralidad étnica y cultural.

Según lo manifestado en el Programa de Gobierno 1996-2000, Guatemala cuenta aproximadamente con 10 millones de habitantes y está creciendo a un ritmo anual de 2.9%. Su ingreso per cápita anual es de US\$ 930. El 52% de la población es indígena; el 62% vive en el área rural, dispersa en 19,140 localidades menores de 2,000 habitantes, de las cuales el 71% son localidades menores de 200 habitantes. El 79.9% de la población y el 75.5% de los hogares viven en condiciones de pobreza; el 59.3% de ellos viven en condiciones de extrema pobreza.

Las personas que viven en pobreza y pobreza extrema se caracterizan por un bajo nivel de escolaridad y educación, así como una precaria situación de salud. Alrededor del 79% de los jefes de familia sin ningún nivel de escolaridad pueden ser calificados como



pobres. Adicionalmente, un 48% de ellos no han completado el nivel primario. La población de escasos recursos tiende a permanecer enferma e inactiva por períodos de tiempo más largos que los que se sitúan en una mejor situación económica, siendo el promedio de enfermedad e inactividad más prolongado en las áreas rurales que en las urbanas.

Los índices más altos de pobreza se registran en la región norte (Alta y Baja Verapaz) y noroccidente (Quiché y Huehuetenango), donde la extrema pobreza es del 83% y 88% respectivamente, seguidos por las regiones suroccidental y suroriental, especialmente en los departamentos de San Marcos, Sololá, Totonicapán y Jalapa. Una curva de Lorenz para Guatemala muestra que al 10% de la población de mayores ingresos corresponde el 43.98% del ingreso total, mientras que al 90% restante le corresponde sólo el 56.02%. Los datos anteriores significan que tres de cada cuatro personas no pueden satisfacer sus requerimientos nutricionales diarios. Es esta realidad la que muchos jóvenes viven, siendo éstos algunos de los factores expresados por ellos como desencadenantes para consumir drogas.

La Constitución Política de la República señala que es obligación del Estado proporcionar educación a los habitantes sin discriminación alguna y declara que los habitantes tienen derecho y la obligación de recibir la educación preprimaria, primaria y básica. La educación que imparte el Estado es gratuita. En 1999 se registró una tasa de 32.7% de analfabetismo en la población mayor de 15 años. Se observó por lo tanto una disminución en el porcentaje de analfabetismo, puesto que en 1994, la tasa era de un 41% y en 1985 la tasa era del 52.3%. Los índices actuales de analfabetismo son especialmente alarmantes en el área rural, en donde un 67% de la población es analfabeta.



En lo que respecta a la cobertura educativa, el Estado no ha podido hacer efectiva la obligación de proveer de educación a todos los niños y jóvenes. En el país hay 631,000 niños y niñas entre 5 y 12 años que no asisten a la escuela y 900,000 jóvenes entre 13 y 19 años, que se encuentran en la misma condición. La tasa de escolaridad para el nivel primario es de 85.7% y del 31.4% para el nivel medio.

En la región metropolitana, la tasa de escolaridad representa un 99.7%, en las regiones norte y noroccidente solamente es de 51.7% y de 50.5% respectivamente. La tasa de escolaridad en el ciclo de educación básica es de 31.4% y la tasa para el ciclo diversificado es de 13.6%.

Es importante señalar que se ha tomado en cuenta para el desarrollo de los programas preventivos, el hecho que Guatemala es un país multilingüe, cuya población se reparte en 24 lenguas, entre las cuales se encuentran el Quiché, Mam, Chiché, Kekchí, Kanjobal, Tzutujil, Ixil, Chortí, Pocomchí, Poptí, Pocomam, Chuj y Sacapulteco, entre otros.

Pese a las mejoras de los indicadores de salud más relevantes, la situación de salud de la población es precaria. Para 1994 se reportó una mortalidad infantil de 54 por 1,000 nacidos, mientras que la mortalidad materna llega a ser de 24.6 por 10,000.

Las tasas de mortalidad infantil son más altas en el área rural, especialmente en Totonicapán, Escuintla y Chimaltenango, así como en la población indígena. La mortalidad infantil es mayormente ocasionada por infecciones intestinales, debido a las medidas pobres de higiene y salud. Actualmente la cobertura de servicios públicos de salud llega al 40% de la población.



2.9.2. Diagnóstico situacional

Las condiciones geográficas, demográficas, económicas, educativas, de salud y otros ubican a Guatemala en situación de vulnerabilidad, con tendencia a que el problema de consumo de drogas aumente de manera considerable y afecte significativamente a los diferentes grupos de la población guatemalteca.

En el año de 1998 se efectuó la “**Encuesta Nacional DUSI**”, en estudiantes del nivel medio de educación del sector público del país, evidenciándose que uno de los grupos más vulnerables para el consumo de sustancias adictivas son los adolescentes y jóvenes comprendidos entre las edades de 12 a 18 años de edad, estableciéndose el alcohol y el tabaco como las sustancias que con mayor frecuencia consume este grupo, entre otros hallazgos.

Además de lo anterior, la “Investigación de riesgos macro sociales realizada en el año 2000 en Guatemala”, reflejó que los departamentos con nivel de riesgo extremo son: Petén y Guatemala, con riesgo muy alto: Izabal, Alta Verapaz y Quiché, riesgo alto: San Marcos, Sololá, Escuintla, Huehuetenango, Chiquimula, Baja Verapaz, Suchitepéquez, Zacapa, Retalhuleu y Jutiapa y riesgo medio los demás restantes.

En el año 2002 se aplicó a 3,233 estudiantes del nivel básico y diversificado. La Encuesta Sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media en la Ciudad de Guatemala –Si-DUC- confirmando una vez más que las drogas legales como el tabaco y el alcohol, siguen siendo las más consumidas en la población encuestada. También hay unos consumos considerativos de marihuana, tranquilizantes y estimulantes. Reveló además, que las edades de mayor riesgo para el consumo de drogas son de 13 a 15 años.



En ese mismo año se efectuó el “Estudio Nacional sobre la Desregulación Psicológica y su Relación con el Consumo de Drogas y Ajuste Social en Adolescentes Guatemaltecos”, en aproximadamente 8,500 adolescentes de 12 a 20 años (7,500 estudiantes y 1,000 jóvenes que se encuentran en alto riesgo de abuso de drogas, jóvenes de centros de tratamiento, trasgresores juveniles, niños y niñas en situación de calle e hijos de adictos).

El estudio refleja que cerca de la mitad de los niños escolares guatemaltecos indicaron haber bebido alcohol (52%) o fumado cigarrillos (44%) una o más veces en su vida. De cada (100) niños dieciocho (18) habían usado tranquilizantes, ocho (8) estimulantes, cuatro (4) marihuana, dos (2) inhalantes y cocaína y uno (1) éxtasis y crack.

Comparados con los niños escolares juveniles y niños en situación de calle informaron de niveles muy elevados de uso de drogas, principalmente de alcohol, cigarrillos, inhalables, marihuana, cocaína y crack.

2.9.3. Antecedentes históricos

Guatemala continúa siendo un país clave para el tráfico de cocaína y heroína, proveniente de la América del Sur en ruta a los Estados Unidos y Europa. Grandes cargamentos transitan regularmente a través de Guatemala por rutas aéreas, terrestres y marítimas con muy poca intervención de las fuerzas policíacas. Durante el año 2002, Guatemala fracasó notoriamente en cumplir con sus obligaciones antinarcóticas.

Este último año fue muy difícil para las agencias guatemaltecas involucradas en los esfuerzos antinarcóticos, a pesar de la ayuda y entrenamiento proporcionado en forma regular por el Gobierno de los Estados Unidos. Las incautaciones de cocaína



disminuyeron en más del 40 %, muy por debajo de los promedios anteriores. Los problemas tradicionales de corrupción, la falta aguda de recursos, el liderazgo deficiente y los constantes cambios de personal en las agencias policíacas y otras agencias del Gobierno de Guatemala continúan afectando en forma negativa la capacidad del Gobierno guatemalteco para combatir el narcotráfico y el crimen organizado.

El Departamento de Operaciones Antinarcóticas (DOAN) de la Policía Nacional Civil sustrajo de las reservas del gobierno más del doble de la cantidad de cocaína decomisada durante el año. El personal del DOAN también tomó como rehén el pequeño poblado de Chocón (comunidad de Entre Ríos del Municipio de Livingston departamento de Izabal) en un esfuerzo por robar 2000 kilos de cocaína, incidente que resultó en la tortura y muerte de dos campesinos.

Estos y otros escándalos condujeron en principio al despido o transferencia de más del 75 % del personal del DOAN, y finalmente a la disolución de la unidad en octubre de 2002. La recién creada policía antinarcótica (SAIA, Servicio de Análisis e Información Antinarcóticas de la Policía Nacional Civil) ha tenido algunos logros pequeños y ha respondido al entrenamiento y asistencia técnica proporcionadas por el Gobierno de los Estados Unidos. El Gobierno de los Estados Unidos de América trabajará con el Gobierno de Guatemala en la profesionalización del SAIA, con el fin de mejorar las operaciones de interdicción y erradicación. Se dará un énfasis particular al liderazgo, las investigaciones y los derechos humanos. Existen además esfuerzos similares para mejorar el desempeño de los fiscales de narcoactividad y jueces. La mayoría de estos programas son de naturaleza regional. El Gobierno guatemalteco reconoce que existe un aumento en el problema del consumo doméstico y apoya un programa muy activo de reducción de la demanda.



El Gobierno de Guatemala ha estado trabajando positivamente en el uso de la ley de Lavado de Dinero aprobada en el año 2001, pero hasta la fecha no se ha logrado ninguna condena y permanece en el listado del FATF de países no cooperantes en materia de lavado de dinero. Se iniciaron las negociaciones sobre un acuerdo antinarcóticos marítimo de seis partes. Guatemala es parte de la Convención de Drogas de las Naciones Unidas de 1988 y de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Condición del país: Guatemala es el país de preferencia en Centro América para el almacenamiento y consolidación de envíos de cocaína hacia los Estados Unidos. Los cálculos del Gobierno de Estados Unidos indican que hasta 400 toneladas métricas de cocaína son transportadas cada año por Centro América en ruta a México y los Estados Unidos, de las cuales casi la mitad transita por Guatemala. Las agencias policíacas guatemaltecas incautaron 2.4 toneladas métricas de cocaína en el año 2002. Esto representó una disminución significativa comparada con las 4.1 toneladas métricas incautadas el año anterior, cantidad que ya estaba por debajo de los promedios históricos. El DOAN sustrajo más de la mitad de la cantidad de cocaína reportada como incautada y se involucró en una serie de escándalos antes de su disolución. Los narcotraficantes continúan pagando con drogas los servicios de transporte, fomentando de esta forma el consumo local y el crimen.

La corrupción, los cambios de personal policíaco, el liderazgo deficiente y la falta de recursos continúan plagando la policía. Desde la toma de posesión de la administración de Alfonso Portillo, a principios del año 2000, se han nombrado cuatro Ministros de Gobernación diferentes, siete Directores de la Policía Nacional Civil (PNC) y 11 jefes del DOAN y SAIA. Estos constantes cambios han hecho casi imposible la planificación a



largo plazo de las operaciones y ha dificultado el establecimiento de relaciones de trabajo. La policía guatemalteca tiene problemas para apoyar en forma adecuada los esfuerzos de interdicción y erradicación de drogas, debido a la escasez de equipo aéreo con el que cuenta. Existen incluso problemas para proporcionar equipo básico y provisiones a los agentes de SAIA en el campo. La corrupción es endémica en todos los sectores y niveles del gobierno y la misma continuó obstaculizando significativamente las operaciones antinarcóticas durante el año 2002.

El SAIA, que reemplazó al DOAN, tiene el potencial de convertirse en una amenaza honesta y confiable para el narcotráfico. Todos los miembros nuevos son sometidos a una investigación de antecedentes, a una prueba por polígrafo y a un análisis. Durante los últimos dos meses del 2002, las agencias del gobierno de los Estados Unidos de América comenzaron a trabajar más de cerca con el SAIA con el resultado de algunas operaciones exitosas, especialmente en el aeropuerto internacional. Se necesitará más entrenamiento y apoyo por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América para entrenar y equipar al SAIA en forma adecuada.

También será necesario que el Gobierno de Guatemala proteja al SAIA de la tremenda corrupción que condujo a la disolución del DOAN. Además, el SAIA tendrá que encontrar la forma para funcionar con muy pocos recursos, ya que la PNC está teniendo problemas incluso para pagar los salarios y servicios básicos de la fuerza nacional, compuesta por 20,000 miembros.

Las fiscalías antinarcóticas del Ministerio Público reciben entrenamiento y asistencia por parte del Gobierno de Estados Unidos y continúan trabajando casos y procurando el enjuiciamiento de criminales narcóticos menores. Estas fiscalías también fueron en



parte disueltas y reestructuradas durante el año 2002. Con aún poca experiencia los nuevos fiscales parecen ser competentes y conocedores del trabajo. Como en años anteriores, ha habido poco éxito para enjuiciar a los narcotraficantes principales.

La corrupción, la intimidación y la falta de recursos en el sistema judicial, así como la ausencia de leyes formales contra la conspiración criminal en Guatemala constituyen las razones adicionales para la falta de éxito en el enjuiciamiento y condena de los narcotraficantes principales. Guatemala está comenzando a trabajar en forma positiva en el uso de la Ley de Lavado de Dinero aprobada en el 2001. Sin embargo, aún no se ha logrado ninguna condena. De usarse correctamente, la Ley de Lavado de Dinero podría convertirse en una salida para llevar a la justicia a los narcotraficantes, más importantes ya que la misma contiene cláusulas limitadas para los delitos de conspiración.

Guatemala cultiva cantidades mínimas de amapola y marihuana. Aparte del crack y marihuana para consumo local, en Guatemala no se procesa otro tipo de drogas. Sin embargo, la diversidad de químicos precursores se considera como un problema en Guatemala. En 1999, el Gobierno de Guatemala aprobó la Ley Para Control de Químicos que identifica 46 químicos diferentes que deben ser controlados, pero aún no se han aprobado las regulaciones que harían de esta ley una herramienta útil para propósitos de procesamiento y refuerzo. Incluso si las regulaciones fueran aprobadas, el Gobierno de Guatemala carece de personal y recursos para controlar los químicos específicos.

El Gobierno de Guatemala cuenta con un programa agresivo de reducción de la demanda, dirigido al creciente problema de abuso de sustancias. La Secretaría



Ejecutiva de la Comisión Contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, SECCATID, ha continuado trabajando de cerca con el Gobierno de Estados Unidos, América y otras organizaciones internacionales, incluyendo a las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, a través de la realización de seminarios y estudios diseñados para reducir el consumo y aumentar la conciencia pública en cuanto al consumo y narcotráfico.

a) Guatemala no puede contra el narcotráfico

La guerra guatemalteca contra el tráfico de drogas está perdida y en los pasillos de Gobierno de Estados Unidos de América no queda ni esperanza de revertir, ni el interés suficiente para apoyar su combate. Esa es la conclusión del informe de la organización Consejo de Asuntos Hemisféricos (COHA) en Washington, Estados Unidos. El reporte del centro de políticas sobre la relación entre Estados Unidos y América Latina está basado en afirmaciones de funcionarios estadounidenses e investigaciones sobre el narcotráfico en el país. El informe critica la corrupción e inoperancia nacional, así como la falta de interés del Gobierno estadounidense por combatir el flagelo en Centroamérica.

El punto flojo: Guatemala se ha convertido en el pivote central del tráfico de drogas de Sudamérica hacia Estados Unidos, por ser el país donde ha habido menos resistencia, aseguran oficiales del Departamento de Estado y la Agencia contra el Tráfico de Drogas (DEA, por sus siglas en inglés) a Christina McIntosh, de COHA.

Otro agente de la DEA, frustrado por los pobres resultados, describió la lucha antinarcótica en Guatemala y Nicaragua, como “un partido de fútbol en el que se enfrentan colegiales inexpertos contra profesionales del mejor equipo del mundo”.



COHA describe la investigación de Radio Nacional Pública (NPR) estadounidense en la que reveló que los narcotraficantes que tiran los paquetes de cocaína en el mar pescadores pobres y militares los traen a tierra y los llevan a transportes terrestres rumbo a México y luego a Estados Unidos.

Pesimismo total: En los pasillos del gobierno en Washington lo que reina es un pesimismo total por Colombia y Guatemala, donde erradicar la corrupción es más difícil que hacerlo con los líderes de los carteles”, expresa Larry Birns, director de COHA. Para el estadounidense, en Guatemala, “todos tienen su precio o, si se oponen, son asesinados por el narcotráfico”, y el único que tiene la calidad de equipo de los narcotraficantes es EEUU. Washington sabe de la dimensión del problema de droga en Guatemala, pero no quiere hacer nada, porque tiene otras prioridades, como el Tratado de Libre Comercio”, dice Birns.

El más débil del área: Muchos de estos “colegiales inexpertos” – según la descripción del oficial de la DEA-, en especial los militares, son además débiles, corruptos, añade el informe de COHA. Si bien, los narcotraficantes cuentan con recursos “interminables”, el reporte señala al país de ser el menos efectivo en la materia de toda Centroamérica, en comparación con El Salvador y Honduras. En 2003, Guatemala fue descertificada por EEUU, por ser uno de los tres países del mundo que no combatían el tráfico de drogas.

Desestabilización: La señal de alerta por el narcotráfico empieza a encenderse cada vez más, para llamar la atención de Washington. Si has estado trabajando en la región por los últimos 20 años, notarías que casi parece como si regresa a un ciclo. Creo que será de nuevo un problema, porque se está desestabilizando de nuevo. Antes fue por



los conflictos armados; ahora, por el tráfico de drogas”, dijo NPR Mick Hogan, Jefe de la Sección Antinarcótica en la Embajada de los EEUU y militar en la década de 1980. El informe cita declaraciones de Dan Fisk, Subsecretario de Estado de EEUU, en las que afirma que si se pueden traficar drogas, dinero, personas y armas, el istmo centroamericano podría ser explotado por terroristas. La hora de la verdad será cuando el Congreso estadounidense certifique en septiembre si el país combatió al narcotráfico, advierte Birns.

