

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**“OTORGAMIENTO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD MEDIANTE AUDIENCIAS UNILATERALES
MÚLTIPLES EN LOS JUZGADOS DE PAZ, CON FUNDAMENTO EN EL ACUERDO NO. 26-2011
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”**
TESIS DE GRADO

JAVIER MORALES JIMENEZ
CARNET 11760-12

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“OTORGAMIENTO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD MEDIANTE AUDIENCIAS UNILATERALES
MÚLTIPLES EN LOS JUZGADOS DE PAZ, CON FUNDAMENTO EN EL ACUERDO NO. 26-2011
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

JAVIER MORALES JIMENEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA

DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. JOSÉ ARMANDO MORALES CASTELLANOS

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. VERONICA ELIZABETH RUIZ BLAU

Morales, Morales & Asociados

Ruta 3, 2-70 zona 4
moralesmoralesasociados@yahoo.com

Ciudad de Guatemala, 10 de noviembre de 2017

Señores
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Respetuosamente me dirijo a Ustedes con el objeto de manifestar que fui designado Asesor del trabajo de tesis intitulado ***“OTORGAMIENTO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD MEDIANTE AUDIENCIAS UNILATERALES MULTIPLES EN LOS JUZGADOS DE PAZ, CON FUNDAMENTO EN EL ACUERDO No. 26-2011 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”***, elaborado por el estudiante Javier Morales Jiménez.

Luego de haber finalizado el presente trabajo de investigación, a mi criterio éste ha sido realizado conforme a los principios, procedimientos y técnicas de la investigación científica y que las referencias bibliográficas consultadas fueron adecuadas para los requerimientos del tema investigado, por lo que el trabajo elaborado cumple con todos los requisitos del Instructivo para la Elaboración de Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

En virtud de lo anterior, emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE** a efecto de continuar en la Facultad el trámite correspondiente.

Deferentemente,


Lic. José Armando Morales Castellanos
Abogado y Notario

Verónica Elizabeth Ruiz Blau
Abogada y Notaria
Colegiada 5480

Señores
Consejo de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

Respetables Miembros del Consejo:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a ustedes con el objeto de acusar recibo y dar cumplimiento a la designación efectuada como revisora de fondo y forma del trabajo de tesis preparado por el estudiante JAVIER MORALES JIMÉNEZ (carné: 1176012), que se titula: **"OTORGAMIENTO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD MEDIANTE AUDIENCIAS UNILATERALES MÚLTIPLES EN LOS JUZGADOS DE PAZ, CON FUNDAMENTO EN EL ACUERDO No. 26-2011 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA"** y procedo a informar lo siguiente:

Que luego de efectuada la revisión y que el alumno realizó y atendió a las sugerencias y correcciones conforme a las directrices de mi persona y de acuerdo al marco teórico del trabajo de tesis y de la investigación realizada en el desarrollo de los distintos capítulos y de la presentación, análisis y discusión de los resultados según se establece en el Instructivo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar y por ende ha cumplido con los requisitos metodológicos.

De lo anterior, procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN** a favor del trabajo de tesis realizado por el estudiante Javier Morales Jiménez. En la Ciudad de Guatemala, el diecinueve de marzo del año dos mil dieciocho.-

Deferentemente,


VERÓNICA ELIZABETH RUIZ BLAU
ABOGADA Y NOTARIA



Universidad
Rafael Landívar
Tradicón Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071764-2018

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JAVIER MORALES JIMENEZ, Carnet 11760-12 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07179-2018 de fecha 19 de marzo de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

“OTORGAMIENTO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD MEDIANTE AUDIENCIAS UNILATERALES MÚLTIPLES EN LOS JUZGADOS DE PAZ, CON FUNDAMENTO EN EL ACUERDO NO. 26-2011 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 27 días del mes de noviembre del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

RESPONSABILIDAD: El autor será el único responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

AGRADECIMIENTOS

A Dios: por el regalo de la vida y por cada una de sus misericordias.

A mis padres: Francisco Javier Morales Ozaeta y Xiomara Anaité Jiménez Arriola por la oportunidad que me han dado de cumplir con esta meta y por su apoyo incondicional.

A mi hermana: Mariandré Morales Jiménez por su apoyo y aliento.

A los profesionales: Lic. José Armando Morales Castellanos y Lic. Verónica Elizabeth Ruiz Blau por su apoyo y paciencia, y demás catedráticos que aportaron a mi formación.

A la Universidad Rafael Landívar, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mis catedráticos, amigos y compañeros que me acompañaron durante estos años.

DEDICATORIA

A Dios

Por los dones que me ha regalado, la sabiduría, paciencia y fuerzas necesarias para alcanzar esta meta.

A mis padres

Por los valores que me han inculcado, por siempre creer y confiar en mí y por el apoyo que me han brindado en cada etapa de forma incondicional.

A mi familia

Cada uno de los integrantes por nombre, por haberme apoyado y alentado de una u otra manera a alcanzar este logro.

RESUMEN

El criterio de oportunidad es una medida desjudicializadora que le permite a esta institución prescindir o abstenerse de ejercer la persecución penal que por mandato legal le corresponde, previa autorización del juez competente, aun cuando de la investigación resulte la comprobación de la comisión de un delito, en los casos que la ley expresamente señala.

Esta medida nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público para seleccionar los casos sobre los cuales dará un seguimiento objetivo e invertirá mayor cantidad de recursos, cumpliendo de esta manera con el encargo que le hace el Estado y la ley de perseguir penalmente a quienes cometieren delitos.

Inicialmente, el criterio de oportunidad y su procedimiento se encontraba regulado únicamente en el Código Procesal Penal y sus reformas, normativa esta que regula el procedimiento a seguir, así como los requisitos y características que debe reunir un hecho punible para que sea posible aplicar esta medida con el objetivo de brindar una solución alternativa para solucionar el conflicto, sin que exista la necesidad de iniciar un proceso penal.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia crea el Acuerdo Número 26-2011, denominado Implementación del procedimiento para delitos menos graves en los Juzgados de Paz, de conformidad con el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, a través del cual, como indica su nombre, regula el procedimiento específico para la aplicación del criterio de oportunidad, viniendo a complementar de cierto modo lo regulado por la norma adjetiva penal.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1	4
EL DERECHO PENAL, LA LEY PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL.....	4
1.1 Derecho Penal.....	4
1.1.1 Concepto.....	4
1.1.2 Antecedentes	4
1.1.3 Definición.....	9
1.1.4 Fuentes del Derecho Penal	10
1.1.5 Características del Derecho Penal.....	14
1.1.6 Función del Derecho Penal.....	15
1.1.7 Principios del Derecho Penal	18
1.2 La ley penal.....	22
1.2.1 Concepto.....	22
1.2.2 Definición.....	23
1.2.3 Estructura de la ley penal.....	24
1.2.4 Características de la ley penal	24
1.2.5 Aplicación de la ley penal.....	26
1.3 Política Criminal	26
1.3.1 Concepto.....	26
1.3.2 Definición.....	27
1.3.3 Función y objetivos de la política criminal	28
1.3.4 Política criminal en Guatemala	30
CAPÍTULO 2	32
DELITO, PENA Y SU CLASIFICACIÓN	32
2.1 El Delito	32
2.1.1 Concepto	32
2.1.2 Aspectos del delito	33
2.1.3 Definiciones	35
2.1.4 Elementos del delito.....	36
2.1.5 Sujetos del delito.....	38
2.1.6 Teoría del delito	39

2.1.7 Funciones de la teoría del delito	40
2.1.8 Consecuencias jurídicas del delito.....	40
2.1.9 Clasificación de los delitos.....	42
2.2 Delitos menos graves	44
2.2.1 Definición.....	44
2.2.2 Marco normativo.....	45
2.2.3 Competencia judicial para delitos menos graves en Guatemala	47
2.3 La Pena	47
2.3.1 Concepto	47
2.3.2 Definición.....	48
2.3.3 Fines y función de la pena	49
2.3.4 Características de la pena.....	52
2.3.5 Clasificación doctrinaria de las penas.....	55
2.3.6 Clasificación legal de las penas.....	58
a) Penas principales	58
b) Penas accesorias.....	59
CAPÍTULO 3	61
MEDIDAS DE DESJUDICIALIZACIÓN	61
3.1. Desjudicialización.....	61
3.2. Conversión	65
3.2.1. Concepto	65
3.2.1. Definición	65
3.2.2. Requisitos	66
3.2.3. Procedencia	67
3.2.4. Consecuencias.....	68
3.3. Suspensión condicional de la persecución penal.....	68
3.3.1. Concepto	68
3.3.2. Definición	69
3.3.3. Características	70
3.3.4. Casos en que procede	71
3.3.5. Requisitos para su otorgamiento.....	71
3.3.6. Consecuencias sociales y jurídicas.....	72
3.3.7. Diferencia con la suspensión de la condena.....	73

3.4. Procedimiento abreviado	75
3.4.1. Concepto	75
3.4.2. Definición	76
3.4.3. Procedencia	77
3.4.4. Requisitos	77
3.4.5. Consecuencias.....	78
3.5. Conciliación	79
3.5.1 Concepto	79
3.5.2. Definición	79
3.5.3. Conciliación en el ámbito penal	80
3.5.4. Procedencia	81
3.5.5. Consecuencias.....	82
CAPITULO 4	84
EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	84
4.1. Criterio de oportunidad.....	84
4.1.1. Concepto	84
4.1.2. Definición	86
4.1.3. Características del criterio de oportunidad.....	87
4.1.4. Objetivo del criterio de oportunidad	88
4.1.5. Efectos del criterio de oportunidad.....	89
4.1.6. Aplicación y limitaciones del criterio de oportunidad.....	90
4.1.7. Requisitos del criterio de oportunidad.....	92
4.1.8. Momento procesal.....	93
4.1.9. Regulación legal del criterio de oportunidad.....	93
4.2. Principio de legalidad	98
4.2.1. Concepto	98
4.2.2. Definición	99
4.2.3. Diferentes acepciones del principio de legalidad	101
CAPÍTULO 5	104
PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	104
CONCLUSIONES.....	112
RECOMENDACIONES	114
BIBLOGRAFÍA.....	116

Bibliográficas	116
Electrónicas	119
Otras	120

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo fundamental, realizar un análisis tanto doctrinario como legal, sobre la aplicación de la medida desjudicializadora denominada criterio de oportunidad, misma que se encuentra regulada en nuestra legislación penal vigente, en el Código Procesal Penal, normativa ésta que contiene y desarrolla el procedimiento a seguir para la aplicación de dicha medida, así como los requisitos que se deben reunir y los presupuestos en los que se hace posible su aplicación.

Sin embargo, y a pesar de encontrarse regulado dicho procedimiento en una Ley Ordinaria, la Corte Suprema de Justicia ha creado Acuerdos como el número 26-2011, en la búsqueda de lograr distintos objetivos, entre los que es posible mencionar la agilización de los procesos, el descongestionamiento de las instituciones encargadas de la administración de justicia y la reducción de la carga de trabajo a las mismas, puesto que como lo ordena nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, es obligación del Estado garantizar el bien común, así como velar por el respeto y entero cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales de todos los ciudadanos, ha creado distintos Acuerdos, siendo uno de estos objeto del análisis que en los capítulos posteriores se desarrolla.

Para la realización de la presente investigación y en busca de realizar el análisis a éste procedimiento con fundamento tanto el Código Procesal Penal, como en el Acuerdo Número 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, ha sido necesario hacer un recorrido por la historia del Derecho Penal, como una de las ramas más antiguas del Derecho, para lo cual fue menester recurrir a diversas fuentes de información como libros de texto, artículos en internet y otros documentos cuya información fue valiosa y de mucha ayuda para el desarrollo de la investigación.

Así también, se abordaron y desarrollaron conceptos básicos del Derecho Penal, iniciando por su concepto y definición como una ciencia; la ley penal como la norma jurídica a través de la cual se definen los delitos y las penas que se impondrán a quienes

los cometan; la política criminal como las acciones que toma el Estado para prevenir y contraatacar la violencia; el delito como la tipificación jurídica a toda acción contraria a la ley y al orden social, la desjudicialización y las medidas dejudicializadoras, para posteriormente aterrizar en el análisis que corresponde, como se indicó al inicio, al objeto principal de ésta investigación.

Actualmente el sistema de justicia se encuentra congestionado y saturado, especialmente en el ramo penal, pues es evidente que existe un incremento de violencia en el país. Es por esto que el Estado se ha visto en la necesidad de implementar distintos mecanismos o medidas en busca del desahogo y descongestionamiento del sistema, pues esto genera muchas y fuertes consecuencias al Estado y sus habitantes. Es así como se introducen y aplican desde hace varios años medidas alternas que buscan coadyuvar con las instituciones encargadas de la administración y aplicación de justicia, entre las cuales se encuentran medidas como el procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena, la conciliación, la conversión de la pena y el criterio de oportunidad. Medidas que se abordan y desarrolla ampliamente en el tercer capítulo.

El criterio de oportunidad surge en el Derecho Penal Guatemalteco como un principio, conocido entonces como el principio de oportunidad, para posteriormente concretizarse en la legislación penal como una medida regulada por una Ley Ordinaria como lo es el Código Procesal Penal.

Ésta medida pretende brindar al sindicado, la oportunidad de solucionar su problema de una forma alternativa, evitando de esta manera iniciar y atravesar por un proceso penal con todas y cada una de sus etapas, lo cual podría significarle mucho tiempo, pues con esto logra no sólo evitarlo, sino también alcanzar una solución que sea beneficiosa tanto para él, como para el agraviado, evitando de igual manera el hecho de cargar a las instituciones correspondientes de conocerlo un proceso más. Claro está que no cualquier delito gozará de éste beneficio, pues el mismo Código señala con claridad los casos en que podrá ser aplicada. Esto debido a que se trata de casos que no representan un peligro al agraviado o a la sociedad, o que las consecuencias que se derivan del mismo sean lo suficientemente leves como para evitar un castigo más severo a quien lo cometiere.

Para realizar el análisis que conforma el asunto medular de la investigación, no solo fue necesario recopilar información de las fuentes antes aludidas para luego desarrollar aspectos más relevantes concernientes al tema, sino también, se recurrió, a través de entrevistas, a profesionales en la materia, como Jueces de Paz, Abogados particulares, Fiscales y Auxiliares Fiscales del Ministerio Público, esto con el objeto de obtener y recopilar información, así como análisis desde distintos puntos de vista, es decir, desde la perspectiva de un Juez quien tiene la última palabra para otorgar la medida del criterio de oportunidad; desde la perspectiva de un Fiscal o Auxiliar del Ministerio Público como el encargado de ejercitar la persecución penal y en su momento de llegar a un acuerdo para la aplicación de dicha medida; y desde la perspectiva de un Abogado particular como defensor de una persona sindicada por la comisión de un delito y beneficiario directo de la aplicación de dicha medida.

Si bien es cierto que el sistema de justicia se encuentra congestionado, lo cual implica una serie de consecuencias negativas, hace necesario la implementación y aplicación de medidas desjudicializadoras que brinden soluciones a tal problemática, sin embargo, éstas deberán observar lo dispuesto por las distintas normativas de la materia. Esto significa que el criterio de oportunidad, como una medida desjudicializadora que constituye una solución a dicho problema, deberá aplicarse conforme lo dispuesto por el cuerpo legal que lo regula, es decir, el Código Procesal Penal, y en caso de aplicarse lo dispuesto por una normativa distinta e inferior a la anterior, no podrá contrariar lo que ésta dispone para el efecto. De lo anterior nace la necesidad de desarrollar la presente investigación y análisis que a continuación se expone.

CAPITULO 1

EL DERECHO PENAL, LA LEY PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

1.1 Derecho Penal

1.1.1 Concepto

El Derecho constituye una de las ciencias más antiguas, pues ésta surge de la necesidad de regular, mediante la creación de leyes y disposiciones, la conducta del hombre dentro de una sociedad, siempre en busca de alcanzar la justicia, la equidad y el bien común, siendo éstos los principales fines del Estado. Por su parte, el Derecho Penal, es la más antigua rama de la ciencia del Derecho de las tantas que lo conforman, teniendo ésta como objeto principal proteger al hombre y sus valores fundamentales, de los cuales se puede mencionar el patrimonio, la dignidad, la seguridad, la integridad, la libertad y la vida como los más importantes.

Es el Derecho Penal pues, la melancólica ciencia del delito y de la pena, y a decir de Raúl Carrancá y Trujillo, el Derecho Penal es la más importante rama entre todas las ciencias de las leyes, ya por sus relaciones morales, bien por las políticas, todo progreso de la ciencia penal es un beneficio para la humanidad, y por ello economiza sufrimientos y, sobre todo, secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral.¹

1.1.2 Antecedentes

¹ De León Velasco, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal guatemalteco: parte general y parte especial*. Guatemala. Editorial Fénix. Décimo Quinta Edición. 2004. Página 3.

Como se indicó, el Derecho es una de las ciencias más antiguas, pues se puede decir que el hombre es su único protagonista, de tal manera que las ideas y nociones de esta rama del Derecho han evolucionado de la mano con la sociedad.