2.9.4. Cultivo, producción, venta transporte y financiamiento

“En cuanto a la situación de producción dentro del territorio nacional, las condiciones geográficas del país permiten la existencia de cantidades significativas de cultivo de marihuana (la cual es considerada como de alta calidad), así como mínimas cantidades de siembras de amapola. La presencia de cantidades cada vez mayores de cocaína (la cual es usada como pago a los narcotraficantes y delincuentes locales por parte de los carteles internacionales), han fomentado la producción de crack, el cual es ampliamente usado en los estratos socioeconómicos bajos de la sociedad guatemalteca.

Por otro lado, el país con una historia de confrontación marcada por siglos de exclusión social y 36 años de Guerra Civil, conflictos que han dejado una capacidad instalada para la operación de grupos al margen de la ley. Así mismo, el parque de fusiles de asalto (principalmente AK-47 y Galil) introducidos al país durante la guerra, aunado a las redes de tráfico de armas que operan en el país, permiten que el narcotráfico posea armamento superior al de las propias fuerzas de seguridad, y en ocasiones al del ejército. Hay quienes sostienen la opinión que el narcotráfico puede equipararse a una actividad empresarial como cualquier otra, afirmando que genera en el país donde se



desarrolla, ganancias similares al sector de la exportación, es decir, aportes positivos en divisas al sistema financiero y generando oportunidades de empleo en amplios sectores de la sociedad, constituyendo un elemento dinámico en el desarrollo económico de los países del tercer mundo.

Esta percepción equivocada se funda en el hecho que existe un relativo beneficio de corto plazo resultado de la producción y tráfico ilícito de drogas. Se sabe que en los países donde se produce droga ilícita se crean puestos de trabajo que son ocupados por un número de personas con bajo nivel educativo, que se dedican desde el cultivo hasta la distribución de drogas.

“Cultivo / producción ilícita: Guatemala produce una cantidad significativa de marihuana y cantidades mínimas de opio. El Gobierno de Guatemala continuó erradicando en forma manual los cultivos de marihuana y opio, pero la falta de activos aéreos para operaciones de reconocimiento y transporte de personal ha dificultado las operaciones de erradicación, debido a lo montañoso del terreno y las limitantes de infraestructura disponible. Sin embargo, se ha continuado fuertemente con los esfuerzos de erradicación de plantas de marihuana con más de 380,000 plantas erradicadas en el año 2002. Existen pocos índices que muestren que Guatemala cuenta con laboratorios o plantas de procesamiento de cocaína u otros narcóticos ilegales, aunque existe evidencia que sugiere que cantidades grandes de dichas drogas que transitan por Guatemala, son con frecuencia divididas en cargamentos pequeños para ser posteriormente enviados a su destino.

Venta, transporte y financiamiento: La Carretera Panamericana es el conducto principal para las drogas que transitan hacia el norte de México y eventualmente a los



Estados Unidos. La tendencia de “mulas” que transitan por Guatemala subsecuentemente son capturadas en los aeropuertos de los Estados Unidos cocaína y heroína en sus cuerpos continúa. El uso de lanchas rápidas continúa aumentando y también parece haber un aumento en el uso de aeronaves pequeñas.

El uso de contenedores comerciales, tanto terrestres como marítimos, sigue ofreciendo la mejor oportunidad para pasar de contrabando grandes cantidades de droga a través de Guatemala. Esta también representa el área en donde los esfuerzos de intervención del Gobierno de Guatemala han tenido menos éxito, fundamentalmente debido a la corrupción que existe en los tres puertos principales. Los contrabandistas colombianos y mexicanos continúan operando en Guatemala, aunque los grupos locales realizan la mayor parte del transporte. Un máximo de 10% de cocaína transportada a través de Guatemala queda en el país como pago por los servicios prestados por los grupos locales. La mayoría de esta droga se vende en Guatemala como crack.

2.9.5. Comercio internacional

El autor Puricelli José Luis, hace referencia que “el tráfico de drogas se ha convertido en Guatemala, en un problema nacional, pues se ha dicho que el país constituye no sólo un puente para el traslado de la droga de los países del sur hacia el norte, sino también se ha evidenciado que se han encontrado siembras nacionales de droga, principalmente la marihuana, pues ésta según algunos estudios, no necesita de cuidados para que se desarrolle, inclusive crece en forma silvestre y su cultivo resulta muy fácil.”¹⁵

¹⁵ Puricelli, José Luis. **Estupefacientes y drogadicción, tenencia, uso, prevención y tratamiento legal, drogas en el deporte, responsabilidad de laboratorios y droguerías; facultades del juez, ley 23.737 y normas complementarias.** Pág. 418.



Los Convenios y Tratados Internacionales en el combate frontal contra el Narcotráfico, se originan como consecuencia del tráfico de drogas, que se ha convertido en un problema no sólo nacional, sino también internacional, para erradicarlo efectivamente se requiere de la cooperación internacional, de los países cuyo territorio están siendo utilizados por el Narcotráfico.

Por el compromiso que ha adquirido Guatemala para la erradicación del tráfico ilegal de drogas, se han suscrito y ratificado diversos Tratados y Convenios Internacionales, los cuales han tenido poca efectividad. Los países que suscriben y ratifican los Convenios los adoptan como ley interna, adquiriendo desde entonces la obligación de prohibir sustancias y compuestos ilícitos, permitiéndose el uso con fines médicos o científicos, así como introducir en la legislación las normas que sean consecuentes con las convenciones.

El narcotráfico y la farmacodependencia son flagelos que amenazan la salud física y moral de la humanidad, por lo que se considera fundamental la intervención del Estado cuando se atenta contra la salud de los habitantes, así como la seguridad social, tal como lo estipula la Constitución Política de la República de Guatemala. Los narcotraficantes han elegido esta actividad para enriquecerse a costa de la salud, de la libertad, de la felicidad y de la vida de las personas. Las ganancias generadas han aumentado de 85 mil millones de dólares, hace diez años, a 500,000 millones actualmente. En la medida que el tráfico y consumo aumentan se ha generado un problema adicional que es el blanqueo o lavado de dinero.

En los antecedentes históricos se puede observar que se han suscrito y ratificado Convenios, para prevenir y combatir el tráfico, entre los que se pueden citar: Convenio



Internacional del Opio 1911; Convenio Internacional del Opio 1925; la Convención para Limitar la Fabricación y para Reglamentar la Distribución de Drogas y Narcóticos de 1931; Convención para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas de 1936; las del Protocolo de 1946 y 1948 no fueron ratificadas; Protocolo para Limitar y Reglamentar el Cultivo de la Adormidera y la Producción, el Comercio Internacional, el Comercio al por Mayor y el Uso del Opio.

En el periodo de 1961 a 2000, Guatemala suscribe diversos tratados referente a estupefacientes, psicotrópicos y drogas, lo que la compromete a luchar contra el narcotráfico y toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización, la cual tuvo como consecuencia la descertificación de Guatemala, durante el periodo 2002 a 2003, por parte de los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que se convirtió en el primer país centroamericano sobre el cual recae esta medida y la colocó a la misma altura que Haití y Myanmar.

Como podemos entender el concepto de descertificación, a este respecto podríamos decir que la descertificación es La decisión tomada por el Gobierno de los Estados Unidos de América de retirar a un gobierno de otro país de su lista de aliados en la lucha antidrogas, debido a que como país se ha fallado de manera demostrativa en sus obligaciones de combatir al narcotráfico. Esto debido a la corrupción generalizada, además de otros factores como el poco interés que demuestran las autoridades de gobiernos para enfrentar la Narcoactividad. Eso significa que la Casa Blanca (El gobierno de los Estados Unidos de América) les niega su certificación como países activos en la lucha antidrogas y se pierde la asistencia económica de ese país, aunque en los casos de Guatemala y Haití se realizó una excepción por razones de interés nacional.



Al concertar Tratados y Convenios lo importante en este periodo de 1961 a 2000, surgen las reformas al Código Penal, y se elabora una ley específica, el Decreto Número 48-92 del Congreso de la República, ley que regula los delitos contra el narcotráfico, la cual se encuentra vigente. La lucha contra el narcotráfico tiene resultados nada alentadores, que ha contribuido a fomentar un problema del cual nadie parece ejercer control, el desmedido consumo de drogas.

2.9.6. Regulación legal

Las normas que regulan la oferta y la demanda de drogas están contenidas en diferentes cuerpos legales nacionales y en convenios internacionales. La Constitución Política de la República de Guatemala declara de interés social las acciones contra el alcoholismo y la drogadicción, debiendo el Estado tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas. Asimismo, establece que el Estado desarrollará acciones de prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud.

La Ley Contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República, en protección de la salud, declara de interés público la adopción por parte del Estado, de las medidas necesarias para prevenir, controlar, investigar, evitar y sancionar toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes, psicotrópicos y las demás drogas o fármacos susceptibles de producir alteraciones o transformaciones del sistema nervioso central y cuyo uso es capaz de provocar dependencia física o psíquica, incluidos en los convenios y tratados internacionales, ratificados por Guatemala y en cualquier otro instrumento jurídico internacional que sobre esa materia se apruebe. Dicha Ley establece:



- a) Las instancias gubernamentales encargadas de prevenir y controlar la oferta y demanda,
- b) Lo relativo a los delitos y las formas de participación en el mismo,
- c) Las penas y sus circunstancias especiales de aplicación,
- d) Las medidas de seguridad aplicables,
- e) El procedimiento penal que debe seguirse,
- f) La asistencia jurídica internacional, y
- g) La extradición.

El Código de Salud, Decreto Número 90-97 del Congreso de la República, en armonía con lo dispuesto en la Ley Contra la Narcoactividad, establece que todo acto relacionado con estupefacientes, psicotrópicos y sus precursores, sólo podrá efectuarse con fines terapéuticos o industriales, previa autorización del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. Asimismo, tipifica infracciones relacionadas con la venta de bebidas alcohólicas, tabaco y formulaciones comerciales con sustancias tóxicas a menores de edad y otras.

El Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, desarrolla las fases del proceso penal, el cual también tiene aplicación en materia de narcotráfico y establece expresamente la exclusión de medidas sustitutivas de la prisión, en el caso de los delitos contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad. La Ley de Protección del Menor en Situación de Riesgo de Drogadicción, Decreto Número 26-96, reformado por el Decreto Número 91-97 (ambos del Congreso de la República),



establece la creación de la Comisión Tutelar del Menor en Situación de Riesgo de Drogadicción y regula el uso del tolueno como sustancia tóxica.

El Decreto Número 47-96 del Congreso de la República declara de interés nacional el rescate del niño, niña y adolescente alcohólico. Además, regula la venta, distribución y suministro de bebidas alcohólicas a menores de edad, imponiendo sanciones restrictivas de la libertad personal y/o multas a los infractores. El Acuerdo Gubernativo 112-99 de la Presidencia de la República, establece la creación de la Comisión Multisectorial para el Control del Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas y de aquellas transgresiones comunes y conexas relacionadas con esta actividad, cuya finalidad es vigilar la venta y consumo de esas sustancias, el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas en materia fiscal y de higiene.

CAPÍTULO III



3. Los delitos de narcotráfico

3.1. Definición de los diferentes tipos de delitos de narcotráfico

Obligadamente, al iniciar el estudio de los diferentes tipos penales de narcotráfico, debemos considerar que la Ley contra la Narcoactividad Decreto Número 48-92 del Congreso de la República, fue aprobada previo a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del mismo ente colegiado, por lo que la Ley contra la Narcoactividad fue considerada con base en el Código de Procedimientos Penales ya derogado.

Así también, debemos entender que esta ley es novedosa en cuanto a definir en forma distinta (aunque no contradictoria), figuras definidas en el Código Penal como por ejemplo la participación en el delito que incluye las sanciones para las propias personas jurídicas, las penas y sus circunstancias especiales, las medidas de seguridad, responsabilidades civiles, incluso la definición de nuevos tipos penales y otras que por no tener relación con el tema principal que se investiga, no entraremos a analizar (Vr. extradición, asistencia internacional, etc.).

La ley presenta una estructura distinta en relación a las conductas que contienen los tipos penales. Se redefinen las conductas que contienen los tipos penales. Se redefinen las conductas relativas a la narcoactividad, tratando el legislador de ceñirse a las formas de conducta delictiva que el narcotráfico puede presentar en la actualidad tránsito Internacional. Vale la pena indicar que existen varias figuras ilícitas definidas dentro de los delitos de narcotráfico no como en el caso del lavado de dinero u otros



activos que es una sola figura con varios supuestos. Por esa razón, para la mejor comprensión de cada uno de los tipos penales que contiene, definiremos cada uno de ellos, antes de indicar sus elementos, entendiéndose estos como el bien jurídico tutelado, sujeto activo del delito, sujeto pasivo del delito, objeto material y consecuencias jurídicas (penas).

3.1.1. Tránsito internacional

El Artículo 35, establece: Quien sin estar autorizado, participe, en cualquier forma en el tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de precursores y sustancias esenciales destinadas a la fabricación o disolución de las referidas drogas.... Unos de los delitos más conocidos y publicitados es el que se refiere al tránsito internacional. Este tipo penal básicamente consiste en el transporte de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y otras análogas sin autorización.

El sujeto activo de este delito será cualquiera que participe en el tránsito, no importando si su colaboración es determinante o no pues para que el delito se perfeccione basta que intermedie entre su premeditación o ejecución para ser relacionado. El objeto material es el tránsito internacional; esto quiere decir que lo que se penaliza es la permisión del transporte de drogas por el territorio nacional que ocurre normalmente sin ser detectado por ser Guatemala uno de los corredores principales de drogas a esta fecha.

3.1.2. Siembra y cultivo

El Artículo 36, establece: El que sin estar autorizado ¡legalmente siembre, cultive o coseche semilla, florecencias, plantas o parte de las mismas, de las cuales



naturalmente o por cualquier medio, se pueda obtener drogas que produzcan dependencia física o psíquica.... Sencillamente el sujeto activo será la persona que siembre o cultive ilegalmente cualquier tipo de sustancia ilegal que se encuentre definida dentro de las ilícitas.

Sin embargo, no debe olvidarse que existe siembra y cultivo de droga permitida que es realizada al cumplir con los requisitos fundamentales establecidos por la ley, al sujeto activo se le sanciona por hacerlo sin la debida autorización. En este delito el objeto material consiste en la siembra, cultivo y cosecha sin autorización; esto es importante porque cualquier que colaboré en la siembra, aunque luego no cultive o coseche puede ser sancionado por la comisión del ilícito. Quedan fuera de este supuesto, las personas que haya preparado la tierra anteriormente pues preparar la tierra no es sinónimo de sembrar.

3.1.3. Fabricación o transformación

El Artículo 37, establece: El que, sin autorización legal, elabore, fabricare, transformare, extrajere u obtuviere drogas...". La fabricación o transformación, consiste en el proceso por medio del cual la materia prima (es decir, la semilla, florecencia, planta o parte de las mismas), es procesada con el fin de otorgar pureza a la sustancia narcótica o por ejemplo que la droga ya extraída se transforma para su venta o tránsito. Vale la pena hacer mención que, al igual que en la mayoría de delitos de narcotráfico o los relacionados con él, una de las partes fundamentales del delito es que no haya autorización legal para hacerlo, el delito se perfecciona al carecer de esta autorización legal. En este caso el sujeto activo del delito es quien personalmente participa en la



fabricación o transformación o extracción u obtención de drogas, otra vez, aunque la participación sea mínima, igual debe ser sancionado por la comisión de este ilícito.

En el caso del objeto material, debemos entender que se encuentran incluidos cuatro verbos rectores a saber: fabricación, transformación, extracción u obtención. Los primeros dos no dejan lugar a dudas, sin embargo, los segundos merecen una explicación aparte. El narcótico ilícito, entendemos, puede provenir de elementos químicos o elementos naturales. Los elementos químicos son aquellos que han sido "obtenidos" a través de los diferentes métodos científicos conocidos. Mientras que los que provienen de elementos naturales, precisamente son extraídos de la misma. En todo caso el objeto material constituirá esa fabricación, transformación, extracción u obtención de drogas de su materia prima.

3.1.4. Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito

El Artículo 38, establece: El que sin autorización legal adquiera, enajene a cualquier título, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expendo o realice cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florecencias o sustancias o productos clasificados como drogas, estupefacientes, psicotrópicos o precursores. Quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas utilizadas para el tráfico ilícito. El sujeto activo de este delito será la persona que realice cualquiera de las actividades señaladas en este Artículo, siempre que se relacionen con las sustancias controladas. Además incluye a los colaboradores mayores no encubridores que son tratados por aparte, quienes proporcionan los medios para el aterrizaje de naves aéreas en el tráfico ilícito. En el caso del objeto material, los verbos rectores del delito son:



- Adquirir que dicho de otra forma, ocurre cuando el sujeto activo del delito adquiere como intermediario cantidades considerables de droga para ser distribuidas con posterioridad;
- Enajenar a cualquier título (es decir, por medio de cualquier título), que es el vender la droga no importando la cantidad, calidad o cualidad que posee, simplemente venderla;
- Importar, expone Ruiz Núñez Leonel Estuardo, que de conformidad con el Catalogo de términos y sus acepciones utilizadas en administración financiera y administración tributaria, es “compra de bienes en el exterior, introducción, en un país, de productos de otro. Conjunto de cosas importadas”, podría ocurrir como importación definitiva, importación temporal con reexportación en el mismo Estado e importación temporal para el perfeccionamiento activo.”¹⁶
- Exportar, Delgado Girón Ariel Eliseo menciona que según el Catalogo de términos y sus acepciones utilizadas en administración financiera y administración tributaria es “la salida del territorio aduanero nacional cumplidos los trámites legales, de mercancías nacionales o nacionalizadas, pudiendo también ocurrir como exportación definitiva, e con reimportación en el mismo Estado y exportación temporal para el perfeccionamiento pasivo.”¹⁷
- Almacenar, esto es guardar en un almacén, bodega, tienda, casa, oficina u otro similar, cualquier cantidad de droga posible con cualquier fin (entiéndase, venta, exportación, importación, transporte, Etc.);

¹⁶ Ruiz Núñez, Leonel Estuardo. **Breve estudio sobre la relación entre política criminal, dogmática y criminología en el fenómeno sociológico de la narcoactividad.** Pág. 371.