El devenir histórico de esta ciencia jurídica se origina y desarrolla en diferentes épocas, las cuales serán desarrolladas a continuación:

a) Época de la venganza privada

Se afirma que en los primeros grupos humanos, cuando aún no existía el poder público, la función penal revestía el aspecto de una venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trata de un sistema penal en sí, sino de una forma de manifestación individual.²

La época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante una reacción provocada por un ataque considerado injusto. Debido a que en aquella época la sociedad no contaba con una organización jurídica, es decir, el Estado no estaba organizado, las personas al sentir ofendidos sus derechos, acudían a una defensa individual, haciendo “justicia” cada quien con sus propias manos. Esto dio origen a grandes males, a sangrientas guerras privadas que produjeron exterminio de numerosas familias.³

Las consecuencias de una reacción ilimitada fueron atenuadas por la Ley de Talión, según la cual podía devolverse al delincuente un mal mayor que el provocado a su víctima –ojo por ojo, diente por diente- reconociendo así la colectividad que el ofendido solamente tenía derecho a una venganza de igual magnitud al daño sufrido;⁴ de tal manera que la Ley de Talión atenúo la venganza privada, pues según ésta solamente se le podría

² De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. *Derecho penal guatemalteco: parte general y parte especial*. Guatemala. Magna Terra Editores. Vigésima segunda edición. 2012. Página 14.

³ Loc. Cit.

⁴ Loc. Cit.

devolver un mal igual al causado y no mayor al mismo, limitando así la desproporcionalidad de la reacción vengativa.

b) Época de la venganza divina

La venganza divina era el castigo que le era impuesto a quien causara un daño, en virtud de creencias divinas, de modos que en ocasiones se entremezclan rituales mágicos y hechiceros. Éste castigo era impuesto generalmente por los ancianos o representantes de diversas deidades.⁵

En ésta época, la voluntad individual del vengador fue sustituida por una voluntad divina a la que correspondía la defensa de los intereses colectivos lesionados o vulnerados por la comisión de un delito. La justicia penal era ejercitada en el nombre de Dios, los jueces juzgaban en su nombre (generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia), y las penas eran impuestas para que el delincuente expiara su delito y la divinidad deponga su cólera. Es el espíritu del Derecho Penal del antiquísimo pueblo hebreo.⁶

c) Época de la venganza pública

La venganza pública se trataba aún de un acto de venganza, pero ejercido por un representante del poder público. Simplemente se trasladaba la ejecución justiciera a alguien que representaba los intereses del pueblo, en su manifestación más primitiva. La semejanza o igualdad en el castigo dejaba ver de forma clara que se trataba de una venganza. En el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas y el Pentateuco Mosaico se encuentran disposiciones relativas a ésta fase.⁷

⁵ Amuchategui Requena, Irma G. *Derecho Penal: curso primero y segundo*. México. Editorial HARLA. 1993. Página 5.

⁶ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 15.

⁷ Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit.

Cuello Calón comenta al respecto que para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos, el poder público no dudó en imponer las penas más crueles, la muerte acompañada de agravación espeluznante, las corporales que consistían en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación. La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas era respetada, pues los cadáveres eran desenterrados y procesados. En la administración de justicia reinaba una completa desigualdad, pues mientras que a los nobles y poderosos les eran impuestas penas más suaves, los plebeyos y siervos recibían los castigos más duros.⁸

d) Período humanitario

En esta etapa, nace como una respuesta a las épocas anteriores, en las que los castigos eran crueles y aplicados como venganza, una reacción humanista, la cual pretendía que las duras prácticas que se realizaban fueran abolidas.

La etapa humanitaria da inicio a finales del siglo XVIII con la corriente intelectual del “Iluminismo” y los escritos de Montesquieu, D. Alambert, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado de forma unánime que su precursor fue el milanés César Bonnesana, Marqués de Beccaria, quien publicó la famosa obra *Dei Delitti e Delle Pene (De los Delitos y las Penas)*, en la cual se pronunció abiertamente contra la pena de tormento para castigar los delitos cometidos, pues como dijo, las penas no deben tener como fin atormentar o afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, sino que el verdadero fin debía ser impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Consideró que la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre,⁹ siendo uno de sus aportes más relevantes, el establecimiento del principio de legalidad, el cual establecía la

⁸ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 16.

⁹ Loc. Cit.

necesidad de que la norma penal estuviera escrita y fuera de conocimiento general, limitando con ello, la facultad punitiva del Estado.

e) Etapa científica

En la etapa científica se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto al delincuente. Se considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analiza a la víctima; es indispensable conocer la razón del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de más delitos por parte del mismo.¹⁰

En la pena se estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa. Actualmente, es ésta fase, pese a los esfuerzos realizados por los estudios e interesados en estos aspectos, no se ha resuelto el problema tan delicado que representa la delincuencia.¹¹

Teniendo a sus representantes más influyentes y relevantes, el sociólogo Enrico Ferri, el médico Cesare Lombroso y el abogado Rafael Garófalo.

f) Época moderna

En la actualidad existe unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto a que el Derecho Penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos a la comisión de delitos, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológicas, las cuales tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico. Es más, existen algunos especialistas que mantienen que el Derecho Penal se debe circunscribir con alguna

¹⁰Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit. Página 16.

¹¹ Loc. Cit.

exclusividad a la denominada “Dogmática Jurídica Penal”, la cual consiste en la reconstrucción del Derecho Penal vigente con base científica, alejándolo así de las consideraciones críticas y filosóficas.¹²

1.1.3 Definición

Para dar una definición de Derecho Penal, es importante partir de una definición individual de Derecho y Penal, para posteriormente definirlos como un mismo concepto.

Según la Real Academia Española, Derecho es *«el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva»*.¹³

Por su parte, la institución antes mencionada, define penal como *«dicho de un orden jurisdiccional: competente en materia de delitos y faltas»*.¹⁴

Una vez definidos los conceptos de forma individual, estos pueden ser definidos como uno mismo, para lo cual partiremos de la definición de brinda la Real Academia Española, quien establece que Derecho Penal es el *«Derecho que define las conductas que se consideran delitos o faltas y determinan las penas o medidas de seguridad que han de imponerse a sus responsables»*.¹⁵

En el mismo orden de ideas, según Jofré, citado por Manuel Ossorio en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, el Derecho Penal es *«una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores, a fin que la pena se aplique a los culpables»*.¹⁶

¹² De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 18.

¹³ Real Academia Española. *Derecho*. En página Web: Diccionario de la Lengua Española. España. Disponible en línea: <http://dle.rae.es/?id=9l4qkmW>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017.

¹⁴ Real Academia Española. *Penal*. Op. Cit.

¹⁵ Real Academia Española. *Derecho Penal*. Op. Cit.

¹⁶ *Derecho Penal*. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina. Editorial Heliasta. 30ª edición. 2004. Página 311.

Raúl Carrancá y Trujillo, citado por José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, define el Derecho Penal como *«el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación»*.¹⁷

Para Eugenio Cuello Calón, citado por los autores antes mencionados, es *«el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece»*.¹⁸

Con base en las distintas y variadas definiciones de Derecho Penal, mismas que han sido citadas anteriormente, es posible concluir que el Derecho Penal es una rama del Derecho, que comprende una serie de disposiciones y normas jurídicas, mediante las cuales el Estado define los delitos y determina las penas aplicables a quienes los cometan, con el objeto de regular la conducta humana dentro de la sociedad.

1.1.4 Fuentes del Derecho Penal

Las fuentes del Derecho son todos aquellos documentos o prácticas de donde emana el Derecho, es decir, de donde se origina. Existen diversas fuentes del Derecho, las cuales se clasifican en fuentes reales, formales, directas, indirectas e históricas.

a) Fuentes reales

Éstas tienen su fundamento en la realidad social de los hombres y por ende de los pueblos. Se refieren a las expresiones humanas, los hechos naturales y los actos sociales que determinan el contenido de las normas jurídico-penales, es decir, son las expresiones y manifestaciones socio naturales previas a la formalización de una ley penal.¹⁹

¹⁷ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 5.

¹⁸ Loc. Cit.

¹⁹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Op. Cit. Página 89.

Las fuentes formales se caracterizan por constituir éstas, las causas que generan la necesidad de crear una norma. Constituyen así, un suceso que da lugar al nacimiento, de una o varias normas jurídicas.

b) Fuentes formales

Las fuentes formales son los procesos de creación de las normas jurídicas penales y a los órganos en donde se realiza el proceso legislativo, mismo que corresponde al Congreso de la República de Guatemala, de acuerdo a la organización política del Estado.²⁰

c) Fuentes directas

Son aquellas que por sí mismas tienen la virtud suficiente para crear normas jurídicas con carácter obligatorio, es decir, que son aquellas de donde emana de forma directa el Derecho Penal. Como única fuente directa del Derecho Penal se encuentra la ley, pues solamente la ley cuenta con facultades que le permiten crear los delitos y las penas o medidas de seguridad.²¹

Las fuentes directas a su vez se dividen en fuentes directas de producción y de cognición:

i) Fuentes directas de producción

Son las integradas por la autoridad que declara el derecho, es decir, el Estado, a través del Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la República.²² Siendo éste

²⁰ Loc. Cit.

²¹ Loc. Cit.

²² Loc. Cit.

la única fuente directa de producción, pues solamente al Congreso de la República le corresponde la facultad de crear leyes.

ii) Fuentes directas de cognición

Se refiere a todas aquellas manifestaciones de la voluntad del Estado, la expresión de la voluntad del legislador.²³ Esto quiere decir que la fuente de conocimiento serán específicamente el Código Penal y todas las demás leyes especiales en materia penal.

d) Fuentes indirectas

Son todas aquellas que coadyuvan en forma indirecta con la proyección de nuevas normas jurídico penales, pudiendo ser útiles en la interpretación y en la sanción de una ley penal, pues por sí solas carecen de eficacia para obligar.²⁴ Es decir, que éstas no tienen facultad o privilegio suficiente para crear normas jurídicas por sí solas, pero si servirán de ayuda al momento de interpretar y aplicar otras normas jurídicas. Éstas a su vez se dividen en costumbre, jurisprudencia, doctrina y principios generales del Derecho.

i) Costumbre

La costumbre no es más que la repetición constante de prácticas por una sociedad, las cuales se convierten en normas no escritas, pero cuyo cumplimiento se puede decir, es de carácter obligatorio.

Roberto von Hippel, citado por Luis Jiménez de Asúa en su libro de *Lecciones de Derecho Penal*, señala que «en general se dice que el derecho consuetudinario y el derecho legal

²³ Loc. Cit.

²⁴ Loc. Cit.

*son las únicas fuentes del derecho». Reconoce preponderancia de la costumbre en los primeros tiempos y añade: «en cuanto a su validez, ambas fuentes del derecho tienen, fundamentalmente, el mismo valor. El derecho consuetudinario puede, asimismo, ser modificado y dirigido por el derecho legal y viceversa. Es posible que el derecho legal excluya o limite expresamente, durante el tiempo de su privativo imperio, el nacimiento del derecho consuetudinario».*²⁵

ii) Jurisprudencia

La jurisprudencia es el Derecho introducido por los tribunales mediante la aplicación de las leyes, pero en sentido estricto, se da éste nombre al criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias de los tribunales del país.²⁶ En forma resumida, se puede decir que la jurisprudencia consiste en la reiteración de fallos de los tribunales en un mismo sentido.

iii) La doctrina

La doctrina consiste en el conjunto de teorías, opiniones y aun especulaciones que realizan en una materia o acerca de un punto los juspenalistas, los doctos, los especialistas del Derecho Penal.²⁷

Se puede afirmar rotundamente que la doctrina científica no es fuente productora del derecho, aunque tenga un valor descollante en la creación de un nuevo derecho. Los legisladores, cuando crean un nuevo Código Penal, tienen bien en cuenta lo que la doctrina de los autores ha dicho sobre los efectos del que se abroga y las necesidades

²⁵ Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Volumen 3. México. Oxford University Press. 1999. Página 51.

²⁶ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Op. Cit. Página 91.

²⁷ Loc. Cit.

penales del futuro. Ello no significa, dar valor de fuente productora de derecho a la opinión de los científicos.²⁸

A pesar que la doctrina no puede crear normas o leyes por sí sola, ésta tiene inmersa criterios de distintos autores, los cuales les será de utilidad al momento de crear dichas normas jurídicas.

iv) Principios generales del Derecho

Son los valores máximos a que aspiran las ciencias jurídicas, la justicia, equidad, el bien común. Los anteriores tienen primordial importancia en la interpretación y aplicación de la ley penal, pero no pueden ser fuente directa o productora del Derecho Penal, simplemente porque para que estos sean alcanzados, deben ser materializados en una ley penal creada por el Estado.²⁹

En forma concreta, se puede decir que los principios generales del Derecho tienen una doble función: informan al ordenamiento jurídico, de manera que son considerados tanto en la elaboración como en la aplicación de las normas, y, por otro lado, también son utilizados para hallar las soluciones concretas a casos determinados en defecto de la ley o la costumbre.

1.1.5 Características del Derecho Penal

No existe un criterio uniforme en cuanto a las características del Derecho Penal, sin embargo, se pueden mencionar algunas consideradas como las principales por diferentes autores.

Carácter público: como se ha indicado con anterioridad, el Derecho Penal tiene como finalidad el mantenimiento de la paz y la seguridad jurídica, siempre procurando proteger

²⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Página 53.

²⁹De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Op. Cit. Página 92.

los valores fundamentales que armonicen la convivencia dentro de la sociedad. El Estado, como representante del pueblo, es el único facultado para imponer sus decisiones a través de los órganos jurisdiccionales.

Carácter teleológico: esta característica se debe a que su misión comprende la adecuada protección de los bienes jurídicos, sean estos propiamente individuales o de proyección social. La protección del bien jurídico constituye el fin objetivo de la norma y su sentido, alcance y tutela penal únicamente pueden ser medidos por el intérprete a través de un camino inverso al que toma el legislador.³⁰

Carácter coercitivo: ésta es una de las características distintivas del Derecho Penal frente a otras ramas del Derecho. Dicha coerción se manifiesta a través de la pena como una consecuencia o castigo contra aquellas conductas ilícitas o antijurídicas que afectan la seguridad jurídica.

Carácter normativo: porque en tanto Derecho, se refiere a normas jurídicas; y en tanto disciplina científica, estas normas constituyen su objeto de estudio, pues se trata de una ciencia cultural.³¹

Carácter sancionatorio: es decir que en la búsqueda de la seguridad jurídica, el Derecho Penal impone sanciones o penas a aquellas personas que infrinjan las normas de carácter imperativo o prohibitivo.

Carácter preventivo y rehabilitador: pues con la definición de penas busca prevenir la comisión de actos ilícitos o antijurídicos y en caso tales actos sean cometidos, busca la rehabilitación del delincuente para su reincorporación a la sociedad.

1.1.6 Función del Derecho Penal

³⁰ Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de Derecho Penal: parte general*. El Salvador. Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial. 1992. Página 10.

³¹ Loc. Cit.

De manera muy superficial y un tanto subjetiva, es posible establecer que el Derecho Penal tiene como función regular la conducta de las personas para mantener un orden social, a través de la tipificación de delitos y establecer penas como una forma de castigarlos. Si bien esta afirmación no se aleja para nada de la realidad, es importante profundizar en la función del Derecho Penal, pues ésta no solamente consiste en lo anterior.

Como lo indica el Abogado colombiano, Cristhian J. Gutiérrez, de la Universidad Externado de Colombia, y en la misma línea de lo establecido en el párrafo anterior, al Derecho Penal le corresponde mantener las condiciones que posibilitan una convivencia pacífica. En tal sentido, indica que tiene entonces varias funciones: establecer los mecanismos que regulan la relación gobernante-gobernado, regular la manera en que se constituye el poder público y la forma en que debe ejercerse y establece pautas de conducta. Las funciones del derecho penal, según el citado autor, se orientan a la promoción y conservación de la convivencia, pero con ciertas particularidades que atienden a la justificación del poder punitivo, por tal motivo, las diferencia entre:³²

Funciones legitimadoras: evitar la comisión de delitos y realizar las garantías con que cuentan los sujetos activos de ellos. Prevención de delitos: dos aspectos, protege la vulneración de bienes jurídicos y previene la reacción social informal. El Derecho Penal protege los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia social, protegiéndoles así de las violaciones o amenazas. Por otra parte, busca evitar reacciones sociales informales, venganza privada ante la comisión de un delito, evita niveles de violencia superiores a los que él mismo contiene.³³

La protección del Derecho Penal se extiende igualmente a los destinatarios de la acción penal, busca que la dignidad del procesado sea respetada, que cumpla el principio de legalidad y el equilibrio entre la pena, la capacidad del daño y el contenido de culpabilidad de la conducta. Al cumplir ésta función, el Derecho Penal deja de ser autoritario y se

³² Gutiérrez, Cristhian J. *Penal general: concepto y función del Derecho Penal*. 2014. Disponible en línea en: <http://cristhiantz.blogspot.com/2014/05/penal-general-concepto-y-funcion-del.html>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017.

³³ Loc. Cit.

convierte en garantista, pues protege los derechos fundamentales para que no sean vulnerados con los delitos ni con las penas.³⁴

De esta manera el Derecho Penal no solamente busca prevenir la comisión de delitos y por consiguiente los daños que estos causan a las víctimas de quienes los cometen, sino también brinda protección a los victimarios, quienes por el hecho de cometer delitos no implica que estos no gocen de la protección de sus derechos, por lo que el Derecho Penal debe fijarse también en ellos y garantizar que esos derechos no sean vulnerados.

Función deslegitimadora: con esto busca interiorizar valores éticos y generar sensaciones de seguridad con la expedición de las normas penales. El Derecho Penal no puede pretender incidir en la interioridad de cada ciudadano, solamente podrá interferir en su comportamiento exterior. Por lo que la sola expedición de una norma penal genera creencias y conductas, la percepción de que el poder político se ejerce en beneficio a la sociedad.³⁵

Con esta función el Derecho Penal, se puede afirmar, busca crear conciencia en las personas, a través de los valores éticos, claro está, interfiriendo solamente en la conducta expresada por cada ciudadano dentro de la sociedad.

A decir por el autor Pablo Sánchez-Ostís, el fin del Derecho Penal es la protección de la sociedad frente a las conductas más gravemente antisociales. Su fin es la rehabilitación del orden social a costa del culpable, en razón de la infracción cometida y de la culpabilidad del agente. De este modo, es la protección de la sociedad frente al delito que lo justifica. Entendido el ser humano como persona y por tanto, como social, se percibe que la justicia demanda la sanción del delito. Pero dicha sanción no se trata de la ley de Talión, sino la propia de la justicia distributiva que consiste en aplicar la pena que resulte necesaria para la protección de la subsistencia de la sociedad, en proporción a la gravedad del mal que el delito supone y la culpabilidad de quien la comete.³⁶

³⁴ Loc. Cit.

³⁵ Loc. Cit.

³⁶ Sánchez-Ostis, Pablo y otros. *Contenido y función de Derecho Penal*. Universidad de Navarra. Disponible en línea: <file:///C:/Users/HP%20ULTRABOOK/Downloads/2013%201%20Iuspenale%20Concepto%20de%20pena.pdf>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017.

Como se ha venido indicando, en definitiva la función del Derecho Penal es la protección de la sociedad frente a las conductas antisociales, las cuales constituyen actos delictivos y por ende, conllevan una sanción consistente en la aplicación de la pena. Tal función conlleva también la re estabilización del orden social a costa de quien comete dichos actos ilícitos, en razón de la infracción cometida.

1.1.7 Principios del Derecho Penal

Los principios son aquellas directrices o límites impuestos por la doctrina, mediante los cuales se pretende guiar la aplicación y el funcionamiento, en este caso, del Derecho Penal.

a) Principio de legalidad

El Principio de Legalidad tiene su origen en el siglo XVIII y parte como una reacción contra la arbitrariedad, el abuso de poder y la inseguridad jurídica. La filosofía de dicha época apunta a esta dirección con Charles Louis de Secondat *baron* de Montesquieu y Jean Jacques Rousseau, encontrando su verdadero enunciado en el libro *De los Delitos y de las Penas* de Cesare Beccaria.³⁷

Con este principio logra que las leyes sean claras, sencillas y fácilmente inteligibles por todo ciudadano, que no contengan margen alguno de incertidumbre, sino, todos los elementos necesarios: definiciones del delito y fijación de la pena para que la labor judicial sea automática, de mera aplicación, sin interpretación posible.

En todo Estado de Derecho, este principio es evidentemente el de mayor importancia, pues como se indicó en el apartado de las fuentes del Derecho, la única fuente del Derecho Penal es la ley.

³⁷ Machiado, Jorge. Concepción jurídica del delito. En página web: «Apuntes jurídicos». Disponible en línea: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/06/cjd.html>. Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2017.

Este principio vino a constituir una suerte de garantía de la libertad del ciudadano y a la vez, una limitación al poder punitivo del Estado. Mediante éste se asegura a los destinatarios de la ley, que sus conductas no serán objeto de la sanción penal, sino en las situaciones previamente señaladas en ella³⁸, es decir que, para que la comisión de un delito sea punible, éste debe estar previamente tipificado como tal en la legislación vigente.

Además, este principio garantiza que el Estado determinará de forma clara en la ley penal, qué infracciones constituyen delito y cuáles constituyen falta; y, a la vez, señalará las sanciones y medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación de una norma.³⁹

En ese orden de ideas, este principio impone que todo acto y sujeto se encuentra sometido a la ley y que nadie es superior a ella. A su vez, otorga al ciudadano garantías y exige requisitos al poder punitivo del Estado, evitando igualmente por medio de este principio que el Estado y sus funcionarios cometan actos arbitrarios y violen las garantías fundamentales de todos los ciudadanos, garantizándoles que solamente podrá intervenir el Estado penalmente hasta donde la ley le permita.

b) Principio de mínima intervención

El ejercicio del poder punitivo del Estado necesariamente tiene que ser controlado y limitado si se desea gozar de un sistema penal justo y equitativo, libre de todo despotismo y arbitrariedad.⁴⁰

El Derecho Penal moderno debe ser concebido como un medio de defensa de los valores de la sociedad y empleado cuando tales valores estén en peligro, siempre en forma limitada y a través de una ley. De allí que surgen limitaciones como la que impone este principio, el cual establece que ese poder de intervención solo podrá ser aplicado contra

³⁸ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit. Página 81.

³⁹ *Ibíd.* Página 82.

⁴⁰ *Ibíd.* Página 70.

acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes, dejando a otra ramas del Derecho los casos más leves de comportamientos que perturben o transgredan el ordenamiento jurídico.⁴¹

c) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Al igual que las demás normas jurídicas, la norma penal le incumbe una función exclusivamente de protección de bienes jurídicos. La distinción esencial radica en la gravedad de los medios que emplea la norma penal y su intervención en casos de graves ataques a la convivencia social.

Éste principio no se refiere a que todo bien jurídico deba ser protegido, pues de acuerdo al criterio valorativo que realice el legislador, la intervención del Derecho Penal en la efectividad de este principio tendrá cabida únicamente cuando se realicen acciones penalmente relevantes.⁴²

d) Principio de humanidad de las penas

Todo estado democrático, deberá garantizar el respeto a los derechos del ser humano y, a la vez, debe estar al servicio de los ciudadanos.⁴³ Lo que significa que, a pesar de haber cometido actos que causaren lesiones a otras personas o bienes jurídicos, debe garantizarse y respetárseles a dichas personas sus derechos. Las penas impuestas como sanciones por la comisión de un delito no deben atentar contra los mismos.

⁴¹Ibíd. Página 71.

⁴²Ibíd. Página 75.

⁴³ Loc. Cit.

e) Principio de proporcionalidad

En la graduación de las penas, es imprescindible tomar en cuenta la gravedad del hecho cometido, para posteriormente establecer una pena que sea justa y acorde al daño ocasionado.⁴⁴ Es decir, que la dureza de la pena debe ser proporcional al daño causado por la comisión de un delito.

f) Principio de resocialización

A través de éste principio, el Estado se ve obligado a brindar ayuda a toda persona que cumple con una pena, principalmente cuando ésta consista en privación de libertad, para que no sean aislados totalmente de la sociedad.⁴⁵ Con lo anterior se quiere decir, que la prisión no debe ser un medio o mecanismo de desocialización, sino todo lo contrario, se pretende que esta medida sea la forma en que una persona sea transformada para lograr su reintegración a la sociedad.

g) Principio de subsidiariedad y fragmentariedad

Solo podrán penarse las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho Civil o de Derecho Penal, ha de retraerse éste último.⁴⁶

El Derecho Penal protege solamente aquellos bienes jurídicos más importantes e indispensables para el mantenimiento del orden social, es por ello que se dice que el

⁴⁴Ibíd. Página 78.

⁴⁵ Ibíd. Página 79.

⁴⁶ López Contreras, Rony Eulalio. *Curso de Derecho Penal: parte general*. Guatemala. MR Ediciones. 2015. Página 58.

Derecho Penal es de *última ratio*, es decir, subsidiario de otras ramas del Derecho cuando la protección no sea lograda por éstas.

h) Principio de non bis in ídem

A través de este principio se protege a los ciudadanos no solo frente a ulterior sanción, sino frente a una nueva persecución punitiva por los mismos hechos. Garantiza además que nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho.⁴⁷ Una persona perseguida penalmente por la posible comisión de un delito que demuestre su inocencia, no podrá ser perseguida nuevamente por el mismo hecho, como tampoco podrá ser sancionada de nuevo, una persona ya sancionada con la pena respectiva, por el mismo delito.

1.2 La ley penal

1.2.1 Concepto

La facultad que le corresponde únicamente al Estado para castigar, se manifiesta para la aplicación a través del conjunto de normas jurídico-penales, es decir, a través del Derecho Penal, las cuales, como se ha reiterado anteriormente, tienden a regular la conducta humana dentro de la sociedad jurídicamente organizada, por lo que la ley penal es patrimonio del Estado, pues éste tiene la exclusiva potestad de crearlo y también de aplicarlo.

⁴⁷Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de Derecho Penal: parte general*. Op. Cit. Página 70.

No existe una norma penal sin la previa existencia de una ley penal. Aquella es el supuesto jurídico de ésta, pero aquella no se realiza si la ley penal no lo consagra como norma penal. La norma es una creación de la cultura, la ley solamente del legislador.⁴⁸

En Guatemala, la ley penal se manifiesta como una ley ordinaria a través del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, así como en otras leyes especiales que regulan cuestiones del ámbito penal.

1.2.2 Definición

Margot Mariaca define la ley penal como *«la manifestación de voluntad soberana del Estado, imperativa y obligatoria, que describe una conducta humana omisiva o activa como delito al cual se le impone una pena»*.⁴⁹

Para Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas de Torres coinciden al momento de definir la ley penal como *«la que define los delitos y faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden»*.⁵⁰

Reyes Echandía, citado en el libro Manual del Derecho Penal afirma que desde el punto de vista sustancial, la ley penal es *«un mandato dirigido imperativamente a los coasociados con la indicación de los tipos de acción o de omisión y con la amenaza de una sanción en caso de inobservancia»*.⁵¹

De manera muy breve, Irma Amuchategui define la ley penal como la *«norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad»*.⁵²

⁴⁸ Mariaca, Margot. *Fuente del Derecho Penal: la ley penal*. 2010. En página web: Universidad San Francisco Xavier. Disponible en línea: <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dp05-fuente.pdf>. Fecha de consulta 5 de marzo de 2017.

⁴⁹ Loc. Cit.

⁵⁰ *Ley Penal*. Ossorio, Manuel. Op. Cit. Página 545.

⁵¹ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit. Página 91.

⁵² Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit. Página 22.

En conclusión, es posible afirmar que la ley penal es aquella norma jurídica a través de la cual se definen los delitos y las penas que se impondrán a quienes los cometan y las medidas de seguridad.

1.2.3 Estructura de la ley penal

La ley penal está integrada por la totalidad de normas jurídicas que la conforman, en el caso de Guatemala, la ley penal la constituye el Código Penal, el Código Procesal Penal y las demás leyes especiales.

Suele decirse que la estructura de la norma jurídica penal, incluye dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, componentes que también son conocidos tradicionalmente como precepto y sanción.⁵³

El supuesto de hecho se refiere al precepto que se encarga de describir el tipo de conducta delictiva que el legislador ha considerado como delito.

La consecuencia jurídica expresa la sanción que se merece toda persona que hubiere realizado una acción previamente descrita como punible en el texto de la ley. Tal sanción puede consistir en una pena o en una medida de seguridad.⁵⁴

1.2.4 Características de la ley penal

La ley penal tiene como principales características las siguientes:

Generalidad: la generalidad de la ley penal se refiere a que todas las personas, sean naturales o jurídicas, de cualquier raza, color, sexo, religión, que habitan dentro del territorio nacional, se encuentran bajo el imperio de la ley y por lo tanto deben acatarla.

⁵³ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit. Página 92.

⁵⁴ *Ibíd.* Página 93.

Exclusividad: puesto que solo la ley crea delitos y establece sanciones. Lo anterior hace referencia a la exclusividad de la ley en la creación de Derecho Penal, de conformidad con el principio de legalidad, el cual establece que nadie podrá ser penado por hechos que no se encuentren tipificados como delitos o faltas por una ley anterior a su perpetración.⁵⁵

Obligatoriedad: pues como se estableció dentro de la característica de generalidad, todos deben acatarlas. En este punto importaría aclarar quién es el destinatario de las leyes penales. Whering, Binding y Hippel, citados por Luis Jiménez de Asúa, creen que las leyes obligan a los órganos del Estado⁵⁶, sin embargo, de acuerdo con lo anteriormente expuesto y con la opinión más difundida es que se dirigen al pueblo en general, pues el imperio de la ley penal abarca a todas las personas sin discriminación alguna.

Permanencia e ineludibilidad: puesto que las leyes sólo serán derogadas por otras leyes. Es decir, que la ley penal permanecerá en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley la abrogue o la derogue y mientras que ésta permanezca debe ser ineludible para todos los habitantes del territorio nacional.⁵⁷

Imperatividad: hace referencia a las prohibiciones o mandatos contenidas en éstas y que todos no encontramos obligados a cumplir. De esta manera, todas las personas solamente debemos acatarla, sea o no nuestra voluntad, pues en caso de no hacerlo nos será impuesta una pena como consecuencia o castigo.

Igualitaria: esto según el principio de igualdad contenido en nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, establece que todos somos iguales ante la ley, sin discriminación alguna, lo cual implica que la ley penal deberá ser aplicada de igual manera y en igual medida a todas las personas.

Sancionadora: lo que realmente distingue a la ley penal es la sanción, que bien puede ser una pena o una medida de seguridad, por lo que se dice que la ley penal es siempre sancionadora, pues en caso contrario no estaríamos frente a una ley penal sin pena.⁵⁸

⁵⁵De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Op. Cit. Página 83.

⁵⁶Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Página 55.

⁵⁷De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. Op. Cit. Página 84.

⁵⁸Loc. Cit.

Constitucional: la ley penal tendrá su fundamento únicamente en la norma suprema, la Constitución Política de la República de Guatemala y nunca en contraposición a ésta.

1.2.5 Aplicación de la ley penal

Cuando se habla de aplicar la ley, se está haciendo referencia a materializar la norma jurídica a un caso concreto, es decir, buscar cabida a determinada norma jurídica dentro de un caso específico, con la finalidad de que sea ésta a través de la cual se llegue a una solución.

Hay quienes creen de forma errónea que en materia penal la interpretación está prohibida, sin embargo, esto no es cierto, toda vez que tanto doctrina como jurisprudencia sirven al abogado y al juzgador para interpretar la ley de forma correcta, en caso que ésta no sea clara. En efecto, al impartir justicia, el juez no solamente podrá interpretar la norma antes de aplicarla, sino que deberá hacerlo⁵⁹, pues en caso de no ser así, se caería en una aplicación positivista del Derecho Penal.

1.3 Política Criminal

1.3.1 Concepto

Para Von Liszt, citado por Enrique Bacigalupo, la política criminal era «*la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas*». Es así como surge la problemática de las relaciones de la aplicación del Derecho Penal vigente con los postulados políticos criminales, dando lugar a una cuestión que se intentó resolver dentro del marco de la

⁵⁹ Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit. Página 26.

estricta separación de política y derecho que en su tiempo ya proclamaba la teoría jurídica.⁶⁰

Por otra parte, Von Liszt distinguió, con relación a las vinculaciones entre la política criminal y la aplicación del Derecho Penal, dos momentos distintos: según se trate de la realización del principio *nullum crimen sine lege*, que se refería a la comprobación de la comisión de un hecho coincidente con el presupuesto de hecho de un delito descrito en la ley; el otro aspecto o momento es *nulla poena sine lege* y se refiere a la determinación de la pena dentro de los marcos legales y a la sección de la especie de pena aplicable.⁶¹

Se considera que la política criminal no es una ciencia, si no que se trata de una política o conjunto de acciones con orientación política. No obstante, como pasa con cualquier sector de la realidad, es posible una aproximación científica a ella.

Ésta se caracteriza por «*ser pluralista y multidisciplinaria. Debe tomar en cuenta varios caminos, varios acercamientos, varios métodos. No puede ser estática, constantemente debe tomar en cuenta los cambios sociales y las valoraciones que surgen tanto en la naturaleza como en el volumen de la delincuencia y debe ser multidisciplinario, por ser una obra colectiva de politólogos, economistas, sociólogos, médicos y juristas*».⁶²

1.3.2 Definición

Según Jiménez de Asúa, citado por Manuel Ossorio, la política criminal es «*el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de los medios penales como de los de carácter asegurativo*».⁶³

⁶⁰ Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L. 1987. Página 67.

⁶¹Ibíd. Página 68.