¹⁷ Delgado Girón, Ariel Eliseo. **La despenalización en los delitos de narcotráfico.** Pág. 259.



- Transportar, conducir o llevar en cualquier medio de transporte, aéreo, terrestre o acuático, cualquier narcótico;
- Distribuir, el distribuidor es aquel intermediario mayor que en porciones menos que la que posee, reparte entre los diferentes vendedores, nacional o internacionalmente el narcótico;
- Suministrar, dar la droga habitualmente;
- Vender.
- Exender.
- Realizar, concepto en el cual se incluye cualquier otra forma de actividad relacionada con el tráfico de estupefacientes que exista o pueda inventarse posteriormente.
- Proporcionar los medios para aterrizaje de aeronaves destinada al narcotráfico.

Por tanto, el sujeto activo que realice cualquiera de las actividades señaladas estará incluido dentro de esta figura ilícita.

3.1.5. Posesión para el consumo

El Artículo 39, establece: Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley... Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho que surja la convicción de que la droga es para uso personal. El sujeto activo de este delito puede ser



cualquier persona que consuma droga de cualquier tipo. El objeto material es el que posee para consumir. Es decir, el que tenga drogas en cantidades mínimas que sirva para ninguna otra cosa más que para el uso personal del poseedor.

3.1.6. Promoción y fomento

El Artículo 40, establece: El que en alguna forma promueva el cultivo, el tráfico ilícito de semillas, hojas, florecencias, plantes o drogas, o la elaboración de éstas, o fomente su uso indebido.... El sujeto activo del objeto material lo podríamos resumir en el promover el cultivo, el tráfico y su elaboración, y el fomentar su uso. Debemos poner especial atención que ambos conceptos se unen por la letra y que en este caso es copulativa, esto quiere decir que son tipos penales que nuestra ley cataloga como un solo y que en cualquiera de los supuestos indicados deben ser denominados como uno solo, no importando si solo existe promoción o solo fomento.

3.1.7. Facilitación de medios

El Artículo 41, establece: El que poseyere, fabricare, transportare o distribuyere equipo, materiales o sustancias, a sabiendas de que van a ser utilizadas en cualquier de las actividades a que se refiere los artículos anteriores. Este delito es cometido por el sujeto activo que sabiendo lo que hace (diferente al debiendo saber del delito de lavado de dinero u otros activos), proporcionar e incluso poseer, cualquier equipo, material y sustancia que se sirva para fabricar, transportar o distribuir cualquier sustancia de las denominadas controladas. El objeto material posee varios verbos rectores, a saber: poseer, transportar, o distribuir. Estos se complementan con los objetos que los verbos accionan como lo son el equipo, materiales o sustancias, y por último el conocimiento que será utilizado para actividades ilícitas relacionadas con el tráfico de drogas.



3.1.8. Alteración

El Artículo 42, establece: El que alterare o falsificare, total o parcialmente, recetas médicas y que de esta forma obtenga para sí o para otro, drogas o medicamentos que las contenga... Igual pena se le aplicará a quien sin fines terapéuticos o prescripción médica a otra persona, con el consentimiento de ésta, aplique cualquier tipo de drogas. Si a quien se administrare no prestare su consentimiento o fuere menor de dieciocho años.... Este delito, consideramos que debiera estar colocado en la parte de los delitos incluidos en el capítulo IV, título VII del Código Penal, que son específicamente contra la salud por relacionarse directamente con ellos.

A pesar que en determinado momento pueden tener relación con los delitos de narcotráfico, los efectos no son tan considerables como para ser denominados dentro de estos. El sujeto activo puede ser cualquier persona que: total o parcialmente altere o falsifique una receta; que obtenga para sí o para otro, drogas o medicamentos que las contenga; que aplique droga con el consentimiento de esta sin fines terapéuticos o prescripción médica; y, el que administre a un menor de dieciocho años o a una persona que no ha dado su consentimiento. El objeto material consiste en alterar o falsificar una receta médica para obtener para sí drogas o medicamentos que contengan esa droga, y el que la aplica con o sin el consentimiento de parte o un menor de dieciocho años.

3.1.9. Expendio ilícito

El Artículo 43, establece: El que estando autorizado para el expendiendo de sustancias medicinales que contengan drogas, las expidiere en especie, calidad o cantidad distinta a la especificada en la receta médica o sin receta médica. El sujeto activo del delito es



el expendedor de la droga no importando si esta es ilícita o lícita. El objeto material resulta un tanto complejo, porque existen varios supuestos que deben conocerse. El verbo rector del delito en todo caso es el expender mientras el objeto del verbo son las sustancias medicinas que contenta drogas. Ahora bien, estas drogas pueden ser expedidas en especie distinta a la especificada en la receta. O puede ser expedida en calidad distinta a la especificada en la receta. O puede ser expedida en cantidad distinta a la especificada en la receta. Por último el hecho que la sustancia medicinal sea de especie, calidad y cantidad correcta, pero expedida sin receta médica hace que confluya la comisión del ilícito.

3.1.10. Receta o suministro

El Artículo 44, establece: El facultativo que recete o suministre drogas que necesiten receta para ser adquiridas cuando no son indicadas por la terapéutica con infracción de las leyes o reglamentos sobre la materia. El sujeto activo de este delito es el denominado facultativo. Sin embargo, ¿quién es el facultativo? Cuando se menciona la palabra facultativo, entendemos que se trata de un médico y cirujano, con o sin especialización que puede otorgar una receta médica; en efecto, el diccionario de la Real Academia Española, en su sexta acepción indica que facultativo es médico o cirujano. Sin embargo, en materia penal se debe entender con un concepto un poco más amplio. Por ejemplo, los odontólogos u ortodoncistas o aquellos oftalmólogos que sin ser graduados como médicos y cirujanos ejercen la profesión, otorgan recetas médicas. Los psicólogos en determinado momento también recetan en casos difíciles de llevar. De esta forma, cualquier facultativo que tenga autorización legal para dar recetas puede cometer este tipo penal.



El objeto material, tenemos que encontrarlo en las leyes y reglamentos sobre la materia. Esta podríamos clasificarlas dentro de los tipos penales en blanco, porque para encontrar el ilícito previamente debemos entender cómo es que la droga se receta o suministra lícitamente. Recordemos que existen drogas que únicamente pueden ser vendidas por medio de la presentación de las recetas que correspondan por lo tanto para su venta, es necesario que el facultativo extienda la receta. Sin embargo, hay otras que por su uso común son vendidas legalmente sin mayores complicaciones (Vr. La aspirina, tylenol, tums, Etc.). Es el Ministerio de Salud Pública quien define que drogas deben ser suministradas por medio de receta médica y sin esta no pueden ser vendidas.

3.1.11. Transacciones e inversiones ilícitas

El Artículo 45, establece: El que por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, realizar con otras personas o establecimientos comerciales, bancarios, financieros, o de cualquier otra naturaleza, transacciones mercantiles con dinero o productos provenientes de las actividades ilícitas previstas en esta ley, independientemente del lugar del territorio nacional o extranjero donde se haya cometido el delito o donde hayan producido dichos recursos financieros.

- a) La interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado del establecimiento que autorizare, permitiera o realizare dichas transacciones, conociendo la procedencia del dinero o producto.
- b) Quien participe en actos o contratos reales o simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores tendientes a ocultar,



encubrir, simular o diluir los recursos financieros obtenidos como resultado de las actividades ilícitas a que se refiere esta ley.

- c) El que sin ser de las personas mencionadas en el inciso anterior y conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto, autorizare, permitiere o realizare las transacciones a que se refiere este Artículo, aprovechando de su función, empleo o cargo.

Incurrirán en esta figura delictiva las personas jurídicas o individuales que reportara al Ministerio Público, las transacciones mayores a cincuenta mil quetzales que realizaren.

Dichos reportes solo podrán utilizarse para los efectos d esta ley; este Artículo contiene una indicación adicional en el Artículo 46 que establece: "Para los efectos de esta ley, se establece la presunción de que el dinero o producto proveniente de transacciones derivadas de los delitos a que se refieres esta ley, cuando se haya adquirido o negociado en un plazo de tres años anteriores al procedimiento respectivo. Dicho plazo, por razones de irretroactividad de la ley, comenzará a contarse desde la vigencia de la presente ley.

Este delito se podría llamar en Guatemala como el precursor del delito de lavado de dinero u otros activos. A mi entendimiento, se ha convertido en una ley vigente no positiva, toda vez que al estudiar detenidamente el tipo encontramos que posee los mismos elementos que el del lavado de dinero u otros activos, por lo tanto a pesar que el Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República Ley de lavado de dinero u otros activos, no lo deroga específicamente, si se menciona en el Artículo 46 de dicho cuerpo legal que: Las disposiciones de esta ley prevalecerán sobre cualquier otra



dictada con anterioridad, o que se dictare posteriormente, con relación a este mismo tema, en forma idéntica o similar, salvo que se derogasen expresamente.

3.1.12. Asociaciones delictivas

El Artículo 47, establece: Los que formen parte de bandas o asociaciones, integradas por dos o más personas, destinadas a sembrar, cultivar, producir, refinar, comercializar, vender, traficar, transportar, retener, distribuir, almacenar, importar, exportar, recibir o entregar drogas, sustancia estupefacientes o psicotrópicas o productos derivados de las mismas o destinado para su preparación, así como cualquier otra actividad ilícita relacionado con la misma... Quien promueva, dirija, financie, o en cualquier forma realice una conducta sin la cual no podría realizarse la organización ni las actividades de estas bandas o asociaciones. Lo anterior sin perjuicio de los demás delitos en que haya incurrido.

Este delito lo comete el sujeto activo (cualquier persona), que se asocie para delinquir, por cualesquiera de las formas establecidas en dicho artículo. El delito en sí, no puede ser considerado individualmente, su comisión tiene que ser efectuada en asociación con otra u otras personas. Esto es de singular importancia porque se trata de un delito que tiene varios sujetos activos concatenados y consecuentes a un mismo fin, sin embargo, cada uno es sancionado por separado. El objeto material del delito, consiste en los mismos verbos rectores que hemos mencionado anteriormente.

La diferencia fundamental que en este caso se efectúa en grupo. Por ejemplo, el que promueve o financie la formación de una banda o asociación, también puede ser responsabilizado por este delito, toda vez que de otra forma, no existirá. Tiene que ser específicamente para un grupo de personas no individuales.



3.1.13. Procuración de impunidad o evasión

El Artículo 48, establece: Quien siendo funcionario o empleado público encargado de investigar, juzgar, custodiar a personas vinculadas con los delitos tipificados en esta ley, contribuya en cualquier forma a la impunidad o evasión de tales personas, oculte, altere, sustraiga o haga desaparecer las pruebas, los rastros o los instrumentos del delito, o que asegure el provecho o producto de ese hecho... Si los hechos mencionados se cometieron en forma culposa por el funcionario o empleado público....

Este delito está tipificado específicamente para los empleados y funcionarios públicos, por lo tanto el sujeto activo debe tener esa calidad. Lo interesante de este extremo es que este sujeto debe investigar, juzgar o custodiar a personas vinculadas con delitos de narcotráfico, o contribuya a la impunidad y evasión de dichas personas. Quienes de alguna forma desaparezcan pruebas. Esto no importando si es un hecho de tipo doloso o culposo, puesto que ambos están definidos en la ley. Esto quiere decir que, sin un funcionario por ejemplo del Ministerio de Salud, colabora en por ejemplo desaparecer pruebas de un caso de narcotráfico en el ejercicio de su función, no puede ser juzgado por este delito, pues no forma parte del sujeto activo definido. El objeto material es básicamente el procurar la impunidad de las personas relacionados con el narcotráfico, en cualquier forma posible.

3.1.14. Promoción o estímulo a la drogadicción

El Artículo 49, establece: Quien estimule, promueva o induzca por cualquier medio el consumo no autorizado de drogas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas e inhalables. En el presente caso nos encontramos ante un sujeto activo que tiene como característica principal el estimular o promover el consumo de drogas. En qué forma es



este estímulo y promoción es irrelevante, lo importante es que lo efectúe. El objeto material es la estimulación, promoción e inducción de terceras personas al consumo de drogas.

3.1.15. Encubrimiento real

El Artículo 50, establece: El que con el fin de conseguir para si o para un tercero algún provecho, después de haberse cometido un delito de los contemplado en esta ley, sin concierto previo, ocultare, adquiriere o recibiere dinero, valores u objetos, conociendo que son productos de dicho delito o han sido utilizados para cometerlo.

3.1.16. Encubrimiento personal

El Artículo 51, establece: El que con conocimiento de haberse cometido un delito de los contemplados en esta ley y sin concierto previo ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta. Para los efectos de la aplicación de este artículo y el anterior, será indiferente que el hecho delictivo se hubiere cometido en el territorio nacional o extranjero. Tomaremos estos dos dentro del análisis como un solo por ser semejantes en su estructura.

Por un lado, el sujeto activo del delito en ambos casos puede ser cualquier persona que colabore real o personalmente después de que los delitos han sido cometidos. El objeto material, que en este caso es la forma del encubrimiento, variará dependiendo del tipo penal que busquemos. En el caso del encubrimiento real, oculta bienes o dinero. En el segundo ayuda a evadir las investigaciones o a sustraerse de la acción de éstas.



3.2. Bien jurídico tutelado

El jurisconsulto Cornejo Abel, menciona que el bien jurídico tutelado de los delitos de narcotráfico “es la salud de las personas esto es lógico si se toma en consideración que las sustancias narcóticas que son distribuidas a las personas afectan la salud de las mismas, toda vez que al provocar dependencia se producen una serie de desordenes psíquicos y físicos que a veces insuperablemente producen la muerte. Adicionalmente las personas que por ejemplo distribuyen drogas que si están autorizadas, pero sin cumplir con las autorizaciones que corresponden, producen también daños en la salud de las personas que lo consumen.”¹⁸

Pues hay drogas autorizadas que provocan dependencia también y su consumo desordenado provoca también desordenes como los indicados en el párrafo anterior. Vale la pena mencionar en este punto que, también existen drogas que causan los mismos efectos descritos pero que se encuentren permitidas por la ley y se venden libremente como por ejemplo los cigarrillos y las bebidas que contienen alcohol. Estos, también afectan la salud, sin embargo, difícilmente se tiene un control contra estos males.

3.3. Sujeto pasivo

El tratadista Carranca y Trujillo Raúl, menciona que “cualquier persona que tenga acceso en cualquiera de los supuestos anteriores puede ser sujeto pasivo de este delito. También el estado como tal, es sujeto pasivo pues en general la salud es una

¹⁸ Cornejo, Abel. **Los Delitos del Tráfico de Estupeficientes**. Pág. 417.



afección generalizada. Es obvio, además que la lucha contra el narcotráfico es un problema de estado.”¹⁹

3.4. Consecuencias jurídicas

Cada uno de los tipos penales que hemos analizado en este capítulo tienen penas o agravaciones específicas que deben conocerse, sobre todo para el establecimiento de la forma como podría ocurrir que en cualquiera de estos hechos ilícitos ocurriera, levantamiento del velo. En ese sentido los delitos tipificados como narcotráfico tienen las sanciones penales siguientes:

3.4.1. Para el de tránsito internacional

La pena señalada es de doce a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales (Artículo 35).

3.4.2. Para el de siembra y cultivo

La pena señalada es de cinco a veinte años de prisión y multa de diez mil a cien mil quetzales (Artículo 36).

3.4.3. Para el de fabricación o transformación

La pena señalada es de ocho a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales (Artículo 37).

3.4.4. Para el de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito

La pena señalada es de doce a veinte años de prisión y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales (Artículo 38),

¹⁹ Carranca y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general**. Pág. 410.



3.4.5. Para el de posesión para el consumo

La pena señalada es de cuatro meses a dos años de prisión, y multa de doscientos a diez mil quetzales.

3.4.6. Para el de promoción y fomento

La pena señalada es de seis a diez años de prisión y multa de diez mil a cien mil quetzales.

3.4.7. Para el de facilitación de medios

La pena señalada es de cinco a diez años de prisión y multa de diez mil a cien mil quetzales. En este caso debemos indicar que si se trata de un establecimiento comercial, el mismo es clausurado.

3.4.8. Para el de alteración

Este delito cuenta con dos supuestos. Para el primero la pena señalada es prisión de cuatro meses a dos años y multa de doscientos mil a diez mil quetzales. Para el segundo una pena de tres a seis años de prisión y multa de cinco mil a cien mil quetzales.

3.4.9. Para el de expendio ilícito

La pena señalada es de tres a cinco años de prisión, y multa de dos mil a diez mil quetzales.



3.4.10. Para el de receta o suministro

La pena señalada para este delito es de tres a cinco años de prisión y multa de doscientos a diez mil quetzales, además de la pena especial de inhabilitación para ejercer la profesión.

3.4.11. Para el de transacciones e inversiones ilícitas

Posee dos supuestos al igual que el de alteración. Para el primero la pena señalada es prisión de seis a veinte años y multa de cincuenta mil a cinco millones de quetzales. Para el segundo (contenido en el literal c de este supuesto), es prisión de cinco a diez años y multa de diez mil a un millón de quetzales.

3.4.12. Para el de asociaciones delictivas

También posee dos supuestos. En el primero la pena señalada para este delito es prisión de seis a diez años y multa de mil quinientos a tres mil quetzales. En el segundo una pena prisión de diez a veinte años y multa de tres mil a seis mil quetzales.

3.4.13. Para el de procuración de impunidad o evasión

La pena señalada es prisión de seis a quince años, inhabilitación definitiva para el ejercicio de funciones públicas y multa de cincuenta mil a un millón de quetzales.

3.4.14. Para el de promoción o estímulo a la drogadicción

La pena señalada es prisión de dos a cinco años y multa de cinco mil a cien mil quetzales.



3.4.15. Para el de encubrimiento real

La pena señalada es prisión de tres a cinco años y multa de mil a cien mil quetzales.