⁶² *Política criminal*. En página web: Ecured. Disponible en línea: https://www.ecured.cu/Pol%C3%ADtica_criminal. Fecha de consulta: 6 de marzo de 2017.

⁶³*Política criminal*. Ossorio, Manuel. Op. Cit. Página 738.

Por su parte, Guillermo Cabanellas, al definir política criminal, cita a Von Liszt, quien asegura que es «*el contenido sistemático de principios, garantizados por la investigación científica, de las causas del delio y de la eficacia de la pena según los cuales el Estado dirige la lucha contra el crimen por medio de las penas y de sus medidas afines*». ⁶⁴

El dominicano, Gabriel Pérez, indica que la política criminal «*es, en síntesis, el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal que es una coerción penal hacia determinados objetivos*». ⁶⁵

Adolfo Alarcón, señala que «*de manera general, la política criminal comprende todas aquellas acciones que un Estado realiza para la prevención, combate y tratamiento del crimen en todas sus manifestaciones*». ⁶⁶

Tomando elementos de las distintas definiciones anteriores, se puede concluir que la política criminal es el conjunto de principios, instrumentos y acciones, de las cuales un Estado se hace valer, con el objetivo de prevenir y combatir el crimen en sus diferentes manifestaciones.

1.3.3 Función y objetivos de la política criminal

Como parte integrante de la política jurídica general y por lo tanto, de la política, la política criminal se ocupa de la obtención y realización de las concepciones del orden en la lucha contra la delincuencia. ⁶⁷

El objetivo fundamental de la política criminal sería la crítica y la propuesta de reforma del Derecho Penal vigente. Esta crítica se realiza tanto desde la dogmática como con los

⁶⁴ *Política criminal*. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Argentina. Editorial Heliasta. 27ª edición Página 299.

⁶⁵ Pérez Sena, Gabriel Nicolás. *Concepto de política criminal*. República Dominicana. En página web: Experto en Derecho. Disponible en línea: <http://expertoenderecho.blogspot.com/2010/11/concepto-de-la-politica-criminal-el.html>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017.

⁶⁶ Alarcón Duque, Adolfo Jacobo. *¿Política criminal en Guatemala? Análisis de una propuesta de reforma al Código Penal*. Guatemala. 2015. Tesis de Posgrado/ Fin de Máster. Universidad Rafael Landívar. Página 21.

⁶⁷ Maurach, Reinhart. *Derecho Penal, parte general*. Traducción de: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Argentina. Editorial Astrea. 1994. 7ª edición. Página 51.

resultados de la investigación criminológica, de ahí que muchas veces se haya definido como un “puente” entre el Derecho Penal y la criminología. En efecto, la política criminal se basa en el estudio de condiciones que pueden hacer eficaz la actuación del Derecho Penal, propondrá reformas al Derecho vigente, tanto partiendo del conocimiento y adecuación de las normas, como de los posibles resultados de su aplicación.⁶⁸

Se considera, que la política criminal del Estado es aquella que busca hacer efectivos los fines sociales más elevados de la convivencia social, es decir, la paz, la seguridad y la justicia. Ésta debe basarse en la realidad social donde el delito y el delincuente nacen, se desarrollan y se transforman y se fundamenta en el Derecho Penal, como la ciencia jurídica de la norma penal y del delito.

El fundamento de una política criminal democrática debe ser el respeto y la plena vigencia de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución. Dichas garantías constituyen su limitación más importante y se erigen como el control de legalidad de sus actuaciones, confiriéndole legitimidad. El irrespeto a los derechos y garantías de las personas por parte del Estado, significaría que este ejerce una política criminal de corte autoritaria.⁶⁹

Se puede decir entonces, que la principal función de la política criminal es prevenir el crimen a través de distintas acciones y disposiciones, con el objetivo siempre de garantizar a los ciudadanos sus derechos y, sobre todo, el bien común, como fin supremo del Estado.

Dicha prevención se clasifica en tres etapas. Prevención primaria, prevención secundaria y prevención terciaria. La primera atiende a las causas primarias del delito para anticiparse a su manifestación, siendo ésta la etapa de mayor importancia, por lo que se manifiesta en toda una serie de políticas públicas de naturaleza social, como lo es la inversión en educación, la iluminación de áreas públicas, el desarrollo de espacios de esparcimiento y actividades lúdicas y muchas más. La secundaria se presenta con posterioridad a la comisión del delito y en el mismo interviene el sistema penal. Por último,

⁶⁸ Díez Ripollés, José Luis y Esther Giménez-Salinas i Colomer. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Guatemala. Artemis & Edinter. 2001. Página 36.

⁶⁹ Alarcón Duque, Adolfo Jacobo. Op. Cit. Página 23.

la prevención terciaria, consiste en el tratamiento penitenciario que debe estar dirigido a la resocialización del delincuente.⁷⁰

1.3.4 Política criminal en Guatemala

La prevención del delito es, sin duda, el eje fundamental de la articulación de una política criminal moderna, sin embargo, las acciones llevadas a cabo por el Estado de Guatemala, principalmente en los últimos años se han concentrado en la represión y en la amenaza de la sanción como disuasivo hacia las personas para que se abstengan de cometer delitos.

Las leyes para el combate al crimen organizado han fortalecido la visión de una “política criminal” represiva y autoritaria, produciendo efectos negativos en el respeto de los derechos y garantías fundamentales. Como resultado de lo anterior, el Estado está aplicando el denominado “terror penal”, el “utilitarismo” o “eficientismo”. No obstante, si existen, al menos en el papel, políticas públicas de prevención del delito en Guatemala, entre las cuales se pueden mencionar algunas como la Política de Prevención de la Violencia y el Delito, Seguridad Ciudadana Convivencia Pacífica 2014-2034, Plan Nacional de Prevención y Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y Contra las Mujeres (PLANOVI) 2004-2014, Política Nacional de la Juventud 2012-2010, entre otras, siendo la primera de las mencionadas, la única que unifica las expresiones de violencia más importantes.⁷¹

Los índices de violencia han incrementado preocupantemente cada año, la comisión de delitos es cada vez más común y la respuesta del Estado frente a tal problemática con medidas que realmente contribuyan a la solución de ésta es ineficiente o mínima, sino es que nula.

⁷⁰ Ibíd. Página 13.

⁷¹ Ibíd. Páginas 34.

En Guatemala no existe una política criminal integral y completa, pero si existen reacciones estatales frente a la delincuencia, sin embargo, tales reacciones son autoritarias, producto de una sociedad desigual.

La prevención del delito es inefectiva, pues se basa únicamente en la formulación de documentos de políticas públicas, carentes de una adecuada orientación científico-criminal enfocada hacia las causas que originan la comisión de delitos.⁷²

⁷²Ibíd. Página 37.

CAPÍTULO 2

DELITO, PENA Y SU CLASIFICACIÓN

Habiendo contextualizado los antecedentes y aspectos más importantes del Derecho Penal, así como de la ley penal y la política criminal, se desarrollarán a continuación otros elementos que gozan de la misma importancia y que igualmente conforman el Derecho Penal.

A grandes rasgos se puede decir que el delito es toda acción u omisión que la ley penal cataloga como ilícita por el hecho de alterar el orden social o bien por atentar o violentar derechos de la colectividad o individuales, así como los bienes jurídicos tutelados.

Por su parte, en cuanto a la pena, se puede señalar que es el castigo o consecuencia que recibe toda persona que hubiese cometido algún delito, falta o contravención. Ésta de igual manera se encuentra regulada en la ley penal. Existe una clasificación doctrinaria así como una clasificación legal, la cual se deriva de las distinciones que la misma ley hace, en atención a distintos aspectos como el bien jurídico tutelado, la gravedad del daño, entre otros.

Todo lo anterior será ampliamente desarrollado en el capítulo que a continuación se presenta, con el objetivo de abordar, como se ha indicado, elementos importantes del Derecho Penal y que son objeto de análisis dentro de la presente investigación.

2.1 El Delito

2.1.1 Concepto

La discusión sobre el concepto material de delito es tan antigua como el propio Derecho Penal. Tal discusión trata precisamente de hallar criterios abstractos y generales sobre lo que singulariza al delito que permitirían adoptar un punto de vista crítico sobre lo que el legislador penal positivista como tal. El concepto material de delito se hallaría en la

posibilidad de limitar la actividad del poder punitivo del Estado. El resultado derivado de la discusión sobre el concepto material de delito ha sido muy dispar y no puede afirmarse que exista un consenso claro y definitivo en torno a lo que debe consistir este concepto.⁷³

A pesar de lo anterior, no hay duda que el delito es una conducta que afecta a la sociedad, pues sus consecuencias son más graves que una falta o una simple infracción cívica, pues implica un daño o ponen en peligro la vida, integridad corporal o las posesiones de una persona o de la sociedad en su conjunto.⁷⁴

2.1.2 Aspectos del delito

a) Aspecto filosófico

Al delito, a través de su historia, se le ha tratado de explicar de una forma filosófica, haciendo señalamientos sobre que el delito es simple y sencillamente el quebranto de la justicia penal, por el deber al respeto de la misma. Por su parte, otras definiciones filosóficas han concebido al delito como la violación al deber social. Domingo Romagnosi ha expuesto su idea sobre el delito como el acto libre de una persona inteligente que daña a los demás y a la justicia.⁷⁵

En cuanto al aspecto filosófico del delito, es necesario traer a colación la Escuela Clásica del Derecho Penal, la cual tuvo como máximo representante a Francesco Carrara, a quien pueden resumirse los más importantes logros de ésta Escuela.

Para la Escuela Clásica y la doctrina Carrariana, el fundamento del *Jus Puniendi* es la sola justicia, asegurando que se equivoca aquel que ve el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, desconociendo el primer origen de ella en la justicia.⁷⁶

⁷³ Von Hirsch, Andrew y otros. *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. España. Editorial Atelier. 2012. Página 19.

⁷⁴ Aragón Bolado, Alberto A. *Manual de prevención del delito*. México. Editorial Miguel Ángel Porrúa. 1995. Página 8.

⁷⁵ López Contreras, Rony Eulalio. Op. Cit. Página 156.

⁷⁶De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 46.

Dejando atrás de esta manera, aspectos como la venganza, siendo ésta una forma de defensa, tal y como sucedía en la época de la venganza privada y buscaba hacer una verdadera justicia.

Es así como ésta Escuela, postula, respecto al delito, que éste no es un ente de hecho, sino un “ente jurídico”, una infracción a la ley del Estado; considerando que al definir el delito como un ente jurídico quedaba establecido el límite perpetuo de lo prohibido, distinguiéndolo de lo que podía ser una infracción a la ley moral o a la ley divina, que no son delito.⁷⁷ Discrepando así de lo postulado por la Escuela Positivista que consideró al delito como un fenómeno natural o social, estableciendo que el delito es una acción punible determinada por aquellas acciones encaminadas por móviles individuales y antisociales que perturban las condiciones de vida, contraviniendo las condiciones morales de una sociedad.

b) Aspecto formal

Para poder dar una definición del delito, partiendo desde una conceptualización formal, es necesario acudir al artículo 10 del Código Penal, el cual establece que delito son todos aquellos hechos previstos en las figuras delictivas atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta. Esta definición trae consigo elementos esenciales que la dogmática penal ha estudiado y que ha podido aplicar, como lo son la acción, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.⁷⁸

⁷⁷ Loc. Cit.

⁷⁸ López Contreras, Rony Eulalio. Op. Cit.

c) Aspecto dogmático

La dogmática ha elaborado una serie de elementos cuya concurrencia es indispensable para la explicación del delito. Dichos elementos son tan indefectibles como que con la falta de uno de ellos no se concretaría el delito. Estos elementos esenciales son: acción, típica, antijurídica y culpable, mismos que deberán presentarse una tras otro⁷⁹, es decir, que para que exista un delito no solo basta con uno de estos elementos, sino que deberá contarse con la totalidad de ellos. Estos elementos no aparecen en un solo momento, sino que con el avance y profundización del estudio del Derecho Penal se fueron agregando los mismos.

2.1.3 Definiciones

De una forma muy escueta y simplista, el Diccionario de la Real Academia Española define el delito como una «acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley»⁸⁰. Esta es una definición que aparte de escueta y simple, es puramente formal, en la cual no se contemplan los elementos que debe contener la conducta para que ésta sea castigada por la ley con una pena.

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa, citado por Guillermo Cabanellas, estima que el delito «es el acto típico, antijurídico, culpable sancionado con una pena –o en su remplazo, con una medida de seguridad- y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad».⁸¹

Para Francisco Carrara el delito «es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso».⁸²

⁷⁹ Loc. Cit.

⁸⁰ Real Academia Española. *Delito*. Op. Cit.

⁸¹ *Delito*. Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Página 59.

⁸² Machiado, Jorge. *Concepción jurídica del delito*. Op. Cit.

Manuel Ossorio, cita a Soler quien indica que el delito «*es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetiva de ésta*». ⁸³

Partiendo de las definiciones antes citadas y reuniendo distintos elementos de cada una de ellas, es posible definir el delito como aquella acción u omisión típica, antijurídica y culpable, que implica la infracción de una ley, la cual atenta contra un bien jurídico de un individuo de la sociedad en su conjunto y tiene como consecuencia la imposición de un castigo a través de la pena o en su defecto, a través de una medida de seguridad.

2.1.4 Elementos del delito

Como se indicó al inicio del presente capítulo, el concepto de delito está compuesto por elementos, sin cuya concurrencia no es posible determinar la existencia de un delito. Aunque no existe unificación de criterios sobre cuáles son estos elementos, se abracarán los que se consideran más importantes.

- a. Acción u omisión: la acción u omisión son el primer elemento del delito. Ésta desempeña una función básica en el concepto de delito, constituyéndose en elemento general y común de cualquier delito, al que se agregan los atributos legales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.⁸⁴ Es decir, que sin la acción, no puede existir delito, pues de ésta se deriva un resultado negativo que atenta en contra de un particular o de la sociedad en su conjunto.
- b. Tipicidad: ésta constituye otro elemento esencial del delito y se refiere a la descripción hecha por el legislador⁸⁵, es decir, que la tipicidad consiste en encuadrar la acción u omisión como constitutiva de un delito según lo que lo que definen las leyes.
- c. La tipicidad entendida como la adecuación de una conducta a un tipo penal, aporta a la teoría del delito dos aspectos importantes: el primero la total autonomía entre

⁸³ *Delito*. Ossorio, Manuel. Op. Cit. Página 275.

⁸⁴ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit. Página 134.

⁸⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Página 162.

los elementos que constituyen el delito; el segundo determina que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, mientras que los elementos restantes poseen una naturaleza predominantemente objetiva.⁸⁶

- d. Antijuridicidad: lo antijurídico es objetivo, pues liga el acto con el Estado, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas.⁸⁷ La antijuridicidad es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico. La condición o presupuesto de la antijuridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo.⁸⁸
- e. Culpabilidad: según Reyes Echandia, esta consiste en la actividad consiente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente.⁸⁹ En síntesis, la culpabilidad es la situación en la que se encuentra una persona responsable de la comisión de un delito o falta, en contra de quien, el juez, fijará una pena.
- f. Tipo culposo: la culpa tiene como característica que el agente no quiere realizar la situación de hecho prevista por el tipo legal correspondiente. Contrario a lo que sucede en un acto doloso, el juicio de valor negativo referente al acto culposo no se encuentra basado en el contenido de la voluntad del agente, sino que ésta última está orientada a la ejecución de un comportamiento generalmente sin importancia del Derecho Penal.⁹⁰
- g. Imputabilidad: la imputabilidad, formalmente hablando, está condicionada por ciertos límites que la ley propone. Es una expresión del hombre, en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza y las consecuencias naturales de los mismos como su causa formal eficiente y libre.⁹¹

⁸⁶ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit. Página 142.

⁸⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Página 190.

⁸⁸ Machiado, Jorge. *La antijuridicidad*. En página web: «Apuntes jurídicos». Disponible en línea: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-antijuridicidad.html>. Fecha de consulta: 20 de marzo de 2017.

⁸⁹ Jauregui, Hugo Roberto. *Apunte de teoría del delito*. Guatemala. Magna Terra Editores. 2005. Página 97.

⁹⁰ *Ibíd.* Página 113.

⁹¹ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 178.

Se puede decir entonces, que la imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente. Será imputable toda aquella persona que reúna todas las condiciones que requiere la ley para ser considerado apto para sancionársele.

- h.** Punibilidad: es un elemento esencial del delito. Se asemeja mucho a la tipicidad, incluso hay autores que indican que la punibilidad reemplaza a la penalidad. Se refiere a la penalidad a que se encuentra sujeta la acción considerada como delito.

2.1.5 Sujetos del delito

Los sujetos del delito se refiere a las personas o partes involucradas en un acto delictivo, estas son el sujeto activo y sujeto pasivo.

a) Sujeto activo

De manera general, el sujeto activo es la persona responsable de la comisión de un hecho delictivo (delito o falta), también llamado delincuente o criminal.