3.4.16. Para el de encubrimiento personal

La pena señalada en este delito es prisión de dos a cinco años y multa de mil a cien mil quetzales. No podemos dejar pasar el mencionar que en cuanto a las consecuencias jurídicas (penas), que tienen la comisión de los ilícitos mencionados el Artículo 52 establece que si como consecuencia de los delitos tipificados en la ley, resulta la muerte de una o más personas, se debe aplicar la pena de muerte o treinta años de prisión según las circunstancias del hecho. Si hubiera lesiones de las calificadas como graves o muy graves o pérdida o disminución de facultades mentales, la pena será de doce a veinte años de prisión.

Por todos es conocido que los delitos indicados son cometidos en algunas oportunidades por medio de entidades que poseen personalidad jurídica propia y que normalmente se disfrazan de entidades mercantiles o asociaciones civiles con giros distintos al narcotráfico. Propiamente en el ámbito mercantil, las sociedades anónimas que son utilizadas para fines ilícitos (y de hecho no solo el narcotráfico o lavado de dinero u otros activos), se esconden bajo el velo que las protege y de esta forma aún y cuando su accionar sea ilícito nadie puede determinar quiénes son las verdaderas personas que manejan los destinos de ellas.

En el caso de los dos delitos analizados, sin embargo, podemos considerar que el velo si puede ser levantado, puesto que en el caso hipotético de la comisión de los ilícitos existe un sanción no solo para los miembros de las sociedades indicadas, son también



para las mismas personas jurídicas independientemente de quiénes las conforman por tanto esa sanción se haría extensible a las que están protegidas por este velo poniendo al descubierto su accionar y procediendo la persecución penal contra los que la conforman.

3.5. El delito de posesión para el consumo

3.5.1. Definición

Etimológicamente la palabra delito, proviene del latín delictum, expresión de un hecho antijurídico y doloso. Pero a criterio de la ponente del presente trabajo, se estima muy acertada la definición que da el catedrático español Jiménez Usúa, que expone del delito “es la acción u omisión culpable, típicamente antijurídica, penada por la ley e imputable a un sujeto responsable y sometida en ciertos casos a una condición externa de punibilidad.”²⁰

El Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto Número 48-92 del Congreso de la República literalmente establece: posesión para el consumo. Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q200.00 a Q.10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.

²⁰ Jiménez de Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal**. Pág. 86.



3.5.3. Elementos del delito

a) Sujeto activo

El escritor Cuello Calón Eugenio, menciona que “es la que refiere solo el hombre puede ser sujeto del delito; solo el hombre puede ser delincuente.”²¹ Por su parte el letrado Carranca y Trujillo Raúl, expone que “el sujeto activo del delito es quien es quien lo comete o participa en su ejecución. Es pues, el sujeto activo del delito de posesión para el consumo, lo constituye cualquier persona, hombre o mujer que sean mayores de edad.”²²

b) Tratamiento médico del sujeto activo

Como se ha visto anteriormente, las leyes ordinarias en plena concordancia con los preceptos, excluyen que las acciones para eliminar la drogadicción sean de tipo punitivo sino que al contrario el dependiente sea tratado médicamente. Es decir que la doctrina penal en este aspecto, es unánime al exponer que la persona dependiente no sea sancionada, sino sea tratado en lugares adecuados.

De ahí la necesidad de aplicar siempre y cuando se cumpla con la requisitación legal de conformidad con la ley, inmediatamente la salida rápida y sencilla de la medida de desjudicialización del criterio de oportunidad, y dependiendo de los casos al ser necesario la internación del dependiente en un centro asistencial conveniente para dichos casos.

²¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 318.

²² Carranca y Trujillo, Raúl. **Ob. Cit.** Pág. 389.



c) Supuesto jurídico contenido en la norma jurídica transcrita

El sujeto activo debe encuadrar su conducta, dentro del supuesto, que adquiera o posea la droga para su propio consumo, es decir, que los verbos rectores de la hipótesis jurídica anteriormente anunciada son adquirir o poseer. Poseer, es tener materialmente una cosa en nuestro poder, y adquirir, es conseguir algo mediante trabajo o industria de uno, comprende básicamente todo cuanto logramos o nos viene por compra, donación, herencia u otro título cualquiera. Se puede deducir, que ambos términos son sinónimos y quieren decir en esencia lo mismo, para el caso que nos ocupa la ilegalidad de la posesión de alguna droga para el propio consumo por parte del sujeto activo del delito; ya que puede adquirir la droga en forma ilícita ya sea a título oneroso o a título gratuito, ya que el requisito es poseer alguna droga o se le incaute en sus pertenencias.

- **Clases de consumo**

De acuerdo con el Artículo 2 de la Ley contra la Narcoactividad, consumo es uso ocasional, periódico o habitual o permanente de la sustancia a que se refiere la presente ley. Es decir, que el legislador quiso crear varios tipos de consumo y los cuales el juez debe de aplicar en el momento de imponer una sanción a aquel que comete el ilícito de estudio, así podemos ver que existe:

- **Consumo ocasional**

Es aquel en el cual el individuo por tener oportunidad ya sea por curiosidad por ejemplo, ingiere alguna droga con el objeto de sentir sus efectos, lo que lo sitúa en una posición de peligro pues si la experiencia le fue grata puede tratar de adquirirla nuevamente del mismo que se la proporcionó y así desarrollar una adicción a la droga, o sea que en



esta clase de consumo el individuo aun no ha desarrollado dependencia hacia la droga, por lo que puede no volver a consumirla, además se debe considerar que aun en el caso de que vuelva a tener contacto con la misma, dependiendo el tiempo podrá tener la calidad de consumidor ocasional.

➤ **Consumo periódico**

En este tipo de consumo, se observa una fase más desarrollada pues en este caso el individuo ya tiene dependencia hacia alguna droga y necesita sentir sus efectos, aunque básicamente median lapsos para consumirla, por ejemplo puede esperar a que llegue el día viernes de cada semana, hacia el final de una jornada de trabajo, cuando podrá ir hacia una discoteca o algún lugar de diversión para deleitarse solo o con alguna compañía, de los efectos de la droga. El lapso existente entre una y otra ingesta está determinada en el tiempo, por ejemplo cada dos o tres días, cada semana, cada mes etcétera.

➤ **Consumo habitual o permanente**

Este es aquel que por su contacto con la droga, ha llegado a desarrollar una fuerte adicción, lo que causa que desee tener ingesta de la misma, sin mediar lapsos, sino en cualquier momento del día y en una forma permanente, es decir en una manera consuetudinaria para obtener así satisfacción personal y/o para evitar los efectos que produce la abstinencia de la droga.

• **Elemento material del delito de posesión para el consumo**

Se puede indicar que para la configuración del delito de posesión para el consumo, el elemento material del mismo está constituido por la efectiva posesión de alguna droga



sin tener para ello la prescripción facultativa correspondiente, ya que para el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, que contiene el ilícito de mérito, es irrelevante el propio consumo por parte del dependiente de drogas, basta la tenencia de una cantidad razonable de alguna droga para el uso inmediato personal para que se tipifique el delito referido.

- **Elemento subjetivo**

Este se encuentra conformado por la intención o animus, del sujeto activo de poseer, de tener para su consumo inmediato una cantidad razonable de alguna droga sin importar cual sea. Es decir, que para la norma citada con antelación no importa que la intención del fármaco dependiente sea el consumo propio o sea la introducción al organismo por medio de cualquier vía, de alguna droga para sentir los efectos inmediatos de la misma, sino que a la norma mencionada lo único que le importa es el ánimo o intención de tenerla o poseerla por parte del sujeto activo sin que se llegue necesariamente a su consumo.

- **Consumación del delito**

El jurista Jiménez Asúa Luis, refiere que "el delito se consuma cuando el hecho concreto realizado corresponde de manera exacta y completa al tipo legal contenido en el Código o en leyes especiales."²³ De conformidad con el Artículo 13 del Código Penal, el delito es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación.

De lo anterior es importante resaltar, que si una persona al momento de ser inspeccionado, las autoridades no le encuentran alguna droga, pero si se encuentra

²³ Jiménez Asúa. **Ob. Cit.** Pág. 610.



bajo la influencia de las mismas, entonces ya no se podría tipificar este delito, porque como hemos visto, para la ley es necesario que aquel esté en posesión física o material de la droga, o sea que no se puede penalizar a aquel que esté bajo la influencia de drogas, solamente en todo caso, imponerle una pena de arresto por la comisión de una falta. Es decir, que basta con poseerla o tenerla, pues de conformidad con el tipo penal, el consumo se presume.

➤ **Tentativa**

De conformidad con lo que establece el Artículo 14 del Código Penal: Hay tentativa cuando con el fin de cometer un delito se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente. El delito que analizamos, efectivamente acepta el grado de tentativa cuando el sujeto activo, es decir, la persona que pretende poseer la droga, es sorprendida por la autoridad en el acto mismo de estar adquiriendo la misma, ya sea a título gratuito o a título oneroso, pero materialmente no la llega a poseer.

➤ **Tentativa imposible**

El doctor Cabanellas Guillermo, expone “que a la tentativa imposible se le conoce con el nombre de Delito Imposible. Pero a pesar de ello es más adecuado el nombre de tentativa imposible porque el delito no es imposible, lo que es imposible es causarlo con los métodos ineficaces o no idóneos que el agente ha creído buenos para su realización.”²⁴

El Artículo 15 del Código Penal preceptúa: i la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del

²⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental**. Pág. 32.



hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedara sujeto a medidas de seguridad.

El Artículo referido con anterioridad, contiene dos supuestos que son los siguientes:

- Que el sujeto activo tratara de cometer el delito con medios normalmente inadecuados;
- Que la acción del sujeto activo recaiga sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible.

En el primero de los casos que es el que realmente nos interesa, toda vez que puede encuadrarse la conducta de alguna persona, por ejemplo: en el caso que éste compra lo que se supone que es alguna droga (marihuana, cocaína etc.), la lleva en los bolsillos del pantalón, las autoridades le practican un registro en sus prendas personales, le encuentran la misma y es consignado al Juzgado del ramo penal correspondiente (si es en la ciudad capital actualmente seria consignado a los Juzgados de Primera Instancia Penal de Turno), bajo el cargo de posesión para el consumo; pero posteriormente al efectuarse el examen toxicológico e incineración de la supuesta droga incautada se llega a la conclusión de que no es lo que se suponía que era, sino que era orégano o polvo de horchata dependiendo el caso.

Con lo que se llega a la conclusión, que el delito de Posesión para el Consumo acepta la tentativa imposible, cuando se trata de cometer el mismo, como ya vimos, con medios normalmente inadecuados o no idóneos.



3.5.4. Bien jurídico tutelado

Es el bien o interés jurídicamente protegido por la ley penal que resulta lesionado o violado por la acción delictiva. Sirve como elemento de ordenación de los tipos penales dentro de un código para interpretar las normas penales. El bien jurídico tutelado en el delito es sinónimo de los que en doctrina se conoce como el objeto jurídico

3.5.5. Penalidad

En cuanto a la penalidad respecto al delito de Posesión para el Consumo, corresponde pena de prisión de cuatro meses a dos años y una multa de doscientos a dos años y una multa de doscientos quetzales (Q.200.00 a Q.10, 000.00), es decir, que la sanción que tiene señalada el delito referido es de las que se conoce como penas mixtas, por tener el delito de estudio pena de prisión y pena de multa.

3.6. El delito de lavado de dinero u otros activos

3.6.1. Definición

Nos permitiremos introducir ahora en la materia esencial de lo que constituye la figura ilícita denominada por la legislación guatemalteca sustantiva penal como lavado de dinero u otros activos. Cuando se escucha la expresión lavado de dinero en la actualidad, concebimos la idea de personas que mediante procedimientos anómalos introducen capitales ilícitos dentro de la economía nacional, sin embargo, esta concepción, aunque no es errónea, no es suficiente para encontrar la esencia de la figura mencionada y establecer las diferencias que hacen que sea distinta a conceptos similares.



Desde esta perspectiva, y por no ser el objetivo principal del presente trabajo de estudio pormenorizado tanto jurídico como doctrinario del lavado de dinero u otros activos, me he permitido anotar algunas definiciones que han sido propuestas por diversos autores y fueron compiladas por Mena Rosales, Nelson Rodolfo, al cual refiere que “ el lavado de dinero es el procedimiento subrepticio, clandestino, espurio, procedente de actividades ilícitas (Vr. armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria narcotráfico), son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácticamente hábiles.”²⁵

El escritor Aranguéz Sánchez Carlos, refiere que “es el proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad.”²⁶ El escritor Neuman Elías, lo considera como “el proceso por el cual se oculta la existencia, el origen y la inversión de ingresos ilegales, y se encubren para que parezcan legales.”²⁷

El licenciado León Méndez Ricardo, comenta que “esta figura como el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma ilícita.”²⁸

En mi opinión la definición del doctor Raúl Tomas Escobar, es la que se presenta como la más completa entre las presentadas por tanto me permito analizar este criterio: el

²⁵ Mena Rosales, Nelson Rodolfo. **Programa de capacitación sobre la ley contra el lavado de dinero u otros activos.** Pág.42.

²⁶ Aranguéz Sánchez, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales.** Pág. 283.

²⁷ Neuman, Elías. **La legalización de las drogas.** Pág. 184.

²⁸ León Méndez, Ricardo. **Las drogas y su regulación penal en Guatemala.** Pág. 372.



doctor Escobar, menciona "que el lavado de dinero o blanqueo de capitales es un procedimiento. Este quiere decir que tiene una forma de llevarse a cabo, pasos plenamente establecidos uno después del otro que conllevan a un fin determinado que es la introducción de capitales ilícitos."²⁹

El Grupo de Acción Financiera Internacional, organismo encargado de velar por la prevención, sanción y erradicación de este delito a nivel internacional, menciona tres pasos que sigue el proceso de la lavado de dinero en la forma siguiente: a) colocación: que es el procedimiento por el cual se realiza el primer movimiento de dinero ya sea en efectivo o de cualquier tipo de ganancia de procedencia ilícita cambiando su forma inicial, y colocándose más allá del alcance de las autoridades del orden. Se dispone físicamente del dinero.

El autor Xoc Córdova Rodolfo Ernesto, menciona que "es la introducción del dinero ilícito a la economía, la cual no puede ser encuadrada a formas específicas toda vez que el único límite que se tiene en la comisión de este ilícito es la imaginación de lavador; b) estratificación: es la etapa donde se oculta el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numerosas transacciones financieras y, c) integración: es la introducción de los bienes criminales obtenidos en la economía legal sin levantar sospechas y otorgando apariencia de legitimidad en cuanto a su origen. En otras palabras, las actividades ilícitas ingresan al circuito normal de capitales o" bienes y luego son usufructuados mediante un sin fin de actividades."³⁰

El procedimiento descrito posee tres características principales mencionadas por el autor de la definición que se realiza, que es subrepticio, o sea que oculta un hecho para

²⁹ Escobar, Raúl Tomás. **El crimen de la droga**. Pág. 270.

³⁰ Xoc Córdova, Rodolfo Ernesto. **La narcoactividad en Guatemala**. Pág. 82.



obtener lo que de otro modo no se conseguiría; clandestino, es decir, secreto, oculto o efectuado ilícitamente; y, espurio falso, adulterado. Adicionalmente, y quizás la característica principal de este delito, es que la procedencia del capital debe ser ilícita, es decir, operaciones que podrían constituir delito.

En Guatemala, durante los años de vigencia de este tipo penal ha sido objeto de extenuante discusiones, en virtud de los diversos criterios judiciales que concluyen que el delito precedente (o predicado), debe ser cometido y probado en juicio como requisito sine qua non para que el tipo penal de lavado de dinero u otros activos sea consumado. Otros criterios, sin embargo, indican que no es necesario probarlo únicamente demostrar su existencia que son dos cosas distintas. Poner el conocimiento ante el juez que las actividades son ilícitas, no es lo mismo que probar el hecho ilícito.

Ante esta disyuntiva, consideramos que el delito precedente no necesita ser probado porque cuando se define el delito de lavado de dinero como tal, el fin del mismo es lavar el dinero no el delito que se cometió anteriormente, siendo suficiente poner en conocimiento del juez que hubo un delito y concentrar todos los elementos probatorios en el lavado propiamente.

Legalmente el delito de lavado de dinero es el Artículo 2, de la Ley de Lavado de dinero u otros activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República, en la forma siguiente: Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por si, o por interpósita persona: a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financieras con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleado, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se origina de la comisión de un delito; b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice



bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión este obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derecho relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión este obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito".

Aunque la figura será analizada someramente en los sub incisos siguientes, consideramos prudente tener un acercamiento a este tipo penal con base en lo que se entiende del contexto de la norma taxativamente citada con anterioridad para los fines prácticos de aplicación que deberá ser propuesto directamente en el último capítulo de esta trabajo de investigación, es decir, cuando concluyamos acerca de la existencia del levantamiento del velo corporativo en este tipo de procesos penales.

Bien, para principiar diremos que la norma cita la comisión del ilícito puede ser por sí mismo o a través de otra persona o personas. El ejemplo clásico donde confluye la comisión sugerida es el de aquellas personas que el derecho anglosajón denomina como "structuring o smurfing"; ambos sujetos trabajan normalmente en la fase de colocación. Recordemos que en los delitos de narcotráfico por lo regular las personas que componen la red tienen ingresos significativamente altos en billetes de baja denominación, o títulos valores que no contienen cantidades exorbitantes pues los "dillers" o "brokers" de los líderes de carteles de droga, al vender el producto ilícito lo hacen a poblaciones específicas que por lo regular pagarán en moneda de poco valor.



Esto genera un verdadero problema para ellos toda vez, por el espacio físico que ocupan los billetes de baja denominación sino además, porque pueden ser fácilmente descubiertos. Verbigracia, el caso que en nuestro país se dio en el año dos mil dos, cuando en una residencia de la zona catorce fueron encontrados más de catorce millones de dólares de distintas denominación.

Ante esto, se contratan a structuring o smurfing, quien a través del depósito de cantidades pequeñas abrirá cuentas bancarias sin despertar, en teoría, la más mínima sospecha. De esta forma el dinero ilícitamente obtenido ingresa al mercado financiero del país. La diferencia entre ambos, es que los smurfing trabajan con dinero en efectivo por lo regular depósitos de menos de cien dólares, mientras que los structuring lo hacen por medio de documentos o títulos valor, también de baja denominación.