El sujeto activo será siempre una persona física. Hay quienes consideran que es posible que el delito sea cometido por una persona jurídica o moral, sin embargo, siempre será la persona física quien planea, actúe y ejecute el ilícito.⁹²

b) Sujeto pasivo

A grande rasgos, el sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño causado por la conducta antijurídica del sujeto activo. También denominado víctima.

⁹² Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit. Página 35.

A diferencia del sujeto activo, el sujeto pasivo si puede ser una persona moral o jurídica, pues ésta puede ser sujeta de daños o peligro a raíz de una conducta delictiva por parte de una persona física.

2.1.6 Teoría del delito

La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. Ésta, tiene una finalidad práctica al igual que el Derecho Penal, en ese sentido, su objeto es establecer un orden racional y, por lo tanto, fundamentado en los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal en un caso dado.⁹³

Esta teoría es la parte del Derecho Penal que se ocupa de explicar que características especiales debe tener una conducta para ser considerada punible; en consecuencia, ésta debe entenderse como una abstracción conceptual que nos conduce por el camino lógico para determinar la existencia de un delito en un caso concreto.⁹⁴

Hoy en día, luego de una larga discusión sobre el tema, existe un acuerdo casi unánime entre los juristas acerca de los elementos comunes de ésta teoría y establecen que son los que se han mencionado previamente: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.⁹⁵

Sin embargo, el hecho de conformarse por los elementos antes mencionados no quiere decir que solamente existan estos para la conceptualización de cualquier hecho. Existen otros elementos que no se hallan descritos en cada tipo, sino que se encuentran antepuestos a cualquiera de ellos.⁹⁶

⁹³ Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Colombia. Editorial Temis. 1989. Página 67.

⁹⁴ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit. Página 134.

⁹⁵ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 134.

⁹⁶ Loc. Cit.

2.1.7 Funciones de la teoría del delito

Además de constituir un sistema de adecuación del hecho real-histórico producido al conjunto armonizado de normas y preceptos permisivos, comprende una importante función jurídica:⁹⁷

- a. Garantía de racionalidad: evita la arbitrariedad, generando así un aumento en la credibilidad del Estado.
- b. Función político criminal: pretende garantizar igualdad ante la ley, además del mejoramiento de la selectividad y mantenimiento racional de los valores ético-sociales.
- c. Función científica: permite el desarrollo científico de reflexión sobre las condiciones del *jus puniendi*.
- d. Función en relación al Estado de derecho: no se refiere a más que al fortalecimiento o reforzamiento de las garantías del Estado para sus habitantes.

2.1.8 Consecuencias jurídicas del delito

La problemática de las consecuencias jurídicas del delito ha adquirido hoy en día una nueva dimensión, a tal punto de llegar a asegurar que tal problemática posee al día de hoy el mismo rango científico que ha sido atribuido desde siempre a las cuestiones generales tradicionales de la teoría del delito.⁹⁸

La pena privativa de libertad es aún el centro de los sistemas penales más avanzados, no obstante, la doctrina pone de manifiesto que esta sanción, lejos de cumplir con los objetivos asignados a la pena, genera un efecto desocializador y otras consecuencias nocivas.⁹⁹

⁹⁷ Trejo, Miguel Alberto y otros. Op. Cit.

⁹⁸ López Contreras, Rony Eulalio. Op. Cit. Página 285.

⁹⁹ Loc. Cit.

Derivado de lo anterior y del Derecho Penal Moderno, se puede decir entonces que las consecuencias jurídicas del delito son: las penas, reparación digna (acción reparatoria) y las medidas de seguridad.

En cuanto a la primera de ellas, se puede decir que todo delito o falta tiene como consecuencia una sanción penal, ésta consiste en el castigo que se impone a toda persona que cometa un delito, limitándola o restringiéndola de determinados bienes jurídicos. Ésta consecuencia será ampliamente desarrollada en su apartado respectivo.

La segunda de ellas, según Puig Peña, se refiere a la obligación que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con el mismo, de indemnizar a la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible.¹⁰⁰

Por su parte, las medidas de seguridad surgen como una medida alternativa para evitar la pena privativa de libertad, en atención a la necesidad de garantizar la resocialización del condenado. La doctrina define como medidas de seguridad a las siguientes:¹⁰¹

Medidas de seguridad propiamente dichas y medidas de prevención: las primeras son aquellas aplicadas como complemento de la pena en atención a la peligrosidad criminal, es decir que éstas son aplicadas después que el sujeto ha infringido la ley penal. Las segundas no son dependientes de la comisión de un delito y se imponen en atención a la peligrosidad social del sujeto con un fin profiláctico, de tal manera que eviten la probable infracción de la ley penal.

Medidas de seguridad curativas, reeducativas o correccionales y eliminativas: las medidas curativas tienen por objeto el tratamiento clínico-psiquiátrico de los sujetos inimputables anormales por deficiencias mentales, como los ebrios y toxicómanos. Las reeducativas o correccionales pretenden la reeducación, la reforma del individuo, es decir, su rehabilitación en sentido amplio con el fin de adaptarlo nuevamente a la sociedad. Por último las eliminatorias tratan de eliminar de la sociedad a sujetos inadaptables a ella, sujetos incorregibles, que conlleva una custodia especial para evitar la comisión de nuevos delitos.

¹⁰⁰ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 313.

¹⁰¹ *Ibíd.* Página 298.

Medidas de seguridad privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales: las privativas de seguridad son aquellas que privan o coartan la libertad de locomoción del sujeto que la sufre. Las no privativas de libertad, son aquellas que a pesar de sujetar obligatoriamente al sujeto, no coartan en forma absoluta su libertad de locomoción. Las patrimoniales recaen directamente sobre el patrimonio de la persona a quien se le impone.

2.1.9 Clasificación de los delitos

Existen diversas posturas de autores de diferentes países acerca de la clasificación de los delitos, sin embargo, Código Penal guatemalteco, seguidor de un sistema bipartito, a diferencia de códigos de otros países, solamente se habla de delitos y faltas, sin hacer otro tipo de clasificación de delitos. Los delitos hacen referencia a infracciones graves o que representan mayor importancia al Derecho Penal y las faltas, que no son más que leves contravenciones al orden público penal.¹⁰²

A diferencia de lo anterior, la doctrina recoge distintas clasificaciones de los delitos, por lo que con base en ésta, se realizará la misma atendiendo a los elementos más importantes de aquellas.¹⁰³

a) Por su gravedad

Se clasifican en delitos y faltas. Los delitos se refieren a infracciones graves a la ley penal, mientras que las faltas son infracciones leves a la ley penal. Debido a la gravedad de los daños causados, los delitos son castigados con mayor severidad que las faltas.

¹⁰² Jauregui, Hugo Roberto. Op. Cit. Página 35.

¹⁰³ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 206.

b) Por su estructura

Atendiendo a su estructura, estos pueden ser simples y complejos. Son simples aquellos que se encuentran compuestos de los elementos que conforman el tipo y solamente violan un bien jurídico protegido. Son complejos, aquellos que violan diversos bienes jurídicos y se integran por elementos de distintos tipos.

c) Por su resultado

Delitos de daño y de peligro y delitos instantáneos y permanentes. Son delitos de daño aquellos que lesionan un bien jurídico tutelado. Delitos de peligro son los que se proyectan a poner en riesgo el bien jurídico tutelado. Son delitos instantáneos aquellos que se perfeccionan en el momento de su comisión. Y por último, los delitos permanentes aquellos con los cuales la acción de sujeto activo continúan manifestándose por un tiempo prolongado.

d) Por su ilicitud y motivaciones

Se clasifican en comunes y políticos. Comunes son todos aquellos que lesionan o ponen en riesgo ciertos valores de una persona individual o jurídica. Políticos son los que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado.

e) Por la forma de acción

Dentro de esta clasificación encontramos los delitos de comisión, que son aquellos que implican la acción, voluntaria o involuntaria de una persona. Delitos de omisión son los que implican una falta de acción de una persona y por la cual se lesiona un bien jurídico.

f) Por su grado de voluntariedad o culpabilidad

Se dividen en dolosos, que son aquellos en los que existe un propósito deliberado de causarlo; culposos, que serán aquellos que no implican intención de realizarlos; y preterintencionales, que son los que causan un daño más grave del que se pretendía causar.

2.2 Delitos menos graves

Como se mencionó con anterioridad, en la legislación penal guatemalteca solamente se hace alusión a dos tipos de infracciones penales: los delitos y las faltas, esto en atención al sistema bipartito que rige el Código Penal.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, a través de las reformas parciales que ha sufrido tanto el Código Penal y el Código Procesal Penal, así como las leyes especiales y acuerdos creados por la Corte Suprema de Justicia, se han implementado nuevos criterios y denominaciones para los delitos atendiendo a la gravedad del daño que causan y por consiguiente a la dureza de sus penas.

Específicamente surge de lo anterior, los denominados delitos menos graves, para los que el Código regula un procedimiento específico, mismo que posteriormente fue complementado a través de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia.

2.2.1 Definición

Claus Roxin afirma que los delitos menos graves «*son hechos antijurídicos cuya pena mínima legalmente prevista en una pena de prisión inferior o pena de multa*».¹⁰⁴

¹⁰⁴ Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Traducción de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguels Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. España. Civitas Ediciones. 2ª edición. 1997. Página 268.

El Acuerdo Número 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, define los delitos menos graves como «*aquellos cuya pena máxima de prisión sea hasta de cinco años, de conformidad con los dispuesto en el Código Penal y leyes especiales, siempre y cuando no tengan competencia especializada*»¹⁰⁵

En conclusión, los delitos menos graves se pueden definir como aquella acción u omisión típica, antijurídica y culpable, que implica la infracción de una ley, la cual atenta contra un bien jurídico de un individuo de la sociedad en su conjunto y tiene como consecuencia la imposición de una pena de prisión no mayor a los cinco años.

2.2.2 Marco normativo

a) Sustantivo

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece, entre otros aspectos, que será responsabilidad del Estado velar por la justicia, seguridad, libertad, paz y legalidad, siempre garantizando el respeto de los derechos humanos. De igual manera regula otras cuestiones como la protección a la persona, la libertad de acción, derechos del detenido y la independencia entre los organismos del Estado.

Como lo indica la norma constitucional en su artículo 174, tienen iniciativa de ley los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral. Derivado de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia crea el acuerdo sujeto al presente análisis y trabajo de investigación.

Por su parte, el Código Penal indica que es necesario crear normas acordes a la situación actual, por lo que ha sido necesario reformar parcialmente dicha normativa, además de complementar sus disposiciones con normas especiales o acuerdos.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. *Implementación del procedimiento para delitos menos graves en los Juzgados de Paz*. Acuerdo Número 26-2011. Guatemala. 2011.

En estos cuerpos legales se encuentra regulado el principio de legalidad, el cual básicamente señala que nadie podrá ser juzgado ni penado por actos o hechos que no se encuentren regulados en la ley previo a la existencia del mismo.

b) Procesal

Es a través de la administración de justicia la manera en que el Estado debe velar por un estado de derecho y por la democracia, con la finalidad de asegurar y proteger a los habitantes de la república.

Es a través del Código Procesal Penal, instrumento que utiliza el Estado para combatir la impunidad, estableciendo los procedimientos para su juzgamiento, pero siempre observando la legislación aplicable en el caso concreto.

c) Leyes especiales

Fue a través del Decreto 7-2011 del Congreso de la República que nuestro Código Procesal Penal fue reformado. La necesidad de tal reforma surge, entre otros aspectos, por ciertas dudas generadas, especialmente en lo concerniente al procedimiento para los delitos menos graves, mismo que se encuentra regulado en el artículo 465 del Código en mención.

En concordancia con dicho Decreto, la Corte Suprema de Justicia crea los Acuerdos 26-2011 y el 29-2011, a través de los cuales se regulan los delitos menos graves, así como la competencia para conocer de los mismos, competencia que le es atribuida a los Jueces de Paz.

2.2.3 Competencia judicial para delitos menos graves en Guatemala

El Código Procesal Penal en su artículo 44, literal b), establece en su parte conducente: *«Los Jueces de Paz Penal tendrán las siguientes atribuciones:... b) Tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público en la forma que éste Código establece, respecto de los delitos penados con prisión que no exceda de cinco años, con excepción de los delitos contemplados en la Ley Contra la Narcoactividad. Instruirán también, personalmente, las diligencias que específicamente les estén señaladas»*.¹⁰⁶

De igual manera, el artículo 465 Ter del citado Código, el cual regula el procedimiento para delitos menos graves, señala: *«El procedimiento para delitos menos graves constituye un procedimiento especial que se aplica para el juzgamiento de delitos sancionados en el Código Penal con pena máxima de cinco años de prisión. Para este procedimiento son competentes los jueces de paz...»*¹⁰⁷

De esta forma, la ley establece de forma clara y expresa a quien se le atribuye la competencia para conocer lo relativo a delitos menos graves, así como la aplicación del procedimiento para los mismos, siendo los Juzgados de Paz los encargados de conocer los casos instruidos por delitos menos graves, así como el procedimiento creado para los mismos.

2.3 La Pena

2.3.1 Concepto

¹⁰⁶ Congreso de la República de Guatemala. *Código Procesal Penal*. Decreto Número 51-92. Guatemala. 1992. Artículo 44.

¹⁰⁷ *Ibíd.* Artículo 465.

La pena originalmente se entendió como compensación civil. Con la reparación civil se le paga al damnificado; con la pena se cumple, no en beneficio de una persona privada, sino frente al Estado, quien al imponer una pena cumple a su vez con su deber.¹⁰⁸

Con la concurrencia de los elementos de la teoría jurídica del delito, se puede establecer la consecuencia del mismo. Todo delito acarrea como consecuencia una sanción penal. Con esta sanción, se limitan a quien comete el delito, determinados derechos o bienes jurídicos.¹⁰⁹

2.3.2 Definición

La Real Academia Española define la pena como «*castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta*».¹¹⁰

Para Von Liszt, citado por Guillermo Cabanellas, la pena es «*el mal que el juez infringe al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor*».¹¹¹

A decir por Manuel Ossorio, la pena es «*el castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta*».¹¹²

Según Rony López, la pena es «*la consecuencia jurídica que se le impone a una persona capaz de ser responsable*».¹¹³

A manera de conclusión y partiendo de las definiciones de los autores antes mencionados, se puede concluir que la pena es la consecuencia jurídica impuesta por los jueces, a los responsables de la comisión de un delito o falta.

¹⁰⁸ *Pena*. Quintino Zepeda, Rubén. Diccionario de Derecho Penal. México. Magister Editorial. 2ª edición. 2006. Página 485.

¹⁰⁹ López Contreras, Rony Eulalio. Op. Cit. Página 286.

¹¹⁰ Real Academia Española. *Pena*. Op. Cit.

¹¹¹ *Pena*. Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Página 182.

¹¹² *Pena*. Ossorio, Manuel. Op. Cit. Página 701.

¹¹³ López Contreras, Rony Eulalio. Op. Cit. Página 286.

2.3.3 Fines y función de la pena

La pena tiene dos fines principales: prevención general y prevención especial. Con el fin de prevención general se confirma la vigencia de la norma infringida, retomando la confianza general de su observancia para el futuro.¹¹⁴

Con la prevención especial pretende la resocialización del autor. A la culpabilidad se le debe agregar la consideración preventiva, tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico y la fe en el Derecho de la sociedad y para activar sobre el autor del delito, evitando su reincidencia.¹¹⁵

Así, la medida de la pena depende, partiendo de perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad del daño causado a los bienes; y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal. Por lo que la pena no puede hallar su legitimación en un sentido ideal, sino solamente en su necesidad preventiva, es decir, en su función social.¹¹⁶

La primera condición para resolver el problema es reconocer la vinculación entre la función de la pena y la función del Estado. La decisión de que la función le sea asignada a la pena, depende de tal vinculación. Un Estado social democrático no puede renunciar a la misión de incidencia en la lucha contra la delincuencia¹¹⁷ sino que debe conducirla de diferentes maneras siempre en busca de la prevención de los delitos, de manera que proteja a los bienes jurídicos de las personas, en observancia del principio de legalidad y respetando y atendiendo a todo ciudadano.

Así, la pena debe cumplir una misión política de regulación activa de la vida social, de tal manera que asegure el funcionamiento satisfactorio mediante la protección de los bienes de los ciudadanos a través de la función de prevención, basándose en la necesidad de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción.¹¹⁸

¹¹⁴ *Pena*. Quintino Zepeda, Rubén. Op. Cit. Página 489.

¹¹⁵ Loc. Cit.

¹¹⁶ Loc. Cit.

¹¹⁷ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 250.

¹¹⁸ *Ibíd.* Página 251.

En las exposiciones doctrinales acerca del fin de la pena se hace mención de las denominadas teorías absolutas de la pena y las teorías relativas de la pena. Este criterio radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas vinculan a necesidades de carácter social.¹¹⁹ Dentro de las teorías relativas de la pena existen otras teorías como las teorías de la prevención, que a su vez se divide en teorías de la prevención general, teorías de la prevención especial, las cuales serán desarrolladas de manera breve a continuación.

a) Teorías absolutas

Éstas sostienen que la misión trascendental de la pena es la de realizar el valor justicia, por lo que no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las denominadas teorías relativas de la pena que la definen como una retribución por la lesión o el daño causado.¹²⁰

En la doctrina actual, existe consenso en cuanto a rechazar aquellas concepciones absolutas de la pena. La tendencia general se orienta a negar que la pena tenga una función ideal. El rechazo a estas teorías se encuentra en la opinión de que el Derecho Penal depende de la existencia de la sociedad, de modo que resulta imposible imaginar un Derecho Penal desvinculado de su utilidad social. La necesidad de la pena solamente podría determinarse observando los requerimientos del concreto sistema social.¹²¹

b) Teorías relativas de la pena

Estas entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega solamente a este punto, comenzando a romperse cuando se

¹¹⁹ García Caveró, Percy. Acerca de la función de la pena. Universidad de Piura. Disponible en línea: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2017.

¹²⁰ Loc. Cit.

¹²¹ Loc. Cit.

debe determinar cuál es la función social. Las teorías relativas de la pena procuran no solamente fines de prevención, sino también la reparación o re estabilización.¹²²

i) Teoría de la prevención general

Establece que la función motivadora del Derecho Penal se rige a todos los ciudadanos. La manera en que tiene lugar este proceso motivador es lo que precisamente la diferencia de la teoría de la prevención especial.¹²³

Sostiene que la pena debe conllevar una intimidación no solo de tipo personal sino de tipo general, a todos los ciudadanos, actuando como advertencia de lo que les puede suceder si se atreven a cometer un delito¹²⁴, es decir, que la finalidad de la pena no consiste en la retribución ni en la corrección de quienes cometen delitos, sino más bien, ésta radica en intimidar a los ciudadanos, haciéndoles ver las consecuencias que genera la comisión de delitos.

ii) Teoría de la prevención especial

Parte también de la idea del efecto motivacional de la pena, sin embargo, entiende que este efecto no va dirigido a la colectividad, sino específicamente al delincuente con el objeto de que no vuelva a cometer delitos, no pretende retribuir el pasado, sino prevenir la comisión de nuevos delitos, corrigiendo al corregible, intimidando al inintimidable o haciendo inofensivo al privado de libertad.¹²⁵

¹²² Loc. Cit.

¹²³ Loc. Cit.

¹²⁴ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 262.

¹²⁵ *Ibíd.* Página 261.

iii) Teoría de la retribución

Fundamentada en una tradición filosófica idealista y cristiana, se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objetivo de alcanzar la justicia¹²⁶, es decir, que para hacer justicia en contra de quien comete un delito y a favor de la víctima del mismo, se debe imponer una sanción a través de la pena.

Queda claro entonces que su objetivo es equilibrar el castigo al crimen cometido, utilizando la pena como una retribución compensatoria. De esta forma, introduce una escala de valores o bienes jurídicos jerarquizada, para calificar la gravedad de las conductas delictivas. De esta manera, el juicio de la retribución se construye a partir del hecho cometido con el fin de compensar el mal causado, a través de una pena proporcional a la gravedad del hecho.¹²⁷

2.3.4 Características de la pena

Existen distintas y diversas características de la pena como la principal consecuencia jurídica del delito, a continuación serán desarrolladas las que se consideran como las más importantes:

a) Es un castigo o un mal

Partiendo de la idea de que la pena se convierte en un sufrimiento para el condenado por la comisión de un delito, al sentir la privación o restricción a determinados bienes jurídicos, pudiendo ser un sufrimiento físico, moral o espiritual, aunque filosóficamente se diga que es un bien para él y para la sociedad.¹²⁸

¹²⁶ Loc. Cit.

¹²⁷ Sierra Vila, Alexandre. *Actualidad de las Teorías de la Retribución en el Derecho Penal*. España. 2015. Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Páginas 13 y 14.

¹²⁸ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 257.

b) Personalísima

Significa que la pena solamente podrá recaer sobre una persona, sobre el condenado, pues nadie podrá ser condenado por hechos que no ha cometido o que le son imputables a otra persona. Por otra parte, la responsabilidad penal no puede ser heredada o transmitida a otro. Esta característica tiene su fundamento en el principio conocido como personalidad de la pena.

c) Proporcional al delito

Conocida también como proporcionalidad de la pena. La búsqueda de la proporcionalidad es tarea que se encomienda al legislador. Pero en los casos en que atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, el juez o Tribunal estimen la pena notablemente excesiva, corresponde a ellos acudir al órgano jurisdiccional competente exponiendo lo conveniente para su modificación.¹²⁹

A manera de resumen, ésta característica se refiere a que la gravedad o dureza de la pena debe atender a la magnitud del daño causado por un delito.

d) Ejemplar

A pesar de que la pena debe ser proporcional al delito, también debe ser ejemplar, es decir, que debe ser un ejemplo a nivel individual y general para evitar de esta manera la comisión de otros delitos por la misma o distinta persona.

¹²⁹ Revelles Carrasco, María. Introducción al Derecho Penal. 2011. En página web «Derecho en red». Disponible en línea: <http://www.infoderechopenal.es/2011/12/caracteristicas-de-la-pena.html>. Fecha de consulta: 22 de marzo de 2017.

e) Determinada

Toda pena deberá estar regulada y determinada por una ley creada previo a la comisión del delito y el condenado no podrá sufrir más allá de lo que la pena misma implica.

f) Legal

Esta característica está íntimamente relacionada con la anterior, pues se refiere a que la pena siempre debe de provenir de una norma legal la cual debe existir previo a la comisión del delito.¹³⁰

g) Flexibilidad

En el entendido que la pena debe ser proporcionada y poder guardar un mínimo y un máximo tal y como lo establece el Código Penal en su artículo 65. Esto implica una capacidad científica de los juzgadores, quienes con ciencia y conciencia deberán fijar la pena. También deberá ser flexible en cuanto a revocarla o reparar un error judicial.¹³¹

h) Justa

La pena no debe ser mayor ni menor, sino que debe ser exactamente la que corresponde en medida del caso en concreto. Tampoco deberá ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa.¹³²

¹³⁰Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit. Página 109.

¹³¹ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 259.

¹³² Amuchategui Requena, Irma G. Op. Cit.

i) Ética y moral

Quiere decir que la pena debe estar encaminada a hacer el bien para el delincuente. Si bien debe causar un efecto de retribución, no debe ser una venganza del Estado en nombre de la sociedad en contra del delincuente; debe tender a reeducar, reformar o rehabilitar al delincuente.¹³³

2.3.5 Clasificación doctrinaria de las penas

Existe, en la doctrina Penal, una serie de clasificaciones en cuanto a las penas, tomando en cuenta diferentes aspectos como el bien jurídico sobre el que recaen, privan o restringen. Algunos de los tipos de pena considerados más importantes son los siguientes:

a) Atendiendo al fin que se proponen alcanzar

i) Intimidatorias

Tienen como finalidad la prevención de delitos influyendo de manera individual sobre el ánimo del delincuente, con el objetivo de que éste no vuelva a realizar actos delictivos.¹³⁴

ii) Correccionales o reformatorias

¹³³ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit.

¹³⁴ *Ibíd.* Página 268.

Buscan rehabilitar, reformar o reeducar al reo para que éste pueda reincorporarse a la sociedad y ser útil en ella, una vez cumplida la condena impuesta por la comisión de un acto delictivo, dejando atrás cualquier tipo de prácticas o manifestaciones antisociales.¹³⁵

Éste tipo de penas, a consideración del autor, son las más apegadas a uno de los fines más importantes del Derecho Penal como es la rehabilitación del delincuente para su reinserción a la sociedad.

ii) Eliminatorias

Tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y que representa un alto peligro a la sociedad¹³⁶. Debido al alto grado de peligrosidad que representa, se busca a través de estas penas privarlo de su existencia o de su libertad.

a) Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que privan o restringen

i) Pena capital

Conocida también como pena de muerte, misma que encuadra dentro de la clasificación anterior como pena eliminatoria.

Consiste en la eliminación física del delincuente, atendiendo a la gravedad del daño causado por la comisión de un delito. Su aplicación ha sido ampliamente discutida, pues hay quienes, bajo un criterio abolicionista, pretenden que esta pena sea abolida y por otra parte, anti-abolicionistas pretenden que la misma siga siendo aplicada.¹³⁷

¹³⁵ Lo. Cit.

¹³⁶ Loc. Cit.

¹³⁷ *Ibíd.* Página 269.

ii) Pena privativa de libertad

Se refiere al encierro legal de una persona en un determinado establecimiento en donde deberá permanecer durante el tiempo que dure la condena. El condenado se encontrará sometido a un régimen penitenciario.¹³⁸

Las penas privativas de libertad a su vez se clasifican en prisión, arresto y responsabilidad personal subsidiaria. La primera consiste en la privación absoluta a la libertad de locomoción impuesta a un condenado. La segunda, consiste en una pena de prisión limitada hasta los sesenta días, la cual se impone en casos de faltas. Y la última consiste en privarle la libertad a una persona por no haber cancelado la pena de multa impuesta originariamente.¹³⁹

iii) Pena pecuniaria o multa

Son penas de tipo patrimoniales de carácter pecuniario que consisten en el pago de determinada suma de dinero.¹⁴⁰ Estas penas se imponen cuando el daño causado por la comisión de un delito no es graves y no existe peligrosidad por parte de quien lo comete.

iv) Pena restrictiva o privativa de derechos

Restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles o políticos contemplados en la ley.

¹³⁸ López Contreras, Rony Eulalio. Op. Cit. Página 287.

^{1b} Ibíd. Página 288.

¹⁴⁰ Loc. Cit.

Se fundamenta en aquellas sanciones que van dirigidas a la suspensión de cargos, profesión u otros derechos. La inhabilitación absoluta y especial, se les trata como accesorias y no como principal.¹⁴¹

2.3.6 Clasificación legal de las penas

a) Penas principales

i) Pena de muerte

Como se explicó en la clasificación doctrinaria de las penas, ésta es una condena que busca la eliminación física de un delincuente debido al alto riesgo que representa para la sociedad.

ii) Pena de prisión

Consiste en la privación de la libertad individual al delincuente. Según la legislación penal de nuestro país, ésta tiene un mínimo de un mes y un máximo de cincuenta años y está destinada principalmente a aquellos delincuentes que representan serio peligro a la sociedad.

iii) Pena de arresto

Al igual que la pena de prisión, ésta consiste en la privación de la libertad de una persona, cuya duración será entre uno y sesenta días, la cual está destinada a quienes cometan faltas.

¹⁴¹ Loc. Cit.

iv) Pena de multa

Es una pena pecuniaria que no es más que el pago de una determinada cantidad de dinero fijada por un Juez. Es una pena que recae sobre el patrimonio del delincuente.

b) Penas accesorias

i) Pena de inhabilitación absoluta

Consiste en la pérdida o suspensión de los derechos políticos, pérdida de un cargo público, el cual era ejercido por el condenado. Implica también la privación del derecho de elegir y ser electo y, la incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor y protutor.¹⁴²

ii) Pena de inhabilitación especial

Consiste en la imposición de alguna de las inhabilitaciones absolutas mencionadas anteriormente, o bien en la prohibición de ejercer alguna profesión.

iii) El comiso

Es la pérdida, en favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, a no ser que éstos pertenezcan a un tercero que no tenga responsabilidad alguna en el hecho delictivo.

¹⁴² De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 279.

iv) Expulsión de extranjeros del territorio nacional

El Código Penal se limita solamente a mencionarla, sin embargo, se entiende que esta aplicará solamente a extranjeros y será ejecutada una vez cumplida la pena principal.¹⁴³

Queda claro entonces la importancia que todo lo anterior posee dentro del Derecho Penal y para la investigación en desarrollo, pues sin todos los elementos antes abordados no sería posible lograr la objetividad que esta rama del Derecho debe perseguir en todo momento y en cualquier situación, pues para una persona existe la necesidad de que se haga justicia (víctima) y para la otra que no se le acuse y posteriormente condene por un acto que nunca cometió (delincuente).

A manera de conclusión, se destaca el papel que juega todo lo anterior para poder entrar a analizar el tema central de la investigación, como es el criterio de oportunidad.

¹⁴³ *Ibíd.* Página 280.

CAPÍTULO 3

MEDIDAS DE DESJUDICIALIZACIÓN

Como resultado de la política criminal del Estado de Guatemala, surgen principios o mecanismos cuyo objetivo principal es brindar celeridad a los casos en el ámbito penal, que por no tratarse de delitos graves o que representen grave peligro a la sociedad o a particulares, no requieren de una intervención tan pronunciada por parte de las instituciones del Estado, como el Ministerio Público y el Organismo Judicial, como si sucede con delitos graves o que atentan gravemente contra la sociedad o particulares.

A estos mecanismos a que se refiere el párrafo anterior se les conocen como medidas desjudicializadoras, la cuales, como se desarrollará más adelante, buscan desahogar o descargar las instituciones encargadas de impartir justicia.

El criterio de oportunidad, como se desarrollará de manera amplia en el capítulo siguiente, es una medida desjudicializadora que regula nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, existen algunas otras medidas cuya finalidad es la misma que persigue éste.

De lo anterior se hace necesario abordar en el presente capítulo, en primer lugar la desjudicialización, y en segundo las diferentes medidas que se encuentran reguladas dentro de la legislación penal vigente de Guatemala, previo a aterrizar en la medida desjudicializadora del criterio de oportunidad, que como se indicó, será abordada de manera amplia en el siguiente capítulo.

3.1. Desjudicialización

Según el Diccionario de la Real Academia Española, judicializar es «*llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política*»¹⁴⁴. Entonces, desjudicializar sería lo contrario, llevar un asunto por otra vía distinta a la judicial.

¹⁴⁴ Real Academia Española. *Judicializar*. Op. Cit.

Para el licenciado César Barrientos Pellecer, la desjudicialización es una institución procesal que permite una selección controlada de casos que podrían ser resueltos sin agotar todas las fases del proceso penal formal. Su propósito es solucionar con mayor prontitud aquellos casos en que, a pesar de haber sido cometido un delito, no existen las condiciones previstas para la aplicación de una pena, pero para proteger el derecho de acceso a la justicia y cumplir con la obligación de restaurar el daño ocasionado, el poder judicial interviene a través de actuaciones sencillas y rápidas.¹⁴⁵

Las medidas desjudicializadoras, buscan entre otras cosas, agilizar procesos penales que aun cuando reúnan todos los elementos para hallar culpable al imputado, la ley faculta al ente acusador para que prescinda de ejercer la acción penal. Igualmente se indicó que para que esta medida sea aplicable debe reunir los requisitos que la ley expresamente establece, por lo que se difiere parcialmente con lo que afirma el autor antes mencionado, en cuanto que la desjudicialización busca solucionar los casos en que, a pesar de haber sido cometido un delito, no existen las condiciones previstas para la aplicación de una pena, pues en todo caso sería lo contrario, es decir, que la comisión de un delito por determinada persona, reúne los requisitos que la ley señala para que dicho proceso penal pueda ser desjudicializado a través de la aplicación de medidas como el criterio de oportunidad.

Señala el autor en mención, que la desjudicialización también implica la reducción al máximo posible, o la eliminación si fuere el caso, de la prisión provisional para todas aquellas personas que podrían resultar afectadas con la aplicación de tal medida. Busca evitar la consumación del proceso penal, lo cual no impide al juzgador, dictar las medidas necesarias, cuando se trata de suspensión condicional de la persecución penal, para que el agraviado no sufra nuevas acciones que lesionen sus derechos, fijando al imputado las condiciones que el Juez considere oportunas.¹⁴⁶

Existen cuatro factores básicos en la realización práctica de la desjudicialización¹⁴⁷:

¹⁴⁵ Barrientos Pellecer, César Ricardo. *Desjudicialización*. Guatemala. Organismo Judicial. 1994. Página 15.

¹⁴⁶ Loc. Cit.

¹⁴⁷ *Ibíd.* Página 16.

La simplificación procesal: está diseñada para dar fácil y expedita salida judicial a determinados asuntos penales. En consecuencia, el trámite y la aplicación de las diferentes formas de desjudicialización deben hacerse lo más alejado de las complicadas formas procesales con que se acostumbra a envolver en el país al espíritu de la ley.

En este sentido, indica Alberto Binder que, con el propósito de provocar una salida justa y al mismo tiempo rápida al conflicto penal planteado, el Ministerio Público, el Juez y los abogados que intervienen deben romper con la mentalidad burocrática y formalista, caracterizada por el apego al trámite por encima de la vocación por la solución del conflicto, vinculándose con la propia estructura de administración de tribunales que no solo es arcaica sino también ineficiente y dispendiosa de sus recursos.¹⁴⁸

Ágil asistencia técnica de los Abogados: son ellos quienes tienen en sus manos la defensa de los intereses de sus representados y quienes en busca de estos, deberán proponer soluciones, argumentando ante la contraparte y el Juez sobre la conveniencia de aplicar criterio que busquen la desjudicialización.