Estudiemos ahora los verbos rectores del delito. Siguiendo una doctrina plenamente anglosajona, este delito posee como pocas veces en hechos ilícitos, una cantidad considerable de verbos rectores, a saber: invierta, convierta, transfiera, realice, adquiera, posea, administre, tenga, utilice, oculte o impida. El diccionario de la Real Academia Española define estos verbos en el infinitivo correspondiente en la forma siguiente:

- **Invertir:** en su segunda acepción, hablando de caudales, emplearlos, gastarlos, colocarlos;
- **Convertir:** en su primera acepción, mudar o volver una cosa en otra;
- **Realizar:** en su primera acepción, efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción;



- **Adquirir:** en su primera acepción, ganar, conseguir con el propio trabajo o industria;
- **Poseer:** en su primera acepción, tener uno en suponer una cosa.
- **Administrar:** en su tercera acepción, ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes.
- **Tener:** en su segunda acepción, poseer o disfrutar.
- **Utilizar:** aprovecharse de una cosa.
- **Ocultar:** en su primera acepción, esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista.
- **Impedir:** en su primera acepción, estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa.

Por otro lado, estos verbos rectores pueden ser cometidos por dos tipos de personas, los que saben o aquellos que están obligados a saber. Más adelante, al analizar la conducta del sujeto activo los analizaremos por separado. Parte de suma importancia a nuestro entender en este tipo penal se encuentra en el hecho, como ya mencionamos, que el delito provenga de un delito.

Si bien es cierto que con anterioridad dejamos claro que no puede tomarse como presupuesto procesal que el delito anterior sea demostrado previo a iniciar el que corresponda por el delito de lavado de dinero u otros activos, también lo es que éste en efecto debe existir, y debe hacerse saber al Juez contralor de la investigación. Esto es importante, toda vez que a nuestro criterio, las capturas que han sido efectuadas en la actualidad en el Aeropuerto Internacional La Aurora se fundamentan básicamente en que la persona que ingresa el efectivo, lo hizo en forma clandestina sin llenar los



formularios que han sido emitidos para el efecto, sin embargo, ¿cómo demostramos la procedencia ilícita? Aunque puede iniciarse el proceso correspondiente con base en presunciones, al momento de llegar a un debate público, la duda que siempre está a favor del imputado y esto es un derecho constitucional que no puede ser violado en ninguna forma.

Cabe hacer un apunte en este momento. Recordemos que en cuanto al delito de lavado de dinero u otros activos, existe aunque no se le denomina así una inversión de la carga de la prueba, toda vez que la persona que ingresa el efectivo en forma "clandestina" deberá demostrar por qué lo hace y la procedencia del mismo. Sin embargo, es al fiscal del caso al que le tocará en el debate presentar todos los medios de convicción que demuestren la participación del sindicado, es decir, él también deberá hacer ver al tribunal la procedencia ilícita del dinero que otra vez, no es necesario que se demuestre el delito, sino su existencia anterior, que son dos cosas distintas.

Empero, regresando al punto anterior, por el solo hecho de ingresar esas cantidades sin indicar su procedencia no demuestra que esta sea ilícita, solo prueba que no se sabe de dónde proceda, y entonces ¿la procedencia es ilícita? Pese a los argumentos vertidos, ha habido personas procesadas por este delito e incluso condenadas por nuestros tribunales con base en pretensiones sin fundamento, considerándose una seria llamada de atención para los jueces que los conforman por aquel viejo adagio que es mejor un delincuente libre que un inocente detenido.

Nos queda únicamente el mencionar el porqué de la frase razón de su empleo, oficio o profesión. Para el efecto nos permitiremos evaluar algunos ejemplos que nos permitirán ver con mejor claridad este extremo. Comencemos por analizar el papel del oficial de



cumplimiento. El oficial de cumplimiento, es el funcionario con jerarquía gerencial que tiene a su cargo el informar a la Intendencia de Verificación Especial cualquier operación, propiamente transacción, sospechosa que pueda darse en la entidad bancaria que asiste, con en los formularios denominados RTS (Reporte de Transacción Sospechosa). Este informe es de cumplimiento obligatorio bajo apercibimiento que en caso de no hacerlo se puede iniciar una investigación penal en su contra por el delito de lavado de dinero u otros activos, debido a que ellos por razón de su cargo tienen la obligación de saber de la transacción sospechosa, ese es su trabajo por imperativo legal. Es más, su nombramiento responde a eso específicamente, a colaborar en la prevención del delito como tal.

Pensemos ahora en el caso del vendedor de autos que desean pagarle con dinero en efectivo la compra que le efectúa una persona cualquiera. Este vendedor de autor, no está obligado a saber el origen del dinero, toda vez que su función es vender el vehículo no saber cómo o de donde proviene el dinero. Dicho de otra forma, él no es una persona obligada por razón de su oficio, empleo o profesión. Singular importancia tiene en este punto el papel del Abogado y Notario. ¿Está obligado el notario a saber, por razón de su oficio, empleo o profesión la procedencia ilícita del dinero? A prima facie podríamos concluir que no, porque él solo presta un servicio profesional y no tiene porqué saber cómo le pagan ese servicio o no. Nosotros, sin embargo, proponemos una opinión disyuntiva a ese respecto.

Pensemos en el profesional del derecho que decide defender a narcotraficantes o lavadores de dinero. Algún avisado lector de este modesto trabajo pensará que también gozan del derecho de defensa y en efecto tiene razón. Pero el abogado conoce a su cliente (usualmente), es decir, tiene referencias de ellos y en la actualidad difícilmente



alguien se arriesga, sin conocer o sin ser recomendado de alguien, tomar una decisión de este tipo. Por tanto el pago que harán por sus servicios, también sabrá de dónde procede, es decir, del negocio ilícito que su cliente (el narcotraficante o lavado efectúa). Tiene su lógica porque se diga cómo se diga o se ponga como se ponga, él sabrá o supondrá como profesional, de dónde proviene. Entonces planteamos la interrogante ¿está obligado a saber por razón de su profesión? Nosotros pensamos que si, toda vez que es imposible que la persona que defiende a un lavador o a un narcotraficante no sepa que el dinero con el que le cancelarán sus honorarios tiene más probabilidades de ser ilícito que lícito, y lo más probable mezclado entre lícito e ilícito, por tanto, debieran saber. Esto es aplicable a cualquier otro profesional. Quedando sentada mi opinión al respecto, me permito hacer un análisis un poco más a profundidad de la figura ilícita dividiéndola en sus partes principales ya analizándolas como tales.

3.6.2. Bien jurídico tutelado

De León Velasco y De Mata Vela definen el bien jurídico tutelado como “el interés que el estado pretende proteger en peligro por la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal.”³¹ Al analizar esta definición. El primer elemento que contiene es el denominado interés del estado. Esto lo entendemos no como una necesidad de cumplir con sus obligaciones estatales, sino más bien, como atender con prioridad asuntos de suma importancia para nuestro derecho interno.

El segundo elemento lo constituye el proteger del peligro. Proteger significa cubrir o recubrir, investir de cierta característica a una situación específica para que no sufra detrimento. Es decir que, el bien jurídico persigue que se proteja a las personas que

³¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 283.



conforman un estado de los peligros a que se encuentran sometidos en su quehacer diario. El tercero elemento es la acción del sujeto activo. ¿Cuál es la acción del sujeto activo? La comisión de un delito. Es decir que por bien jurídico tutelado no podemos entender cualquier violación que exista a una persona particular, pues esta violación debe consistir en un delito tipificado como tal en nuestra legislación. De esta forma, el bien jurídico queda delimitado a un solo ámbito, el ámbito del derecho penal.

El cuarto elemento es que se ajusta a la descripción legal. El elemento acción mencionado anteriormente, debe haber sido plenamente establecido y existir previamente a la comisión del mismo. Punto culminante del principio de legalidad, toda vez que si no está tipificado como tal no puede ser delito. En este punto el derecho penal sigue una concepción tradicionalmente positivista, toda vez que tiene un conjunto de patrones establecidos como conductas ilícitas que en ningún momento pueden ser creadas por analogía sino deben estar plenamente establecidas antes de su comisión.

En el caso del lavado de dinero u otros activos, el Doctor Aránguez Sánchez³², nos indica que existen dos teorías que tratan de definir el bien jurídico tutelado por este delito. Por un lado menciona la teoría del bien jurídico protegido por el delito previo y por la otra el orden socioeconómico. El primero, se refiere a que, el delito de lavado de dinero u otros activos, tendrá como bien jurídico tutelado aquel que se suceda en el delito previo.

De esta forma, si el delito previo es un robo, el bien jurídico protegido por el lavado de dinero será el patrimonio de las personas. Si el delito es un homicidio, el bien jurídico protegido por el lavado de dinero, será la vida de las personas y así sucesivamente. A

³² Zaffaroni, E. Raúl. **Tratado de derecho penal**. Pág. 815.



esta teoría se le podría criticar el hecho que para ser efectiva, necesitaría presentarse forzosamente el delito previo situación que como anotamos con anterioridad no es necesaria en nuestra legislación. Por otro lado, el elemento de proteger el peligro no sería congruente toda vez que, el peligro que deviene de un robo o de un homicidio no es el mismo que proviene del lavado, por no ser similares en sus características.

El autor Zaragoza Aguado Javier Alberto, hace hincapié al referirse que “la otra teoría establece que es el orden socioeconómico o la economía del país, en nuestro caso la economía nacional. Esto se explica en pocas palabras, en virtud que la principal misión de tipificar al delito de lavado de dinero u otros activos como tal, deriva del impedir tener como principal misión impedir que los beneficios obtenidos ilícitamente ser reinviertan en los círculos económicos o financieros legales, pues no advierte el enorme peligro de corrupción que supone el ingreso de ingentes cantidades de dinero ilícito en las instituciones de crédito”³³.

Es este último el que se encuentra protegido por el delito de lavado de dinero u otros activos, al establecer en los considerandos de la ley lo siguiente: Que el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado tratados internacionales con el compromiso de prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero u otros activos; de manera que se proteja la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero; Que es obligación del estado proteger la formación de capital, ahorro en inversión, y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión en el país de capitales nacionales y extranjeros, para lo cual se hace necesario dictar las disposiciones legal para prevenir la utilización del sistema financiero para la realización de negocios ilegales.” Entonces

³³ Zaragoza Aguado, Javier Alberto. **El blanqueo de dinero, aspectos sustantivos, cuadernos de derecho judicial.** Pág. 217.

entendemos que el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero y otros activos es la economía nacional.



3.6.3. Sujeto activo del delito

La escritora Vallejo Norma Elena, expone que “el sujeto activo es quien realiza la acción ilícita, el comportamiento que se encuentra previamente definido por una legislación. Este delito entonces puede ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, se debe mencionar que la acción ilícita ocurre por propia acción o por omisión.”³⁴ Trataré de explicar lo anterior en una forma completa.

El Artículo 2 de la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos, establece con base en sus verbos rectores las formas como el delito puede cometerse. En ese sentido la persona que se encuentre dentro de cualquiera de esos verbos rectores será partícipe del hecho. Este sujeto activo puede cometer el ilícito desde dos perspectivas, el que ejecuta el verbo rector, o el que manifiesta una ceguera voluntaria, según la legislación norteamericana, o propiamente dicho el dolo eventual.

Cuando el delito menciona a los que están obligados a saber, se refiere a aquellas personas que no pueden obviar que saben porque, otra vez, están obligados a saber. El clásico ejemplo puede ser la persona que se encuentra con el cargo de oficial de cumplimiento de los bancos del sistema. En definitiva el trabajo de esta oficial es el reportar a la Superintendencia de Bancos las transacciones sospechosas. Si él no cumple con lo anterior, cae en el hipotético caso definido como: la persona obligada a saber.

³⁴ Vallejo, Norma Elena. **Aspectos toxicológicos de la drogodependencia.** Pág. 281.



3.6.4. Sujeto pasivo del delito

La licenciada Reyes Leal Lidia Jemima, comenta que “en el caso del lavado de dinero u otros activos, el agravio difícilmente recaerá en una persona individualmente considerada toda vez que sienta el bien jurídico protegido la economía nacional el agraviado propio Estado de Guatemala.”³⁵ Podría considerarse que, por ejemplo, las personas que poseen sus fondos en distintas entidades bancarias que tenga dinero ilícito también son agraviadas porque les evita su propio crecimiento económico. Pero esto no es posible, porque igual el crecimiento económico particular a nivel macro es el crecimiento del propio estado, por tanto el agravio es al Estado en sí, y no a una persona particularmente considerada.

En todo caso ante la inexistencia de un agraviado natural como sucede en los otros delitos, el Estado lo asumirá y al efecto, iniciará de oficio cualquier diligencia que conlleve a determinar la conducta penal tipificada como tal.

3.6.5. Objeto material

El tratadista guatemalteco Barrientos Pellecer César Ricardo, relata que es “el ente incorpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal. ¿Qué quiere decir ente incorpóreo? Incorpóreo significa que carece de existencia material. En otras palabras, el objeto material es el medio para la consecución del fin, que en este caso sería el delito. Esto es importante pues en el caso del lavado el medio siempre será la colocación, la estratificación o la integración.”³⁶ La colocación, estratificación e integración, son las fases de lavado de dinero que actualmente posee según el Grupo

³⁵ Reyes Leal, Lidia Jemima. **Análisis del delito de posesión para el consumo, la realidad jurídica social y la necesidad de que se aplique reglas o abstenciones conforme regula el código procesal penal.** Pág. 164.

³⁶ Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 197.



de Acción Financiera -GAFI-. Cualquier sujeto activo que participe en cualquiera de estas fases utilizará como objeto material ya sea la colocación, la estratificación o la integración.

No importa si es en una, en una parte de una o en todas, la autoría del ilícito será reconocida a través de este objeto material, de este ente incorpóreo analizado detenidamente algunos momentos antes. Desde esta perspectiva, el delito de lavado de dinero atiende a una característica nueva, al hecho que su objeto material no es único como en el caso de otros hechos ilícitos sino variado dependiendo de la situación específica en que la cual se manifiesta la participación del sujeto activo.

3.6.6. Consecuencias jurídicas

En cuanto a las consecuencias, se entienden como la consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del estado, al responsable de un ilícito penal. La ley sustantiva penal define como penas principales las siguientes:

- Multa; y,
- Prisión

Por otro lado define, entre otras, como accesorias las siguientes:

- Inhabilitación especial;
- Inhabilitación absoluta;



- Comiso y pérdida de objetos;
- Expulsión del territorio nacional;
- Pago de costas; y,
- Publicación de sentencias.

En el caso del delito de lavado de dinero u otros activos, la ley de la materia posee sus propias características toda vez que sanciona al autor del ilícito con una pena de prisión inmutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto de del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales y la publicación de la sentencia en por lo menos dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación del país, y si fuera cometido por una persona extranjera la expulsión del territorio.

Singular importancia posee el caso de las personas jurídicas, a quienes se le aplican sanciones de diez mil a seiscientos veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (es decir, ¡una sanción a la propia persona jurídica!), o su equivalente en moneda nacional, además del comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; pago de costas y gastos procesales y la publicación de la sentencia en por lo menos dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación del país.



CAPÍTULO IV

4. Coherencia intrasistematica de la posesión para el consumo

4.1. Análisis de los tipos penales

¿Dentro de qué límites puede un Estado social y democrático de derecho ejercer legítimamente su potestad punitiva? ¿Dentro de qué límites es legítimo el recurso del ius puniendi. Este título, sin duda una de la piedras angulares de esta investigación, hace indispensable darnos a conocer los principios que debe de regir a todo tipo penal o al menos son los principios mínimos que deben de regir en un Estado que se denomina democrático y respetuoso de los derechos fundamentales de los individuos como inherentes a los seres humanos.

El autor Zaffaroni, E. Raúl, menciona que “la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano. En este título no se busca presentar utopías conceptuales que se quedan plasmadas en la teoría de los libros, lo que a continuación se describe, como vuelvo a repetir es lo mínimo de racionalidad que debe de llevar un tipo penal emanado por el congreso de la república.”³⁷

Si estos principios mínimos no se encuentran dentro de los tipos penales de la legislación guatemalteca, estamos pues sumidos en la arbitrariedad de la interpretación de aquellos quiénes aplican el derecho penal, no solamente en la ad judicatura, sino también de aquellos que ejecutan las normas dentro de nuestras cárceles.

³⁷ Zaffaroni, E. Raúl. **Tratado de derecho penal**. Pág. 981.



Es por ello que sin más preámbulo para nuestro amigo lector, citemos pues estos principios mínimos que deberán regir cualquier tipo penal existente:

4.2. El Principio de legalidad como exigencia del Estado de derecho

1. Origen y sentido político

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución francesa, se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano.

Continúa manifestando el autor Zaffaroni, E. Raúl, que "la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el derecho. El principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes,... Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo,... Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular."³⁸

Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador,... Ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Los jueces no pueden, consiguientemente, aumentar la pena establecida por las leyes, ni siquiera bajo pretexto de celo o de bien público.

³⁸ *Ibid.*



El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Sin duda esta ley fue emanada del propio organismo legislativo a través del procedimiento específico de creación, promulgación y sanción de la ley, lo cual concuerda con el principio de legalidad ante la arbitrariedad en la que se pudiese caer si fueran otros y no los legisladores los creadores de las normas.

El letrado Rodríguez Devesa José María, expone que “el principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.”³⁹

Sin embargo podemos observar que no basta con que la ley sea promulgada por el organismo legislativo es necesaria e imperativa la taxativa determinación de la conducta penal, que entiende entonces el legislador por la cita ¿Cuándo la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato?

¿Cuál es esa cantidad razonable para ser consumo propio y no tráfico? Lo deja al arbitrio judicial, como si el juzgador fuera un experto sobre los efectos de determinadas sustancias en los seres vivos.

Y aunque este se auxiliara con expertos, ¿en dónde queda entonces la famosa seguridad jurídica del ciudadano?, ¿serán cinco gramos de cocaína posesión para el consumo?, pero ¿qué sucede si el procesado lleva consigo seis gramos? ¿se encuentra entonces en tráfico?

³⁹ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 393.



¿Debe crearse reglamentos en base a esta ley, que por medio de análisis médicos puedan orientar de una mejor forma al juez? ¿O simplemente lo dejamos así como esta?

2. Garantías del principio de legalidad

- a) Por una parte, se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución.

El tratadista Palacios Motta Jorge Alfonso, comenta que "la garantía criminal exige que el delito se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (nulla poena sine lege). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule."⁴⁰

Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos.

- b) Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica. Pueden clasificarse en torno a *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.
- Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o

⁴⁰ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal, segunda parte.** Pág. 72.



en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta al sentido de protección de la seguridad jurídica.

- El jurista Heinrich Jescheck Hans, hace referencia que con “la exigencia de una *lex scripta* queda, desde luego, excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Quedarán excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.”⁴¹

Dado que para crear figuras delictivas es necesario que surjan estas a través de un procedimiento legislativo, el cual debe ser necesariamente público, el ciudadano sabe que las reglas de tipo penal no van a cambiar de un día para otro, como si sucedería si dejáramos al arbitrio del gobernante de turno crear tipos penales.

El ciudadano se encuentra amparado entonces de una seguridad jurídica, situación que no lo desampara o lo deja vulnerable, siendo esto de vital importancia, ya que en los gobiernos no democráticos, el primer instrumento para desvirtuar las garantías de los ciudadanos es por medio de la ley, creada al antojo de un Organismo Ejecutivo cuya finalidad es el control y sometimiento de sus opositores, por normas penales desprovistas de toda legalidad.

- El tercer requisito, de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*).

⁴¹ Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de derecho penal**. Pág. 319.



El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado mandato de determinación, constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas.

El jurisconsulto Jiménez Asúa Luís, comenta que “se concentra en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial. El mandato de determinación plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas.”⁴²

De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas.

Para muestra de uno de los tantos ejemplos que se puede encontrar, se ve en la Ley de Orden Público, específicamente el Estado de Prevención, que puede ser decretado por el Organismo Ejecutivo sin autorización alguna del Organismo Legislativo y que en su inciso 7) establece lo siguiente:

- Exigir a los órganos de publicidad o difusión que eviten todas aquellas publicaciones que a juicio de la autoridad contribuyan o inciten a la alteración del

⁴² Jiménez Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal**. Pág. 128.



orden público. Si la prevención no fuere acatada y sin perjuicio de otras medidas se procederá por desobediencia contra los responsables.

¿Qué entiende la autoridad por contribuir o incitar a la alteración del orden público?, este tipo de normas son las favoritas que podemos encontrar en los tipos penales que han existido en Guatemala y a lo largo de toda Latinoamérica.

4.3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos. La expresión de bien jurídico se utiliza en este contexto en su sentido político criminal de objeto que puede reclamar protección jurídico penal.

El escritor Alcalá Zamora Y Castillo Niceto, explica que bien jurídico “es más amplio que el de bien jurídico penal; los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concretan en forma bien diferenciada en un catálogo de bienes jurídicos específicos correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales como perturbación del orden social, perjuicio social.”⁴³

Se Ha estudiado hasta la saciedad que los tipos penales tienen su razón de ser en la protección de determinados bienes, que en la doctrina penal son llamados bienes jurídicos de naturaleza político criminal. Tales bienes jurídicos tienen diferentes jerarquizaciones entre unos y otros, los principales en la escala de valor son aquellos por los que se protege la vida y la integridad de las personas como seres humanos, inherentes de protección.

⁴³ Alcalá Zamora Y Castillo, Niceto. **Derecho procesal penal**. Pág. 492.



Luego se encuentra los bienes patrimoniales, sean estos corpóreos o no corpóreos, que en las clasificaciones civilistas podemos encontrar así mismo inmuebles o muebles pero que añejan propiedad. Sin embargo en el delito específico se podría argumentar que el bien que se pretende proteger como derecho social es la salud, claro esto sería válido si el Estado procurara erradicar todas las enfermedades a través de la cárcel.

En este tipo penal no existen terceros afectados en sus bienes, y si la sociedad se ve afectada en cuanto al bien salud ¿será la cárcel la forma de erradicar una enfermedad?

4.4. El Principio de Última Ratio

1. Utilidad de la intervención penal

El autor guatemalteco Barrientos Pellecer César Ricardo, comenta que “si el derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de ultima ratio (de necesidad) conduce, pues, a la exigencia de utilidad.”⁴⁴ En contra de la eficacia de la pena podría alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de una pena anterior. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz.

La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena.

⁴⁴ Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 291.



Sin embargo, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir el objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a una reacción penal más leve, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena.

2. Subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal

El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que sean preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales, que deba buscar el mayor bien social con el menor costo social.

Entra en juego así el principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, el llamado principio de intervención mínima.

Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social.

El letrado Alcalá Zamora Y Castillo Niceto, refiere que significa "que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento. El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros



medios, que sean preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales, que deba buscar el mayor bien social con el menor costo social.⁴⁵

Aquí se habla hasta el cansancio que si lo que se busca proteger, es la salud de los individuos, en este orden de ideas, consideramos un absurdo penalizar una adicción, vemos en este principio que el derecho penal debe ser el ultimo mecanismo a utilizar sobre un problema social.

Deben agotarse otros medios, antes de entrar al ámbito penal, en lugar de llevar a cabo una política criminal sobre una determinada conducta, debe buscarse otras formas de erradicar el problema, a través de políticas sociales como lo puede ser la educación, la salud, sea esta preventiva o rehabilitadora.

Existen otros mecanismos efectivos para combatir las adicciones, y que demuestra que la cárcel lejos de ser rehabilitadora, solo agrava aún más el problema del individuo.

Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social.

Los tratadistas guatemaltecos De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela José Francisco; hacen hincapié al referirse que “el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento.”⁴⁶

⁴⁵ Alcalá Zamora Y Castillo, Niceto. **Ob. Cit.** Pág. 219.

⁴⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco.** Pág. 371.



En este orden de ideas, ¿qué peligrosidad social se revela en un adicto o consumidor ocasional? ¿El hecho de padecer de un problema de adicción, lo vuelve entonces delincuente?

Es muy aceptable el hecho de que las drogas destruyen las capacidades del sistema nervioso central de los seres humanos y que conlleva a una dependencia física y psicológica la cual desemboca en un degeneramiento del sistema nervioso, así como todas aquellas capacidades volitivas que este conlleva.

Pero, el hecho que un individuo procure su propia autodestrucción de forma voluntaria, es causa suficiente para el etiquetamiento social ¿Debemos entonces calificarlos de delincuentes? ¿Qué los vuelve delincuentes, su adicción? ¿Su conducta contraria a la sociedad? ¿O quizás el mero hecho de ser diferentes?

4.5. El principio de culpabilidad

En su sentido más amplio el término culpabilidad se contrapone al de inocencia. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos:

En su sentido más amplio el término culpabilidad se contrapone al de inocencia. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas.

Sin duda alguna la conducta de tipo penal establece cual es el presupuesto para la sanción, si alguien consume, independientemente de la cantidad (que es una calificación subjetiva del juez), alguna sustancia entendida como droga por la ley, se encuentra en el delito de posesión para el consumo.



Dado que no dice nada acerca de los cómplices y encubridores, que podrían existir, se considera que la pena debería aplicarse disminuida en una tercera parte en algunos casos, tal como lo establece el Artículo 63 en cuanto a la pena a imponer a los cómplices en general.

En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un Derecho penal del hecho.

Más allá de este hecho el derecho penal nunca puede ser legítimo para combatir enfermedades o adicciones, no se puede decir que la cárcel va a curar a personas enfermas, tan irracional es este tipo penal como decir que el cáncer o el sida, se erradica introduciendo a las personas a cárceles de máxima seguridad.

El autor Fontán Balestra Carlos Estuardo, menciona que "la culpabilidad no debe ser un oscuro juicio metafísico, sino el resultado de una serie de postulados concretos como los aquí mencionados... El ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado."⁴⁷

Pero más importante del conocimiento general de las normas penales, es la existencia de leyes justas, dentro de un Estado democrático, que garanticen la libertad e individualidad de los seres humanos que son los pilares fundamentales de cualquier sociedad democrática, los cuales son derechos inherentes de los individuos libres.

⁴⁷ Fontán Balestra, Carlos Estuardo. **Derecho penal, parte General**. Pág. 418.



4.6. El principio de personalidad de las penas

En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un Derecho penal del hecho.

Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal. Ello no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental.

El jurista Zaffaroni E. Raúl, hace referencia que “la culpabilidad no debe ser un oscuro juicio metafísico, sino el resultado de una serie de postulados concretos como los aquí mencionados... El ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado. El principio de personalidad impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos.”⁴⁸

Sin embargo en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las personas jurídicas y las empresas o, alternativamente, los gestores de las mismas por los hechos formalmente realizados por aquéllas.

⁴⁸ Zaffaroni, E. Raúl. *Ob. Cit.* Pág. 510.



Artículo 358 "C". Apropiación Indevida de Tributos. ...Si el delito fuere cometido por directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales de una persona jurídica, en beneficio de ésta, además de la sanción aplicable a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa equivalente al monto del impuesto no enterado, y se le apercibirá que en caso de reincidencia se ordenará la cancelación de la patente de comercio en forma definitiva...

¿Puede una ficción jurídica cometer delitos? Es de imaginar que para la mayoría de legisladores de hoy si puede, y por ello fueron más allá, al plantear que en caso la ficción jurídica reincida en sus horrendos crímenes debe ser cancelada, como si se le diera muerte a la ficción creada. (Juzgue usted sus propias conclusiones).

- a) El principio de responsabilidad por el hecho, que exige un Derecho penal del hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva.
- b) El principio de dolo o culpa - tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad - considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. Hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposo), y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna.
- c) El principio de imputación personal impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida.



Este principio puede apoyarse por de pronto, en la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable.

Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad.

4.7. El principio de proporcionalidad

El autor Cuello Calón Eugenio, sostiene “que no solo es preciso que pueda culparse al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido. Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. La necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. La exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho. Se sigue de ello que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico.”⁴⁹

En este sentido, creo que debemos pronunciarnos bajo dos lineamientos, el primero de ellos es el hecho que ante un problema de salud la cárcel es a todas luces desproporcional.

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 361.



El sólo hecho de estar en una cárcel inclusive cuatro meses como indica la norma como pena mínima es gravísima ante un problema de adicción. Todo ello sin contar con la realidad latinoamericana de cárceles en el continente.

Que esperanza tiene un ser humano de sanar en una prisión donde el hacinamiento y la violencia, sin contar el tráfico de estupefacientes dentro de las cárceles, es el día a día de estos centros de reclusión en donde el control de dichas instituciones lo tienen los propios reos y nos las autoridades formalmente designadas.

¿Qué garantía nos da que infligir tanto sufrimiento en un ser humano lo hará cambiar ante su conducta adictiva?

El segundo lineamiento debemos ubicarlo, en el daño que sufre la sociedad, si es que sufre alguno. Puesto que lo que se busca es proteger bienes jurídicos que se ven amenazados por las conductas delictivas.

¿Qué gana el Estado de Guatemala con ingresar por la fuerza a un joven entre 18 y 25 años de edad a la cárcel, por quizás consumir un pito de marihuana, un gramo de cocaína o una piedra de crack?

¿Cuál es el beneficio que gana la sociedad? ¿Acaso de esta manera evitaremos las adicciones en nuestro país? ¿Quizás damos duras muestras de lo efectivo que es el aparato de justicia ante el crimen?

Lo cierto es que actualmente esta saturando el organismo judicial de expedientes de este tipo y no descongestionamos el sistema de justicia. En vez de estar los jueces conociendo y juzgando asesinatos, secuestros, violaciones, robos agravados, hurtos



agravados, se ven obligados a ventilar estos crímenes tan atroces como es la posesión para el consumo personal de drogas.

Me imagino que por ser el delito de posesión para el consumo del tal impacto social, que es por ello la cantidad de recursos invertidos en combatir este flagelo que afecta primordialmente a la juventud guatemalteca.

Pero acaso no ve que se está ante la estupidez en su máxima expresión, ¿Cuál es el beneficio de someter a estos jóvenes a la cárcel? Si el Estado de Guatemala en una acción política y para congraciarse con otros estados le declaro abiertamente la guerra contra las drogas ¿no se debería estar sometiendo a los tribunales de justicia a los grandes capos del narcotráfico en lugar de un puñado de drogadictos cuyo único delito fue el consumo personal?

4.8. La prisión preventiva obligatoria en el proceso penal

Ciertamente el tema es que el delito de la posesión para el consumo, esto se encuentra ampliamente claro, ya vimos que significa la pena, como lo que busca el derecho penal es el castigo generalizado de cualquier conducta tipificada como delito, y que no excluye este caso en particular. Así mismo sabemos lo que significa las drogas en su sentido más amplio, pero sin embargo hay algo que nos preocupa y que no hemos analizado y es el trato procesal que se le da en la ley a esta determinada conducta humana tipificada como delito.

Y es que la posesión para el consumo es un delito tipificado en la ley procesal como un acto violatorio del derecho que no goza de medida sustitutiva y que por imperativo legal obliga al juez a decretar la prisión preventiva. Circunstancia que no deja lugar a dudas



al citar nuestro código procesal penal en su artículo Artículo 264 la cual establece en su parte conducente lo siguiente: "No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en los procesos instruidos contra. (Tipifica enumerados delitos) También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto Número 48 - 92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad.

De todo lo anterior, debemos pues analizar lo que significa la **prisión preventiva**, y cuáles son los supuestos necesarios para su adecuada aplicación, porque así como las conductas tipificadas como delitos necesitan determinados principios para su existencia, así mismo la prisión preventiva debe de cumplir ciertos requisitos para que sea legalmente aplicable en un Estado Democrático.

El tratadista Cuello Calón Eugenio, define que la prisión preventiva "es la institución jurídica por medio de la cual un juez ordena la privación de libertad de una persona durante el proceso instruido formalmente en su contra, es decir previo a dictarse una sentencia en la cual se declare su responsabilidad penal y habilite, en forma legítima, la aplicación de una pena. De esta forma, los regímenes autoritarios tienen como característica general su inclusión con límites difusos, cuando se contemplan, que deviene en su uso arbitrario, mientras que las democracias suelen incluir requisitos y controles para su designación y ejecución."⁵⁰

Su inclusión está limitada a garantizar la presencia del imputado en el proceso dentro de requisitos sustanciales y formales. Entre estos, la doctrina procesal ha concretado al menos tres elementos: pruebas suficientes sobre la existencia de un hecho delictivo, el

⁵⁰ *Ibid.* Pág. 361.



peligro de fuga y por último la probabilidad de que el imputado obstaculice la averiguación del hecho objeto de investigación.

La prisión preventiva, dentro de este esquema es vista como resabio del antiguo régimen, sin embargo, logra sobrevivir. Aún cuando se le critica profundamente por ser una institución que pone en duda la realización de la presunción de inocencia, el juicio previo y el derecho de defensa, se justifica su utilización con fines propiamente procesales (peligro de fuga y obstaculizar la averiguación de la verdad), siempre y cuando exista la posibilidad de tomar decisiones en el menor tiempo posible, no solo por la afectación que implica la prisión preventiva, sino también, por la utilidad social de la pena, orientada hacia la prevención general, la cual mientras más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será.

De estos instrumentos, del desarrollo de la dogmática procesal penal y estudios criminológicos se han elaborado los requisitos materiales y formales sobre los cuales se legitima la aplicación de la prisión preventiva: excepcionalidad, proporcionalidad, desarrollo de la imputación, peligro de fuga y obstaculización de la averiguación de la verdad;

A pesar de los avances en las Constituciones, en donde el programa político criminal limita la aplicación de la privación de libertad previa a declarar la culpabilidad en juicio, en las normativas procesales y prácticas judiciales ha prevalecido la tendencia de su utilización en forma arbitraria, como herencia del sistema inquisitivo. El significado dogmático de la prisión preventiva, como una institución jurídica de privación de libertad, pero que debe de cumplir determinados requisitos para ser posible su aplicación dentro de un Estado Democrático.



Para la posible aplicación de la prisión preventiva, debe darse los siguientes elementos necesario que son:

- a) La existencia real de un hecho delictivo.
- b) Peligro de fuga.
- c) Obstaculización para la averiguación de la verdad.

De los tres elementos necesarios anteriormente citados debemos separarlos en dos grandes temas, ya que el primero comprende la existencia real de un hecho delictivo y la razonable participación del sindicado en el tipo penal. Es decir, que en base a las pruebas aportadas dentro de la investigación efectuada por el Ministerio Público se puede deducir inexorablemente que el sindicado pudo haber cometido el acto delictivo.

Para que el derecho de defensa sea real, el ser escuchado debe ir acompañado del poder actuar, del poder intervenir. Ya sea en la primera declaración dentro del procedimiento preparatorio o en cualquier etapa del mismo el imputado puede indicar los medios de prueba que considere oportunos para la contribución a su defensa y protestar desde ese momento la prueba que a su consideración sea inadmisibles o impugnar las diligencias en la que no se hayan cumplido las formalidades legales, no debe olvidarse que esta facultad puede ser ejercida por el perseguido o por su defensor.

E licenciado Carranca Y Trujillo Raúl, menciona que “luego de la aprehensión de una persona, debe ser advertido con detalle de la evidencia que pesa sobre él. Luego de oír al sindicado, el juez puede determinar si procede ordenar en su contra la prisión preventiva. Sin embargo, es importante recalcar que esta decisión debe fundarse en



hechos y circunstancias que la ley detalla: La existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes sobre la participación del sindicado en el hecho.”⁵¹

El jurista guatemalteco Barrientos Pellecer César Ricardo, comenta que “la privación de libertad resulta impensable si no se cuenta con elementos de prueba que permitan afirmar, al menos en grado de gran probabilidad, que él es el autor del hecho punible atribuido o partícipe en él, esto es, sin un juicio previo de conocimiento que, resolviendo prematuramente la imputación deducida, culmine afirmando cuando menos, la gran probabilidad de la existencia de un hecho punible atribuible al imputado, o con otras palabras distintas pero con sentido idéntico, la probabilidad de una condena.”⁵²

El segundo tema sería el peligro de fuga y la obstaculización para la averiguación de la verdad, conceptos problemáticos, ya que la idea de peligro implica que se corre un riesgo de algo que todavía no ha pasado. Situación que debe probarse y no basarse en presunciones, algo que debe ser analizado con detenimiento para el caso en concreto. Circunscribámonos entonces a lo que algunos autores entienden por el peligro de fuga, y la obstaculización en la averiguación de la verdad:

hasta la saciedad los postulados de la prisión preventiva, que debe ser utilizada solo en casos de absoluta necesidad, en donde exista un peligro de fuga o de la obstaculización en la averiguación de la verdad, pero ante todo el juzgador debía utilizar otras medidas de coerción menos degradantes y tomar a la prisión preventiva como una excepción.