La mejor práctica desjudicializadora es la que concurre en un debate abierto en presencia del Juez quien dirige la audiencia, en la que a su vez participan el imputado y su defensor, la víctima y su asesor técnico y el fiscal. La solución más adecuada es aquella en la que se resuelven los problemas del conflicto penal en términos aceptables para el Estado, para el imputado y para la víctima.

Protagonismo de la fiscalía: como expresa el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la persecución penal le corresponde al Ministerio Público, con esto, le queda prohibido o limitado al Juez proceder de oficio o por iniciativa propia investigar o impulsar un proceso penal.

Como se ha indicado, la desjudicialización pretende alcanzar de una manera más ágil y satisfactoria la solución de un conflicto penal sin afectar intereses de la sociedad y sin desproteger a la víctima. Para esto, el fiscal podrá negociar o decidir el retiro, suspensión

¹⁴⁸ Binder, Alberto. *Perspectivas de la reforma Procesal Penal en América Latina*. El Salvador. Centro de Investigación y Capacitación. 1992. Página 5.

o abreviación por medidas dejudicializadoras, mismas que serán presentadas al Juez para su autorización.

Aplicación de nuevos criterios judiciales: los Jueces de Paz o de Primera Instancia, así como los Magistrados de Sala que conocen en apelación, deben aprender a discriminar y seleccionar de mejor manera el empleo del proceso penal. La prisión como pena, es el poder último que el Estado ejerce sobre un ciudadano y por tanto en una sociedad democrática está destinado a los delitos más graves, aquellos que representen un verdadero peligro o amenaza a la víctima y a la sociedad.

La prisión preventiva, dictada en forma generalizada como consecuencia de la imputación de un hecho delictivo, y la pena de prisión, utilizada de manera excesiva, se han utilizado en muchos de los casos de forma indebida. Para aplicar el Derecho Penal conforme lo dispone la Constitución Política de la República de Guatemala, así como cumplir con el espíritu de la norma, exige a los jueces una serie de aspectos a tomar en cuenta, como romper con los mecanismos tradicionales de razonar y resolver, garantizar los derechos humanos, impulsar en los casos en que proceda mecanismos de desjudicialización, entre otros.

En el ámbito criminológico se puede hablar de desjudicialización de hecho y de derecho; la primera se presentará cuando ocurrido el hecho delictivo o falta, no es puesto en conocimiento de las autoridades, por razones tales como la levedad del daño causado, desconfianza en la eficacia de la justicia punitiva, temor a la pérdida de tiempo o las represalias.¹⁴⁹

La desjudicialización de derecho se evidencia cuando el propio legislador decide eliminar la instancia judicial para la solución de un conflicto que antes la requería.¹⁵⁰

La legislación penal guatemalteca reconoce distintas medidas desjudicializadoras: el criterio de oportunidad, la conversión de la pena, la suspensión condicional de la persecución penal, el procedimiento abreviado y la conciliación. La primera de estas

¹⁴⁹ Reyes Calderón, José Adolfo. *Mecanismos alternativos de la justicia*. Guatemala. Caudal. 1998. Página 13.

¹⁵⁰ Loc. Cit.

medidas, como ya se indicó, será tratada en el capítulo posterior, por lo que en el presente serán abordados únicamente las otras medidas.

3.2. Conversión

3.2.1. Concepto

Los delitos de acción pública y las consecuencias que de ellos se derivan, se considera en muchas ocasiones que se encuentran bajo control del Estado, sin embargo, esto no sucede siempre de esta manera.

Para que esta medida desjudicializadora se produzca, el Estado no debe presentar interés en proseguir un hecho delictivo público, o bien, debe existir duda del agraviado sobre que la fiscalía realice la persecución penal de forma satisfactoria para éste, o porque simplemente el mismo agraviado pretende ejercitar la acción por sí mismo.¹⁵¹

Como consecuencia del traslado de la facultad de perseguir y acusar que realiza el Ministerio Público al agraviado, las fases que de forma normal debe reunir un proceso penal, como lo son la investigación y la fase intermedia, desaparecen.

El propósito esencial de la conversión, puede decirse que consiste en convertir al agraviado en protagonista real de la acción, misma que va encaminada a la restauración del Derecho Penal, así como del pago de la responsabilidad civil que se derive de la comisión del hecho delictivo.

3.2.1. Definición

El licenciado César Barrientos Pellecer, define a esta medida como *«la facultad que se le confiere al Ministerio Público, a solicitud del agraviado, para cambiar o transformar en*

¹⁵¹ Barrientos Pellecer, César Ricardo. Op. Cit. Página 70.

privada una acción pública derivada de hechos delictivos que producen bajo impacto social, o en los que puede considerarse que el pago de los daños y perjuicios es suficiente.»¹⁵²

El Ministerio Público de Costa Rica establece que la conversión es una medida que *«permite que una acción pública perseguible a instancia privada pueda convertirse en acción privada, siempre que lo solicite la víctima y que el Ministerio Público lo autorice.»¹⁵³*

De lo anterior, se puede decir que la Conversión es una medida desjudicializadora, mediante la cual se faculta al Ministerio Público para que, a solicitud del agraviado, se transforme una acción pública en privada, derivada de hechos delictivos cuyo impacto social sea bajo.

3.2.2. Requisitos

Para que estas medidas alternas sean aplicadas, es necesario, como se verá durante el desarrollo de las demás, cumplir con ciertos requisitos que establece nuestra legislación penal.

Cuando se trata de la conversión, será necesaria la solicitud del querellante o del agraviado al Ministerio Público, o bien la propuesta de éste al querellante o denunciante sobre la conveniencia del traslado de la acción. La querrela podrá ser presentada por el Ministerio Público para que sea autorizada la conversión y con ella remitirla al juzgado para su trámite. También podrá presentarse al juzgado para que tenga por planteada la acusación y constituido al peticionario como querellante e inmediatamente el Juez deberá remitirla al Ministerio Público para que determine si aprueba o no la conversión.¹⁵⁴

¹⁵² Loc. Cit.

¹⁵³ Ministerio Público de Costa Rica. *¿Qué es la Conversión de la acción pública en privada?* En página web «Ministerio Público de Costa Rica». Disponible en línea: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/derechosciudadano/medidas_%20alternas/Conversion_accion_publica_a_privada.html. Fecha de consulta: 12 de julio de 2017.

¹⁵⁴ Barrientos Pellecer, César Ricardo. Op. Cit. Página 192.

También constituye un requisito para la aplicación de esta figura penal, la autorización del Ministerio Público, en los casos en que, procediendo el criterio de oportunidad, éste no fuera aplicado por la inexistencia de un acuerdo entre las partes debido a la no aceptación por parte del agraviado de resolver la Litis por esa vía.

Por otra parte, esta medida requiere que se trate de delitos que requieran denuncia o instancia particular, a pedido del legitimado a instar, cuando el Ministerio Público así lo autorice, porque no existe un interés público que sea comprometido o no existiere una amenaza a los intereses del Estado.

Por último, debe tratarse de un delito contra el patrimonio, pues cuando se trata de estos delitos, el afectado por los daños sufridos, es quien mejor puede impulsar el proceso penal; la ley reconoce tal circunstancia y por lo tanto le permite que sea el querellante, quien en representación de sus intereses, realice la acusación, siempre que se trate de asuntos en que se considere que el pago de daños y perjuicios provocados por el delito elimina el requerimiento estatal de imposición de una pena.

3.2.3. Procedencia

La conversión procederá en aquellos casos en los que no se aplique el criterio de oportunidad, debido a que el agraviado no lo consiente, el Ministerio Público no considera procedente abstenerse o bien cuando el Juez no lo autoriza.

Será aplicable también en los casos en que la legislación penal establezca que los delitos requieran de denuncia o instancia particular, siempre y cuando no exista una seria amenaza o se vea seriamente comprometido un interés social y que el Ministerio Público lo autorice. También lo será cuando se trate de cualquier delito contra el patrimonio.

Será posible también la realización de esta medida por sustitución del Ministerio Público, cuando éste hubiere solicitado al finalizar la etapa de investigación, el sobreseimiento o clausura del proceso.

La conversión podrá plantearse al inicio de la fase preparatoria, sea de forma verbal o escrita, ante el Ministerio Público o bien mediante una querrela ante el Juzgado competente.

El Ministerio Público podrá, cuando conozca de un hecho delictivo de poca trascendencia, proponer la conversión al agraviado. El Juez de Primera Instancia también podrá proponerla al agraviado y al Ministerio Público.

3.2.4. Consecuencias

Una vez aprobada la conversión, la querrela origina la aplicación del procedimiento establecido en el Código Procesal Penal para los delitos de acción privada. Como resultado, se traslada o presenta la querrela al Tribunal de Sentencia, quien cita primero a una junta conciliatoria.

En caso que las partes no lleguen a un avenimiento, el tribunal les concederá seis días para que interpongan, si hubiere, excepciones y recusaciones fundadas contra la querrela, mismas que serán tramitadas en la vía incidental. Al resolverse las oposiciones se dará un plazo de ocho días para que ofrezcan los medios de prueba a recibir en el debate público que se celebrará en un plazo no mayor de quince días a partir de la resolución que admite y fija los medios de prueba.¹⁵⁵

3.3. Suspensión condicional de la persecución penal

3.3.1. Concepto

Los sistemas procesales contemporáneos dentro de las soluciones prácticas para evitar daños innecesarios, trámites sin sentido y la disfuncionalidad del proceso, han

¹⁵⁵ *Ibíd.* Página 194.

incorporado la figura de la suspensión condicional de la persecución penal, por cuyo medio se logran los mismos resultados que la suspensión de la pena, aunque de manera más rápida y menos aflictiva, pues la intimidación de perseguir al autor del hecho delictivo si comete un nuevo delito o incumple las imposiciones requeridas, logra resultados satisfactorios superiores o iguales a la pena. Por otra parte se agiliza la justicia.¹⁵⁶

Los procesos en los que puede otorgarse la suspensión condicional de la persecución penal no son por lo general de trascendencia social y los fines de la intimidación, reflexión y adecuación de la conducta al ordenamiento jurídico se producen por la sola intervención de la actividad jurisdiccional.¹⁵⁷

Este mecanismo, a diferencia de la conversión, específicamente en el primero de los supuestos, no ha sido previsto como un derecho del imputado ni como derecho de la víctima, pues dependerá del criterio del fiscal.

El objetivo principal de esta figura es evitarle al imputado el desarrollo de todo un proceso en su contra, cuando la consecuencia del mismo será posiblemente la suspensión de la ejecución de la pena, así mismo, evita la estigmatización que supone tener una condena y antecedentes penales y por otro lado, la reducción de trabajo al Ministerio Público.

3.3.2. Definición

El Licenciado Barrientos Pellecer establece que la suspensión condicional de la persecución penal *«consiste en la suspensión de la acción penal por decisión del Ministerio Público, quien pide al Juez la paralización del proceso para beneficiar al autor de un hecho criminal cuando no es necesaria la aplicación de la pena que le sería impuesta en sentencia y es suficiente la amenaza de continuar el proceso si se comete un nuevo delito.»*¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Ibíd.* Página 79.

¹⁵⁷ *Loc. Cit.*

¹⁵⁸ *Ibíd.* Página 80.

A criterio del autor, la suspensión condicional de la persecución penal es un beneficio del cual podrá gozar quien cometiere un hecho delictivo cuyo impacto social no sea alto y que consiste en la suspensión de la acción penal a requerimiento del Ministerio Público, por considerarse que la amenaza de continuar tal persecución es suficiente como persuasivo en contra del sindicado para que no cometa nuevos hechos delictivos con posterioridad.

3.3.3. Características

Con base en lo establecido en el Código Procesal Penal y documentos analizados, en cuanto a la suspensión condicional de la persecución penal, es posible afirmar que esta medida tiene las siguientes características:

- a) **Objetiva:** al igual que todas las atribuciones y facultades que le han sido concedidas al Ministerio Público por mandato constitucional y que son ejercitadas a través de sus fiscales, deben ser objetivas. Siendo la aplicación de esta medida una de ellas.
- b) **Única:** partiendo del hecho que nadie podrá ser perseguido más de una vez por el mismo hecho como lo establece el Código Procesal Penal en su artículo 17, la persecución penal es única, por ende, esta medida se reviste con la misma característica.
- c) **Irrenunciable:** el Ministerio Público debe analizar a profundidad y detenidamente la posibilidad de otorgar este beneficio al sindicado, pues una vez que éste se otorga no se puede dar marcha atrás, salvo por los casos que establece el mismo Código Procesal Penal.
- d) **A solicitud del interesado:** como se ha indicado anteriormente, la facultad para solicitar la aplicación de esta medida le corresponde al Ministerio Público, sin embargo, para que éste proceda a analizar y posteriormente a solicitar al Juez tal beneficio, debe el interesado solicitarlo al fiscal como representante del Ministerio Público, como señala el artículo 27 del Código Procesal Penal.

3.3.4. Casos en que procede

La suspensión condicional de la persecución penal procede en todos aquellos casos en los que se impute un delito cuya pena máxima no exceda de los cinco años de prisión, en los delitos culposos y en los delitos contra el orden jurídico tributario, como señala el artículo 27 del Código Procesal Penal, siempre que sea solicitada por el Ministerio Público.

Lo anterior significa que esta medida será aplicada en aquellos casos en los que de llegar a sentencia, la ejecución de la pena podría ser suspendida de conformidad con lo que dispone el artículo 72 del Código Penal.

3.3.5. Requisitos para su otorgamiento

Como se indicó en el apartado anterior, la suspensión condicional de la persecución penal procederá en los casos en que de llegarse a sentencia, sea posible la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siendo los requisitos los siguientes:

1. Que la pena de privación de libertad no exceda de tres años;
2. Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por un delito culposo;
3. Que el beneficiado haya mostrado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante previo a la perpetración del delito;
4. Que por la naturaleza del delito cometido, móviles y circunstancias no revelen peligrosidad en el imputado y se presuma que no reincidirá;
5. En los delitos contra el Régimen Tributario, si el penado ha cumplido con restituir al Estado el valor de los impuestos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios previa liquidación.

Por su parte, para que sea posible otorgar la suspensión condicional de la persecución penal, además de los requisitos antes mencionados, será necesario reunir con los que establece el artículo 27 del Código Procesal Penal, que regula específicamente ésta medida, siendo estos los siguientes:

1. Que el imputado admita la veracidad de los hechos que le han sido imputados;
2. Que el imputado manifieste su conformidad con la aplicación de la medida;
3. Que el imputado haya reparado o se encuentre en disposición de reparar el daño o los daños causados por el delito cometido;
4. L conformidad del Juez de Primera Instancia con la aplicación de la medida;
5. Cuando la pena no exceda de cinco años de prisión, en los delitos culposos y delitos contra el Régimen Tributario, siempre que el imputado no releve peligrosidad;
6. Se otorgará por un período no menor de dos años ni mayor de cinco y no impedirá la acción civil derivada del incumplimiento de los acuerdos entre las partes.

3.3.6. Consecuencias sociales y jurídicas

Al hablar de consecuencias sociales y jurídicas que provoca la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal, se refiere a los hechos que pueden derivar de su aplicación con relación al imputado, a su familia y a la sociedad a la que pertenece, sin dejar a un lado el régimen legal del país.

Luego de analizar esta medida, se puede concluir que ésta provoca consecuencias como anticipar la reincorporación del imputado a la sociedad, pues como se indicó, éste no debe esperar a pasar y cumplir con todas las etapas que establece la ley para llevar a cabo un proceso, logrando así que su reincorporación sea temprana.

La mayoría de personas que se ven involucradas en hechos ilícitos forman parte de una familia y en el momento en que son detenidos se genera una desintegración de la familia. La familia es el centro de la sociedad, por lo que es importante buscar la manera de

protegerla, siendo esta medida una manera de hacerlo, pues el imputado podrá regresar con su familia de manera pronta.

Este mecanismo también coadyuva a evitar consecuencias posteriores al delito, pues como se indicó en algún pasaje anterior, se evita la estigmatización derivada de haber sido condenado por la comisión de un delito y los antecedentes penales de una persona.

Asimismo, esta medida favorece a la aplicación de justicia pues facilita y realiza un descongestionamiento de los casos concretos que son conocidos por los tribunales de justicia, siendo éste uno de sus principales objetivos, pues los casos que podrán resolverse mediante este mecanismo, no representan una amenaza a la sociedad o los daños causados no son elevados y por ende, el Estado no deberá invertir tantos recursos en dichos casos.