⁵¹ Carranca Y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general.** Pág. 219.

⁵² Barrientos Pellecer, César Ricardo. **Ob. Cit.** Pág. 317.



Sin embargo al juzgador no se le da otra opción que la aplicación de la prisión preventiva porque la propia ley procesal no permite otra medida de coerción más aflictiva para este delito.

¿Acaso un adicto a las drogas por el propio daño que se causa así mismo por su adicción, tiene la capacidad de darle en la mayoría de los casos elementos que hagan pensar al juez, que posee la capacidad de fugarse o de obstaculizar una investigación por parte del ministerio público, que lo haga absolutamente necesario guardar prisión?

Considero que en la mayoría de los casos estamos nuevamente en un absurdo y utilizando a la prisión preventiva como una pena anticipada, ya que si el proceso se termina a través de una medida desjudicializadora por lo menos la justicia puede estar tranquila que la persona estuvo detenida preventivamente.

Situación que viola a todas luces el principio de inocencia por el cual debemos ser tratados y que se viola de tajo por la propia ley.

- **El Peligro de Fuga**

Es la posibilidad de que la persona evada su comparecencia a un posible juicio. La posibilidad de fuga debe estar también debidamente comprobado en el proceso,... no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no existiera peligro alguno.

El tratadista Cabanellas Guillermo, sostiene "que el peligro de fuga presenta no obstante una dificultad probatoria, puesto que la fuga es siempre una posibilidad, de



ello que quién desee probar la circunstancia necesariamente debe probar la posibilidad de la fuga, es decir, probar un hecho que aún no existe y quizá nunca suceda.”⁵³

El Código Procesal Penal en su Artículo 262, establece, para poder determinar el Peligro de Fuga las siguientes circunstancias:

- 1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- 2) La pena que se espera como resultado del procedimiento.
- 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.
- 4) El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
- 5) La conducta anterior del imputado.

No debe caerse, no obstante, en el error de que las circunstancias contenidas en la norma citada bastan para fundamentar el uso del encarcelamiento preventivo, es requisito previo e indispensable el elemento probatorio que traiga a discusión la posibilidad de la fuga.

Además, una decisión en la que solo se tome en cuenta una o más de las situaciones prescritas por el citado artículo, lleva a la injusticia cuando no al absurdo, pues visto así

⁵³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental**. Pág. 517.



podría fundarse: por la posibilidad de cualquier pena de prisión, por el hecho de que el sindicado no tuviese trabajo o que, por contar con posibilidades económicas se entienda que tiene recursos materiales para fugarse.

- **La obstaculización de la averiguación de la verdad**

No se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no existiera peligro alguno; puede afirmarse que se está frente a la posibilidad de obstaculización de la averiguación de la verdad o de peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, cuando, el sindicado tiene posibilidades e intención manifiesta de interrumpir o afectar de alguna manera la actividad de investigación en el proceso que se le sigue.

Estas circunstancias deben por supuesto ser demostradas al tribunal, así como el hecho de que el encierro del sindicado, garantizará que cese o no llegue a darse el entorpecimiento.

Con la finalidad de que el juzgador encuentre los lineamientos necesarios sobre su fundamentación en cuanto al peligro de obstaculización, el código procesal penal establece en su Artículo 263 lo siguiente: Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría:

- 1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba.
- 2) Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.



3) Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Sin lugar a dudas se que nuestro amigo lector ha de sacar en esta fase sus propias conclusiones, sin embargo a pesar de tener en cuenta todo lo anterior y darnos cuenta de los fundamentos en los que debe descansar la institución jurídica de la prisión preventiva y antes de concluir si es realmente justo o injusto su aplicación para el delito de posesión para el consumo, debemos preguntarnos si existen otras salidas para el imputado.

Si bien es cierto, por imperativo legal, la prisión preventiva debe ser aplicada de forma obligatoria a todo aquel que concurra en la conducta tipo del delito de posesión para el consumo, debemos analizar las opciones que nos otorga la propia ley procesal para salvaguardar los derechos mínimos del sindicado por lo que es necesario adentrarnos en las medidas desjudicializadoras:

4.9. Las medidas desjudicializadoras en el proceso penal

El tratadista Heinrich Jescheck Hans, expone que “la criminología ha podido comprobar en consecuencia que el funcionamiento del sistema penal es arbitrario, discriminador y generalmente se centra sobre los conflictos menos graves, puesto que generalmente los sectores más vulnerables al sistema penal realizan este tipo de conductas, en tanto los conflictos que conllevan una mayor dañosidad social involucran a personajes poderosos de la sociedad, contra los cuales los operadores de justicia no se atreven a dirigir su actuación.”⁵⁴

⁵⁴ Heinrich Jescheck, Hans. **Tratado de derecho penal**. Pág. 194.



El autor González Carrera Alfredo, hace referencias que “el producto de este proceso de etiquetamiento, es que las agencias de policía se centran sobre las personas estigmatizadas como delincuentes, arrestándoles generalmente por hechos insignificantes o en muchas ocasiones simulando delitos y dando lugar a procesos de mayor marginalización.”⁵⁵

La criminología moderna pretende revertir este enfoque erróneo de la actuación del sistema penal, ya no se pretende estudiar las causas de la criminalidad, sino buscar orientar la actuación del sistema hacia una mayor igualdad, de manera que la actuación de los operadores de justicia se dirija a resolver los conflictos más graves y violentos de la sociedad.

Es de esta manera que entran a jugar los criterios de racionalidad en la actuación del sistema penal: el Estado tiene que enfocarse únicamente a perseguir los delitos más graves (sin importar su autor), y solucionar por otros mecanismos aquellos conflictos que no son de tanta gravedad, pero que dan lugar a una saturación de la administración de justicia.

Por otra parte, la moderna criminología también ha puesto en evidencia que la pena no es un mecanismo útil ni justo para la resolución de muchos de los conflictos criminalizados.

En efecto, la pena de cárcel no solo estigmatiza a la persona del delincuente, privándolo de la posibilidad de una vida digna y de una reincorporación posterior a la sociedad; sino muchos casos condiciona verdaderas carreras criminales posteriores.

⁵⁵ González Carrera, Alfredo. **Drogas que producen dependencia**. Pág. 317.



La cárcel se convierte en un lugar de degradación en donde la persona es humillada y sometida a un proceso de deterioro físico y mental de consecuencias indelebles.

La pena trasciende también a la persona del delincuente, puesto que se extiende a los hijos, a la familia en conjunto que se ve privada del sustento, y finalmente, afecta también a la víctima, que no obtiene ninguna utilidad de la imposición de la pena estatal. De hecho en el mayor parte de los casos la víctima no obtiene una reparación. La respuesta retributiva tradicional es absolutamente inadecuada para afrontar ciertos conflictos criminalizados, de allí que haya surgido la reparación como un novedoso mecanismo de solución.

El letrado Rodríguez Devesa José María, menciona que “el criterio de oportunidad y las medidas desjudicializadoras pretenden evitar los nefastos efectos que las penas cortas privativas de libertad tienen para el delincuente y la sociedad, a través de la aplicación de una solución reparadora que permita el acuerdo entre víctima y autor del delito, generando con ello el restablecimiento del orden jurídico quebrantado y la paz social.”⁵⁶

4.9.1. Criterio de oportunidad

Los tratadistas guatemaltecos De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela José Francisco, menciona que “el criterio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del juez, de no ejercer la acción penal debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación al bien jurídico protegido, a las

⁵⁶ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 205.



circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicato o cuando el inculpatado sufre las consecuencias de un delito culposos.⁵⁷

La eficacia del sistema penal no se mide sólo por el número de sentencias condenatorias planteadas por el sistema, sino también por la salida de los casos a través de mecanismo que permiten el acuerdo entre las partes.

El autor Jiménez Asúa Luís, menciona que “el criterio de oportunidad pretende viabilizar estos mecanismos de solución del proceso, para poder controlar precisamente la legalidad. El criterio de oportunidad pretende por tanto introducir el protagonismo de la víctima en la resolución del conflicto, a través de la terminación anticipada del proceso atendiendo a la reparación privada del conflicto.”⁵⁸

El criterio de oportunidad podrá aplicarse en los casos siguientes:

- Se trate de delitos no sancionados con pena de prisión.
- Se trate de delitos sancionados con pena de prisión máxima de cinco años.
- Se trate de delitos perseguibles por instancia particular.

El hecho antijurídico debe verse ante todo como un hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el principio de lesividad o dañosidad (nullum crimen sine iniuria), vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal.

De allí que se pueda concluir:

⁵⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 271.

⁵⁸ Jiménez Asúa, Luís. **Tratado de derecho penal**. Pág. 194.



Para que una conducta sea penalmente relevante, (con independencia del tipo de delito que se trate) se requiere desde el punto de vista objetivo:

1. Una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico;
2. Que sea penalmente típica;
3. Imputable a una conducta peligrosa;
4. Objetivamente desvalorada por el derecho.⁵⁸

También se debe hacer aplicación del principio de oportunidad en todos aquellos casos en donde el desvalor de resultado sea mínimo. Para determinar cuando el desvalor de resultado es mínimo, debe apreciarse el grado de daño efectivamente producido en el bien jurídico penal.

Si el daño es mínimo, se puede excluir la tipicidad o en todo caso se puede entender que no existe justificación para voltear el aparato jurídico penal del Estado en contra del ciudadano, por lo que se debe prescindir de la acción penal. El desvalor subjetivo de la conducta necesariamente conduce a una distinta valoración del hecho: la culpa necesariamente es - y así tiene que reflejarse - más levemente sancionada que la acción dolosa.

Y, al mismo tiempo los distintos grados de dolo, dan lugar a una graduación del injusto, en la medida en que se debe reprochar de una manera menos grave al dolo eventual, que al dolo directo de primer grado.

Finalmente, en el ámbito de las causas de justificación el juicio de antijuridicidad responde a un criterio de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no se



encuentre justificada por un interés superior. Esto exige un juicio de ponderación entre los bienes jurídicos en juego, en donde la víctima es portadora de un bien jurídico consagrado en la norma y el autor invoca la defensa de otros bienes jurídicos de carácter superior que se encuentran en el ordenamiento jurídico.

En el diccionario jurídico espasa de la fundación Tomás Moro “se menciona que la solución de este conflicto de intereses o valores en juego debe realizarse observando una jerarquización constitucional que determine cuales son los valores más preponderantes.”⁵⁹

Entre los requisitos para otorgar el criterio de oportunidad podemos mencionar:

1. Autorización Judicial otorgada por el Juez de Primera Instancia Penal.
2. El consentimiento del agraviado si lo hubiere.
3. Que el sindicado haya reparado el daño o se haya llegado aun acuerdo para la reparación.
4. Que el sindicado no haya sido beneficiado previamente por la abstención del ejercicio de la acción, por la comisión de un delito doloso que haya dañado o puesto en peligro el mismo bien jurídico.

Finalmente, a diferencia del procedimiento abreviado o de la suspensión condicional de la persecución penal, no se exige que el imputado reconozca de forma expresa los hechos.

⁵⁹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Pág. 480.



En cuanto a los efectos procesales, una vez otorgado el criterio de oportunidad y vencido el plazo de un año después de su aplicación, este provoca el archivo del proceso, por consiguiente produce desde ese momento la extinción de la acción penal. Nuevamente la propia ley no nos da opciones, nos empuja a una espiral de violencia por parte del Estado en contra del ciudadano, que debido a una adicción es diferente, y es privado de sus derechos más básicos y simples.

Así pues el código procesal penal establece respecto al criterio de oportunidad en su Artículo 25 aquellos casos en donde la propia ley otorga este beneficio, pero juntamente con aquellas excepciones en donde dicho criterio es prohibido su aplicación, veamos pues lo siguiente:

- 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. ...

Todos los delitos que contempla dicha ley, incluyendo el que nos ocupa en este análisis como lo es la posesión para el consumo, hay que darse cuenta que ante un fanatismo estúpido por criminalizar todo tipo de conducta humana, como los son las adicciones, hemos equiparado la posesión para el consumo dándole un tratamiento penal y procesal como si nos encontráramos ante un caso de muerte, un parricidio o un asesinato.

Es como si de pronto, aunque suene ridículo el ejemplo, pero es como la tipificación de la posesión para el consumo se ve, que los legisladores dispusieran ante el robo de un pan, por una persona que necesita comer una pena de prisión de cuatro meses a dos años.



Habrán quienes digan que suena ridículo la comparación, pero lo cierto es que quienes sufren una adicción se ven obligados a reaccionar por impulsos físicos y psicológicos que los lleva a consumir estas determinadas sustancias, son personas que se encuentran con una dolencia como toda enfermedad y que necesitan ser tratados clínicamente.

No obstante la propia ley, en su andamiaje de fuerza se centra en estos criminales de bagatela, hemos invertido nuestros recursos con los pies, nuestros impuestos en las más profundas irracionalidades, estupideces y sandeces en lo que respecta a una política criminal adecuada.

¿Qué nos queda aplicar entonces?

4.9.2. Suspensión condicional de la persecución penal

La suspensión condicional de la persecución penal recibe en otras legislaciones el nombre de probation, o puesta a prueba del sujeto y constituye un mecanismo a través del cual se interrumpe la persecución penal, sometiendo al imputado a una serie de condiciones durante un tiempo determinado, que si se cumplen, producen la extinción de la persecución penal.

En caso contrario, se reanuda el procedimiento penal. La probation proviene del sistema anglosajón, en donde es, en general, una medida autónoma e independiente de cualquiera que va ligada a la idea de suspensión del pronunciamiento de condena.

La idea de la probation en los países anglosajones consiste en colocar o someter a un delincuente a prueba bajo la vigilancia de una persona que se esfuerza en ayudarlo a que mantenga una existencia conforme a la ley.



El objetivo fundamental está orientado a evitar la imposición de la pena sobre el imputado. Con ello se pretende evitar los efectos negativos de la pena de prisión, en especial, la estigmatización que supone una condena penal y los antecedentes penales. En consecuencia, la probation constituye el eje de una política criminal que pretende buscar alternativas a sanciones que son socialmente negativas, sustituyéndolas por respuestas estatales que conlleven beneficios tanto para el imputado, como para la víctima.

Con la suspensión condicional del proceso se evita también la prisión preventiva, que constituye un importante factor criminalizador. En este sentido, la probation también pretende constituirse en un mecanismo de solución de conflictos que, partiendo de los legítimos intereses y expectativas de la víctima, llegue a una efectiva reparación de los daños producidos por el delito.

Entenderlo de otra forma sería incompatible con los propios fines políticos criminales de la suspensión condicional de la persecución, pues podría llevar a entender que no cabe aplicar esta medida a los toxicómanos, a ebrios habituales, a drogadictos. Pero debe tomarse en cuenta que la institución de la probation surgió esencialmente como un mecanismo de ayuda para personas que enfrentan este tipo de adicciones, los cuales en alguna medida pueden ser consecuencia de la marginación social, y de su vulnerabilidad frente al sistema penal.

Por ello en el Derecho anglosajón se entiende que ésta medida tiene como finalidad prioritaria propiciar un tratamiento adecuado a la personalidad del sujeto, y se concibe como una medida de asistencia en interés del delincuente y de la sociedad, que



pretende evitar el riesgo de dejar al autor, necesitado de tratamiento, con las consecuencias de una ayuda social, económica y moral.

El tratadista Zaffaroni E. Raúl, refiere que “el efecto principal de esta figura es la suspensión del procedimiento por un tiempo fijado. Asimismo el imputado deberá someterse a un régimen en vías a mejorar su condición moral, educacional o técnica.”⁶⁰

El código procesal penal en su Artículo 27 establece que el tiempo de suspensión de la persecución penal, no podrá ser inferior a dos años ni mayor de cinco...Transcurrido el período fijado.se tendrá por extinguida la acción penal.

Este criterio no es absolutamente discrecional, si no constituye un supuesto legal indeterminado, que está condicionado por tres circunstancias:

- a) La gravedad del hecho;
- b) El marco penal aplicable al delito imputado y
- c) Tipo de regla de conducta aconsejable y el probable tiempo de duración de la misma.

En cuanto a las reglas o abstenciones que prevé la ley, establece 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;

⁶⁰ Zaffaroni, E. Raúl. **Ob. Cit.** Pág. 1281.



4. Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez;
5. Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado, instituciones de beneficencia fuera de sus horarios habituales de 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 automotores y
10. Permanecer en un trabajo o empleo o adoptarlo en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.

Otra de las obligaciones del procesado, es su abstinencia de cometer nuevo delito durante el período probatorio de suspensión condicional de la persecución penal, ya que si durante este período cometiese nuevo delito esta suspensión es revocada.

Por supuesto que cumpliendo con el principio de inocencia, para que la suspensión sea revocada, debe existir un fallo condenatorio por un nuevo hecho delictivo, mientras esto no suceda durante el procedimiento penal la suspensión quedará en suspenso.

Encontrándose absuelto de nuevo delito el sindicado o vencido el plazo probatorio sin que existiera revocación, la persecución penal se extingue y trae como consecuencia la inexistencia de antecedentes penales para el procesado.



Solicitado la suspensión provisional por parte del Ministerio Público, el Juez ordena al imputado, quién deberá aceptar los hechos, como requisito indispensable para gozar del beneficio de esta medida desjudicializadora, aplicando sin más trámite la suspensión y las medidas a que se sujeta y queda ligado el procesado y por el tiempo señalado en el auto, previniendo al procesado que su incumplimiento da lugar a la revocación del beneficio.

Estamos ante la única salida lógica y viable que nos permite la ley, con el objeto de evitar que la persona que sufre de una determinada adicción se encuentre privado de libertad, la finalidad de esta medida desjudicializadora es terminar con la prisión preventiva que lleva aparejada el delito y suspender la persecución penal, sujetando al procesado a unas determinadas normas de conducta impuestas por el juez.

Esta medida desjudicializadora debe solicitarse lo antes posible, para el solo efecto de revertir las consecuencias perjudiciales de la prisión preventiva, puede inclusive solicitarse dentro del debate, pero lo importante es solicitarla en la etapa preparatoria para el beneficio del procesado.

Sin lugar a dudas la suspensión se encuentra determinada por un plazo legal de dos a cinco años, y como requisito necesario el delito no debe de sobre pasar una pena de prisión de cinco años, para que pueda efectuarse este beneficio. Un aspecto particular de esta medida desjudicializadora es que el procesado debe aceptar los hechos imputados por el ministerio público teniendo como finalidad el otorgamiento de la medida.

Sin lugar a dudas el juez ordenará lineamientos en cuanto a la conducta del procesado, esto se ve aún más cuando se trata de ebrios consuetudinarios o toxicómanos,



obligándolos a llevar programas de rehabilitación. Se ve pues que se está hablando de una persona que sufre una determinada enfermedad como lo es una adicción, sin duda entre la ad judicatura se ve la intervención penal para estas enfermedades no solamente como exagerada sino también como desprovista de herramientas reales de curación.

Si la persona infringe los lineamientos a seguir por el juez, y vuelve a ser tomado por la policía por posesión para el consumo, esta persona se vuelve una estadística más de presidios, ya que la reincidencia en este delito, a pesar de la adicción que puede padecer una persona es tomada por la ley como un crimen atroz que debe ser castigado. Pero debe tomarse en cuenta que la institución de la probation surgió esencialmente como un mecanismo de ayuda para personas que enfrentan este tipo de adicciones, los cuales en alguna medida pueden ser consecuencia de la marginación social, y de su vulnerabilidad frente al sistema penal.

El letrado Vásquez Rosi Jorge Eduardo, expresa que por ello en el derecho anglosajón “se entiende que ésta medida tiene como finalidad prioritaria propiciar un tratamiento adecuado a la personalidad del sujeto, y se concibe como una medida de asistencia en interés del delincuente y de la sociedad, que pretende evitar el riesgo de dejar al autor, necesitado de tratamiento, con las carencias de una ayuda social, económica y moral.”⁶¹

4.10. Resultados y análisis jurídico

Definitivamente a lo largo de este trabajo de investigación, pude llegar a determinar y comprender no solamente a través de los libros, sino en las extensas charlas con mi

⁶¹ Vásquez Rosi, Jorge Eduardo. **La defensa penal.** Pág. 359.



asesor y revisor de tesis: Toda pena, por pequeña que parezca por parte del Estado, se encuentra encaminada a proporcionar un sufrimiento en los seres humanos que los sufre, y claro está que en países desarrollados ese dolor se traduce en la reducción de libertades, sin embargo en países como los nuestro, la prisión es reescribir la novela de Dante. Creo que si Fouccault viviese, podría elaborar un tratado del dolor en base a nuestras cárceles, y nuestro sistema segregacionista, dictatorial, pero sobre todo cruel, atroz e inhumano.

En mi opinión, las drogas son todo aquello capaz de causar dependencia, por lo que no veo ninguna diferencia de no segmentarlas en igual plano al alcohol, el tabaco, con la marihuana, la cocaína, y muchas drogas más. El hecho de que unas sean más adictivas que otras, no les quita por igual a todas de la categoría de drogas. En cuanto a la mal llamada guerra contra las drogas, considero en mi opinión que se trata de una guerra impuesta, nuestra pobre e ignorante nación nunca tuvo una guerra contra las drogas real hasta el año de 1992, debido a que así se lo dictaminaron las poderosas naciones a nivel internacional.

Realmente el punto de partida de esta guerra fue el fin de la guerra fría, por medio de la caída del muro de Berlín. El gran enemigo latente desde el fin de la segunda guerra mundial hasta 1989 que era la llamada Unión Soviética, termino por incorporarse a un sistema de producción de mercado, terminando así con una guerra que se avizoraba pero que nunca sucedió. Lo cierto es que hoy por hoy, la libertad de expresión se encuentra tan reducida, que hablar del tema de despenalizar la posesión para el consumo, podría ser considerado en círculos académicos como apología del delito.



Situación que a todas luces nos parece la peor de las aberraciones, y no solamente en el plano nacional, sino que dicha circunstancia se encuentra penalizada a nivel internacional, lo cual es el absurdo contra la libertad. Si lo que se busca, es que los jóvenes en donde tienen puestas sus esperanzas las naciones, no se auto destruyan con estas sustancias, considero en mi opinión que solo puedo catalogar de estupidez probar que penalizando esta conducta dichos jóvenes van a sufrir un cambio sustancial y a través de la cultura del dolor y la tortura impuesta en nuestras cárceles, van a salir hombres probos y reformados de beneficio para nuestra sociedad.

Sostengo siempre que las drogas destruyen al individuo y a su círculo primario que lo rodea, que los efectos que tienen sobre las personas en su mayoría de casos son irreparables, pero si de una política de salud se trata, lo más estúpido es usar la fuerza coercitiva del Estado para afrontar un problema de salud pública ciudadana. Suficiente dolor tienen las familias del adicto, como para que lo ingresemos al penal y solo aumentemos ese sufrimiento. Lo cierto es que relacionamos al adicto con crimen, lo cual es una estimación que no refleja la realidad.

Cuando me doy cuenta de que habla los principios penales para calificar una conducta como delictiva nos damos cuenta que la posesión para el consumo, carece de la mayoría de principios de una legislación penal democrática. Peor aún, cuando las salidas procesales que el sistema da para estos delitos, en donde no se encuentra sentencias condenatorias, porque los propios jueces saben de lo innecesario y de los santísimos costos que esto conlleva por una situación que es una bagatela en comparación a los delitos contra la vida y la propiedad.



Definitivamente que el Estado ha llevado de forma inadecuada su presupuesto, cargando el sistema y volviendo más burocrático el sistema, y por ende más lento para aquellos que realmente necesitan de una justicia pronta y cumplida. Estimado lector, demos una mirada hacia las definiciones de nuestro problema, volteemos y miremos a través de la historia de nuestras instituciones jurídicas, veamos la actualidad legal de los presupuesto penales, pero más aún veamos la realidad procesal de nuestro sistema creado por nosotros mismos, y las estadísticas que no mienten, porque los número son los únicos que no engañan.

No nos gustarán nuestras conclusiones, porque solamente veremos aberración y estupidez en penalizar una conducta como la posesión para el consumo, que existen tantos especialistas sobre el tema, que este estudio es un panfleto de niños comparado con los doctrinarios, que conocen y saben que penalizar todas las conductas de los hombres solo nos volverá una sociedad más violenta.

Aunado a todo lo antes expuesto, es mi opinión individual, que el delito de posesión para el consumo de drogas estupefacientes y psicotrópicos debe ser despenalizado de nuestro ordenamiento jurídico, si esto no fuese posible, debe entonces permitirse al juzgador otorgar medidas sustitutivas por este delito y no obligarlo por el imperio a decretar prisión preventiva en cada uno de los casos de posesión para el consumo.

4.11. Propuesta de solución.

- La prohibición de las drogas ha tenido consecuencias desastrosas muy similares a la que sufrió el alcohol en los años veinte en Estados Unidos. Sin embargo, en vez de reconocer el fracaso de dicha política, la mayoría de los gobiernos alrededor del mundo se han empeñado en gastar más recursos y atender más



contra las libertades de sus ciudadanos en un esfuerzo inútil por detener el comercio ilegal de narcóticos. Despenalizar las drogas eliminaría significativamente las terribles consecuencias que enfrentamos bajo el actual enfoque prohibicionista. Sin embargo entre las posibles soluciones podemos hilvanar las siguientes:

- Hacer una declaración formal de la máxima autoridad del estado la cual deberá ser breve y clara. En la que se debe decir que a partir de ese momento el Estado de Guatemala va a hacer un llamamiento a todos los sectores para promover la cultura de drogas e informar acerca de la despenalización del delito de posesión para el consumo. Por cuales quiera medios de difusión masiva.
- Ofrecer Formación Continua sobre cultura de drogas a todas las personas Promoviéndolas a través de un registro de personas pro consumo.
- Dejar en libertad a todos los condenados por consumo de drogas. Fundamentados en la irretroactividad de la ley. Con el fin de facilitar la creación del registro, a partir de la fecha de promulgación de la reforma de la ley en cuestión dejarán de ser perseguidos por las autoridades, las personas que actualmente consumen y portan drogas para su consumo. toda vez no existan pruebas de que hayan cometido otros delitos.
- Las autoridades deberán elaborar un registro de consumidores de narcóticos, en el cual deberán inscribirse obligatoriamente. Para que la adicción sea controlable.



- Los narcóticos sólo podrán fabricarse y/o venderse en establecimientos autorizados y registrados por las autoridades, las cuales estarán facultadas para realizar inspecciones y auditorías de acuerdo con el reglamento correspondiente.
- Quedará estrictamente prohibida la promoción de estas sustancias, por lo que no se permitirá su publicidad a través de la radio, la televisión, el cine, el Internet, anuncios espectaculares, carteles, correo, volantes o cualquier otro medio.
- Las personas que deseen adquirir narcóticos al menudeo para su consumo personal sólo podrán hacerlo en establecimientos debidamente autorizados, para lo cual deberán presentar una identificación actualizada de conformidad con el registro.
- Los encargados o administradores de los establecimientos de venta de narcóticos al menudeo deberán surtir a sus clientes una cantidad equivalente a tres dosis diarias.
- El cien por ciento de los impuestos generados por la venta de narcóticos serán destinados a la creación y operación de centros de rehabilitación y desintoxicación, oficinas de monitoreo de ventas, auditorías a productores y vendedores, y para el financiamiento de campañas de prevención.

CONCLUSIONES



1. La Ley Contra la Narcoactividad, no regula debidamente el delito de posesión para el consumo tipificado lo que da lugar, a arbitrariedades ya que existen ocasiones en que al sindicado le ha sido puesta la droga, por los agentes de la PNC y al no existir medida sustitutiva para este delito se presta para incurrir en corrupción.
2. La aplicación del criterio de oportunidad como solución rápida y sencilla por la comisión del delito de posesión para el consumo, cumple con la finalidad de los principios de celeridad y economía procesal; ya que las medidas de desjudicialización son de mucha importancia y aplicación en la solución por la comisión del delito de posesión para el consumo.
3. El Gobierno de Guatemala, no cumple con los compromisos asumidos ante los organismos internacionales, en los cuales se compromete a combatir el consumo de droga, ya que los planes y estrategias nacionales que se han formulado no se llevan a cabo, para reducir la oferta y la demanda; aunado a esto no se tiene la colaboración de las instituciones involucradas; tanto nacionales como internacionales.
4. El narcotráfico supera el poder, por su fuerza en la corrupción; siendo un factor capaz de contaminar y condicionar a los gobiernos, jueces, policías; provocando una desestabilización en la seguridad, la economía y la salud de todos los habitantes, generando violencia y enriquecimiento desmesurado de quienes se dedican a esta actividad; a través del consumo.



RECOMENDACIONES



1. Es deber del Estado proteger la salud debido a que es el bien jurídico tutelado en los delitos de narcotráfico, por lo tanto, combatiendo estas actividades ilícitas del tráfico de drogas, ejecutando los compromisos adquiridos en los convenios, implementando nuevas políticas en las que se comprometan a colaborar las instituciones nacionales, la sociedad y la comunidad internacional, Reglamentando la posesión para el consumo.
2. El Organismo Ejecutivo debe ampliar los recursos económicos que se utilizan para luchar contra el narcotráfico, garantizando con ello la vida, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de las personas; ya que el consumo ha pasado a ser un problema de salud pública y de aplicación de la ley, a ser un problema con un alto contenido político y estratégico para la relación bilateral.
3. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala revise la legislación existente, ya que el Código Penal, Código Procesal Penal y Ley Contra la Narcoactividad, deben de armonizar entre sí, por lo que necesitan ser modificadas, en especial la Ley contra la Narcoactividad, a efecto de incluir nuevas figuras delictivas, así como la despenalización del delito de posesión de droga para el consumo. El congreso debe reformar la ley de narco actividad y delitos contra el ambiente, en el sentido que no se penalice la posesión para el consumo,
4. También es necesario que el congreso de la republica realice un estudio a través de la comisión respectiva, para determinar si procede la despenalización del delito de posesión para el consumo o se cree la medida sustitutiva para dicho

delito. Con el objeto de evitar la corrupción actual que se da con los operadores de justicia y descongestionar el sistema de justicia.



BIBLIOGRAFÍA



- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Derecho procesal penal.** Ed. S.A. Barcelona, España, 1994.
- ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales.** Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima; Madrid, España: 1993.
- ASTOLFI, Emilio; (et. al.). **Toxicomanías.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad, S. R. L., 1989.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco.** 2a. ed.; ampliada y revisada; Guatemala: Ed. Magna Terra, 1997.
- BEJARANO A. y otros. **Narcotráfico, política y corrupción.** Ed. Temis; Sociedad Anónima, Colombia: 1997.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. **Las drogas: aspectos penales y criminológicos.** Bogota, Colombia. Ed. Temis, S. A., 1986.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 7t.; 27a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho elemental.** Décima Edición. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1976.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general.** (s.e) México: 1937.
- CORNEJO, Abel. **Los delitos del Tráfico de estupefacientes.** Argentina, Ed. AdHoc, S. R. L., 1994
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** 2t., 2vols.; 14ava ed.; Barcelona, España: Ed. Bosch, 1975.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y De Mat a Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco.** 12ava. ed.; Guatemala: Ed. Imprenta y Fotograbado Llerena, 2000.
- DELGADO GIRÓN, Ariel Eliseo. **La despenalización en los delitos de narcotráfico.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Julio 1989.
- DIEZ REPOLLES, José Luís. **Legislación sobre drogas: Alternativas.** Ponencia a la Sexta Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal. San José, Costa Rica, 1993.
- ESCOBAR, Raúl Tomás. **El crimen de la droga.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Universal, 1992

FONTÁN BALESTRA, Carlos Estuardo. **Derecho penal; parte General.** Argentina, Ed. De Palma, (s.f.).

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa.** Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

GARCÍA Y GARCÍA, Joel. **El narcotráfico.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Julio 1989.

GONZÁLEZ CARRERA, Alfredo. **Drogas que producen dependencia.** Venezuela: Ed. Monte Ávila, 1979.

HEINRICH JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal.** Traducida al español por Mir Puig, S. Y Muñoz Conde, Francisco, 2vols.; Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.

JIMÉNEZ ASÚA, Luís. **Tratado de derecho penal.** 12 t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1950.

KAPLAN, Marcos. **El Narcotráfico Latinoamericano.** 4a ed. Paidós. Buenos Aires, Argentina: Ed. Albina 1991.

LEÓN MENDEZ, Ricardo. **Las drogas y su regulación penal en Guatemala.** Escuela de Ciencias Jurídicas, Universidad Mariano Gálvez. Guatemala, 1980.

MENA ROSALES, Nelson Rodolfo. **Programa de capacitación sobre la ley contra el lavado de dinero u otros activos.** Material de curso. Guatemala: 2003.

NAVARRO BATRES, Tomás Baudilio. **Las drogas un problema universal.** México: Ed. Trillas, 1998.

NEUMAN, Elías. **La legalización de las drogas.** 2ª.Ed.; Argentina, Ed. De Palma, 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 20ava ed.; actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1992.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal, segunda parte,** 2da. ed.; Guatemala: Impresa en Talleres de Impresiones Gardisa, 1985.

PURICELLI, José Luis. **Estupefacientes y drogadicción, tenencia, uso, prevención y tratamiento legal, drogas en el deporte, responsabilidad de laboratorios y droguerías.** Facultades del juez, ley 23.737 y normas complementarias. Ed. Universal. Buenos Aires, Argentina 1990.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** 2t.; 2vols.; 21a. ed.; Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1992.



RODRÍGUEZ ARANA, Germán. **El problema de las drogas**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1984. 93 págs.



REYES LEAL, Lidia Jemima. **Análisis del delito de posesión para el consumo, la realidad jurídica social y la necesidad de que se aplique reglas o abstenciones conforme regula el código procesal penal**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Julio 2003.

RODRÍGUEZ DE VESA, José María. **Derecho penal español**. Ed. Boch. Madrid España, 2005.

RUIZ NÚÑEZ, Leonel Estuardo. **Breve estudio sobre la relación entre política criminal, dogmática y criminología en el fenómeno sociológico de la narcoactividad**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Julio 1999.

VÁSQUEZ ROSI, Jorge Eduardo. **La defensa penal**. Rubizul Colino Ed. Buenos Aires Argentina, 1989.

XOC CÓRDOVA, Rodolfo Ernesto. **La narcoactividad en Guatemala**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Julio 1998.

VALLEJO, Norma Elena. **Aspectos toxicológicos de la drogodependencia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Impresiones Finas Olivari, 1998. 205 págs.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. 3t. Ed. De palma. Buenos Aires Argentina, 1997.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. **El blanqueo de dinero, aspectos sustantivos, Cuadernos de derecho judicial**. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero, normativa comunitaria. Madrid: 1994.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal, Decreto Número 57-92, del Congreso de la República de Guatemala.

Código de Salud. Decreto Número 90-97, Congreso de la República de Guatemala 1997.

Código de Comercio. Julio Cesar Méndez Montenegro, Presidente de la República de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, 1970.



Ley de la Policía Nacional Civil y su Reglamento, Decreto Número 11-97 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto Número 40-94 y Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala

Ley de lavado de dinero u otros activos. Decreto 67-2001, del Congreso de la República de Guatemala. 2001.

Ley Contra la Narcoactividad. Decreto Número 48-92, del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89, del Congreso de la República de Guatemala, 1989.