3.3.7. Diferencia con la suspensión de la condena

La suspensión condicional de la pena es aplicada en Guatemala desde hace muchos años. Ésta se aplica luego de agotar todas las fases procesales, cuando en sentencia condenatoria se impone una pena no mayor de tres años, bajo la advertencia de que si el beneficiado comete un nuevo delito se ejecutará la pena establecida más la que le corresponde por el nuevo ilícito.¹⁵⁹

Esta medida procede porque el juzgador considera que la sanción penal es innecesaria ya que el beneficiado no constituye un peligro para la sociedad y se considera que no volverá a delinquir, o se trata de un delincuente primario, por lo que no se hace necesario la retribución de la culpabilidad ni el encarcelamiento como forma de prevenir nuevos delitos.¹⁶⁰

A pesar de lo anterior, el legislador ha considerado oportuno que se encuentre dentro de la normativa procesal penal la suspensión condicional de la persecución penal, cuando ya existía en la ley sustantiva la suspensión de la condena.¹⁶¹ No obstante de contemplar

¹⁵⁹ *Ibíd.* Página 78.

¹⁶⁰ *Loc. Cit.*

¹⁶¹ Berducido M. Héctor E. *Suspensión condicional de la persecución penal.* Guatemala. Universidad Mesoamericana. Página 10.

dos figuras similares dentro del ordenamiento penal, mismas que al final tienen objetivos en común, guardan sus diferencias.

La principal diferencia que puede observarse entre estas dos figuras radica en el procedimiento a seguir, pues para la aplicación de la suspensión condicional de la pena deberá llevarse a cabo el juicio oral y público, es decir, se deberá haber efectuado todo el recorrido por el sistema de administración de justicia, siendo hasta el final del proceso, en sentencia, que se llega a decidir sobre su condena y de forma simultánea se le suspende la ejecución de la misma.

Contrario a lo anterior, para que la suspensión condicional de la persecución penal sea aplicada no deberá recorrerse todo el camino y etapas que requiere un proceso penal, pues con esta medida se le concede al imputado el beneficio de evitar todas las etapas procesales, siendo en la primer etapa del proceso en que ésta se aplica.

Al concederse la suspensión del procedimiento, el Estado evita gastar las cantidades de dinero y otros recursos que deberían invertirse en el caso de llevar a cabo todo el proceso, mismo que merecen ser ahorrados para ser utilizados en otros casos que verdaderamente merecen la pena por tratarse de delitos que representan amenaza a la sociedad.

En el mismo orden de ideas, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en virtud de otorgarse en sentencia, produce consecuencias jurídicas perjudiciales al beneficiado con su aplicación, como antecedentes penales, ya que primero se condena y luego se deja en suspenso la ejecución de dicha condena, mientras que la suspensión condicional de la persecución penal, gracias al momento procesal en que se aplica no produce antecedentes penal al imputado, pues se otorga en la fase de investigación o al concluir la misma, no hasta en sentencia.¹⁶²

En lo que se refiere a los requisitos para que cada una de estas medidas sean aplicadas, la diferencia radica en lo siguiente: para que un Juez pueda aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena debe cumplir con los siguientes requisitos: que la

¹⁶² Cifuentes Díaz, Jesús Amado. *Suspensión condicional de la persecución penal y sus consecuencias socio jurídica*. Guatemala. 1998. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala. Página 50.

pena consista en privación de libertad que no exceda de tres años; que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delitos dolosos; que antes de la perpetuación del delito el beneficiado haya observado buena conducta; que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias, no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir y que en los delitos contra el Régimen Tributario, el penado haya restituido al Estado los impuestos retenidos o defraudados, así como recargos, multas e intereses.

Mientras que para que se aplique la suspensión condicional de la persecución penal se requiere de los siguientes requisitos: que el imputado manifieste conformidad, admitiendo la veracidad de los hechos que se le imputan; que se hubiere reparado el daño causado por el delito o asumido y afianzado suficientemente la reparación.

3.4. Procedimiento abreviado

3.4.1. Concepto

El procedimiento abreviado, aunque se trata de un proceso resumido que culmina con sentencia, se coloca dentro de los procedimientos o medidas de desjudicialización porque persigue el mismo fin que las demás, es decir, agilizar el poder judicial mediante formas que permiten la decisión rápida del Juez sobre los hechos sometidos a su conocimiento. Lo anterior en busca de descargar el trabajo en los tribunales y paralelamente se cumple con la garantía de acceso a la justicia y se da una salida o solución legal al problema planteado.¹⁶³

Lo anterior se refiere a que a pesar de tratarse de un procedimiento especial y simplificador, se caracteriza porque la sentencia es dictada en la fase intermedia, con lo cual se logra abreviar o resumir las demás etapas del proceso.

¹⁶³ Barrientos Pellecer, César Ricardo. Op. Cit. Página 91.

Al contrario de lo que ocurre en el criterio de oportunidad, como se verá en el capítulo posterior, en donde el Ministerio Público se abstiene de ejercer la acción penal, en el procedimiento abreviado si existe una acusación, pero se considera suficiente una pena no mayor a dos años de privación de libertad, o una sanción pecuniaria, o las dos.¹⁶⁴

Como explica Meir, citado por Alberto Bovino, la base de este procedimiento especial es la conformidad del Ministerio Público, del imputado y su defensor y del tribunal respecto de la manera de proceder¹⁶⁵, tratándose así de un mecanismo de consenso sobre el rito porque permite que los intervinientes lleguen a un acuerdo sobre el procedimiento a aplicar dejando de lado, hasta cierto punto, la necesidad de la averiguación de la verdad objetiva, como debe realizarse en un proceso común.

3.4.2. Definición

El autor Mario López señala en sentido genérico *«se puede definir a los mecanismos de simplificación del procedimiento como todo mecanismo que permita disponer del caso sin necesidad de someterlo a las reglas del procedimiento común.»*¹⁶⁶

El autor en mención establece también que el procedimiento abreviado en sentido estricto es *«una forma de llegar a la conclusión del proceso en el menor tiempo posible fallando a favor o en contra del procesado siempre y cuando el imputado haya admitido el ilícito y estén de acuerdo el sindicado y su defensor en tal procedimiento.»*¹⁶⁷

Por su parte, el Licenciado Barrientos Pellecer define al procedimiento abreviado como *«un procedimiento especial y simplificador, caracterizado porque en la fase intermedia del proceso penal se dicta sentencia, abreviándose las demás etapas.»*¹⁶⁸

¹⁶⁴ *Ibíd.* Página 92.

¹⁶⁵ Bovino, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco*. Guatemala. F&G Editores. 1997. Página 152.

¹⁶⁶ López M. Mario R. *La práctica procesal penal en el procedimiento abreviado*. Guatemala. Librería Jurídica. Segunda edición. 2003. Página 33.

¹⁶⁷ *Loc. Cit.*

¹⁶⁸ Barrientos Pellecer, César Ricardo. *Op. Cit.*

Con base en lo anterior, es posible concluir que el procedimiento abreviado es una medida desjudicializadora o medida alterna, mediante la cual se simplifica un proceso penal común, pues la sentencia se dicta en la etapa intermedia, evitándose así las demás etapas procesales, siempre que medie la voluntad del imputado y de su abogado defensor.

3.4.3. Procedencia

El Ministerio Público podrá, en cualquier momento de la etapa de investigación, dar por finalizada la misma con su petición de apertura (art. 324 Código Procesal Penal) y la formulación de su acusación. Dentro de la acusación, debe incluirse la solicitud para que se aplique este procedimiento, así como la pena concreta que se estime necesaria. Cuando la pena se trate de privación de libertad, éste no podrá exceder de los cinco años. También podrá ser una pena no privativa de libertad, o bien de ambas en forma conjunta.

Para formular el requerimiento de la aplicación de este procedimiento, el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y de su defensor, el cual se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en el y la aceptación de la vía propuesta.

3.4.4. Requisitos

Esta figura procesal, como se ha indicado anteriormente, resume al máximo posible el proceso penal común, favoreciendo así la aplicación de justicia y beneficiando al imputado. Desde luego corresponde al Juez de Primera Instancia decidir la procedencia o no de la solicitud presentada por el Ministerio Público acerca de resolver un asunto sometido a su conocimiento a través de la aplicación del procedimiento abreviado.

Para tal efecto, deben observarse y cumplirse con ciertos requisitos que reúne nuestro Código Procesal Penal. En primer lugar, es necesario que el Ministerio público, luego de

haber investigado, estime suficiente la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de cinco años de prisión o de una pena no privativa de libertad, o bien de ambas en forma conjunta.

También debe existir la aceptación del imputado y de su defensor sobre la propuesta del Ministerio Público de utilizar esta vía alterna. Tal aceptación deberá alcanzar el hecho delictivo y su participación en el mismo, tal y como lo señala la acusación formulada en su contra.

Por último, la solicitud de la aplicación del procedimiento abreviado debe constar por escrito, dentro de la acusación formulada por el Ministerio Público en contra del imputado, la cual deberá presentarse debidamente al Juez de Primera Instancia.

3.4.5. Consecuencias

Si bien es cierto se trata de un mecanismo que aparte de descargar de trabajo tanto a los Tribunales de Justicia como al Ministerio Público, también busca brindar un beneficio al imputado. Sin embargo, la aplicación de esta medida también acarrea ciertas consecuencias.

Como se ha indicado con anterioridad, ante la aplicación de esta figura no deja de existir una sentencia, que puede ser absolutoria o condenatoria. En caso de ser condenatoria implicaría, en primer lugar, una sentencia en contra del imputado y en segundo, antecedentes penales al mismo, esto a diferencia de otras figuras como la suspensión condicional de la persecución penal, en la que no existe sentencia y por ende se evita lo anterior.

Por otra parte, como una consecuencia positiva y que la misma constituye la finalidad principal de este mecanismo, es la simplificación del proceso, pues a pesar que debe llegarse hasta la etapa intermedia de un proceso común, no será necesario continuar con las demás etapas que lo conforman, permitiendo así a los tribunales de justicia y al Ministerio Público ahorrar tiempo y otros recursos, y brindando al imputado un beneficio.

3.5. Conciliación

3.5.1 Concepto

Dentro del campo del Derecho, la palabra conciliación puede denotar diferentes definiciones, pero lo que está claro es que la esencia será siempre la misma. Últimamente, la conciliación ha adquirido una gran importancia dentro de este ámbito, pues gracias a este mecanismo se puede evitar que el problema de congestiónamiento que afecta cada vez más a la gestión de los diferentes tribunales de justicia. Esto no significa que ésta figura venga a solucionar o eliminar el problema, pero sí será posible agilizar los procesos y descongestionar o descargar el trabajo a dichas instituciones.¹⁶⁹

Como se puede apreciar, este mecanismo, al igual que los desarrollados anteriormente, pretende descongestionar y descargar el trabajo a las instituciones encargadas de la administración de justicia. Es por eso que aunque esta figura es de reciente aplicación en la legislación guatemalteca y para muchos no constituye una medida desjudicializadora, muchos otros sí la colocan y afirman que debe contemplarse dentro de esta clasificación.

3.5.2. Definición

Para José Roberto Junco Vargas, citado por Andy Guillermo Javalois Cruz, la conciliación es *«el acto jurídico e instrumento del cual las partes en conflicto, antes de un proceso en el transcurso del éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, la autoridad del Juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que*

¹⁶⁹ Javalois Cruz, Andy Guillermo. *La conciliación*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011. Página 1.

se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.»¹⁷⁰

Por su parte, Eduardo J. Couture, señala que la conciliación puede entenderse desde dos puntos de vista: el primero, que la define como el *«acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual.»¹⁷¹* El segundo indica que se trata de la *«audiencia que, precepto constitucional, debe realizarse con carácter preliminar a todo juicio civil o de injurias, a fin de procurar un acuerdo amigable que evite el proceso.»¹⁷²*

Es posible decir entonces, de manera resumida que la conciliación es un acto o mecanismo de solución de conflictos por medio del cual, las personas interesadas, gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias o controversias, con la ayuda de un tercero neutral, el cual podrá ser el Juez u otra persona calificada para el efecto.

3.5.3. Conciliación en el ámbito penal

Si bien la conciliación es un mecanismo utilizado mayormente en otras áreas como en la civil o mercantil, cabe destacar que también es aplicable en el ámbito penal. La legislación penal guatemalteca contempla la aplicación de este mecanismo en sus artículos 25 ter, 477 y 552 del Código Procesal Penal. Ésta responde al derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad para la solución de los conflictos recogido por Nuestra Constitución Política de la República de Guatemala así como en pactos internacionales.

La conciliación podrá llevarse a cabo de manera previa a un juicio o puede ser celebrada en cualquier etapa del proceso por convocatoria del juez, a solicitud de las partes o del Ministerio Público. Debe resaltarse que en este caso, el Juez debe cumplir con todas las etapas y técnicas que se incluyen en la mediación con la diferencia de que en la etapa final se genera y llegan a un acuerdo. Asimismo, el Juez deberá despojarse de su función

¹⁷⁰ *Ibíd.* Página 5.

¹⁷¹ Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Argentina. Ediciones Depalma. 1997. Página 159.

¹⁷² *Loc. Cit.*

de juzgar y fallar durante la audiencia de conciliación, debiendo sustituirla por la de escuchar y conciliar, debiendo dirigir la audiencia con el respeto y disciplina que amerita, pero sin necesario un extremo formalismo como lo requiere un proceso común.

3.5.4. Procedencia

Dentro de la legislación penal guatemalteca, la conciliación se encuentra regulado, como un procedimiento único o específico, sino que éste es contemplado por distintos artículos que conforma el Código Procesal Penal, de los cuales se puede mencionar los artículos 25 ter, 477 y 525.

El artículo 25 del Código Procesal Penal regula lo referente al criterio de oportunidad. Para aplicarse esta figura es necesario cumplir con el procedimiento que para el efecto desarrolla este artículo, siendo una de las etapas del procedimiento la conciliación, tal y como señala el artículo 25 ter.

Señala el artículo en mención que una vez formulada la solicitud para la aplicación del criterio de oportunidad por el Ministerio Público, por el síndico municipal, por el agraviado o el imputado o su defensor, el Juez citará a las partes a una audiencia de conciliación. Esta audiencia de conciliación tendrá como propósito que las partes involucradas en un proceso específico, lleguen a un acuerdo para que el criterio de oportunidad sea aplicado al sindicado, para lo cual, éste deberá cumplir con los requisitos que reúne éste artículo y los cuales serán abordados más adelante.

Dicho acuerdo deberá plasmarse en un acta firmada por los comparecientes y en caso de no existir un acuerdo, se hará constar y se continuará con la tramitación del proceso de forma normal. Cabe destacar que el acta a la que se hace referencia en el presente párrafo, carece de título ejecutivo, toda vez que ningún cuerpo legal le confiere dicha calificación, provocando de ésta manera que sea imposible utilizarla para ejercitar la acción civil.

Por su parte, el artículo 477 del Decreto 51-97, regula la mediación y conciliación en casos de juicio por delitos de acción privada, estableciendo para el efecto previo a acudir

a la audiencia de conciliación que se llevará a cabo en sede del Ministerio Público, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de mediación y conciliación en busca de un acuerdo.

Como se aprecia, la conciliación en estos casos constituye una fase dentro de un procedimiento común y como se mencionó, procederá de ésta manera cuando se trate de delitos de acción privada, previo a la iniciación de un proceso penal, evitando de ésta manera, que en caso de alcanzar un acuerdo, se inicie con el proceso generando más carga de trabajo a las instituciones encargadas de impartir justicia.

El Código Procesal Penal regula igualmente la conciliación en su artículo 552, el cual se refiere a los Juzgados de Paz Comunitarios, señalando que en municipios en donde no se cuente con Juzgados de Paz, se designarán Jueces comunitarios, quienes dentro de sus competencias tendrá, celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.

Al igual que en los casos anteriores, la conciliación, como se resalta en su definición, busca que las partes sometan su conflicto ante el conocimiento de un tercero neutral, a efecto éstas alcancen un acuerdo, logrando consecuentemente que los procesos en los casos que se han mencionado, deban tramitarse por un procedimiento penal común, generando mayor agilidad a los mismos y descargando trabajo a los órganos jurisdiccionales encargados de tramitar dichos procesos.

3.5.5. Consecuencias

Es posible decir que la conciliación acarrea consigo consecuencias positivas para todas las partes involucradas dentro de un proceso o conflicto, pues a través de ésta se busca llegar a un acuerdo beneficioso para todos.

Por lo anterior, se puede concluir que como primer consecuencia genera agilidad y eficacia en los procesos, pues al conciliar las partes evitan la tramitación de todo un

proceso que evidentemente tomaría mucho más tiempo y por otro lado, acuerdan términos que les es conveniente a cada una de las partes involucradas.

La aplicación de ésta figura provoca igualmente ahorro, no solamente en cuanto al recurso económico sino también en cuanto al tiempo que se debe invertir, a los esfuerzos de todas las partes y el desgaste propio de un proceso penal.

La consecuencia antes mencionada genera, a su vez el objetivo primordial de las medidas desjudicializadoras, descongestionar el sistema y descargar el trabajo a las instituciones administradoras de justicia. Es por esto que, aunque la legislación penal guatemalteca no identifique a la conciliación como una medida desjudicializadora, si es posible colocarla dentro de dicha clasificación.

CAPITULO 4

EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Habiendo desarrollado los aspectos más importantes del Derecho Penal, el delito y sus consecuencias jurídicas, constituyendo una de ellas la pena, así como la ley penal, es posible concretizar en los temas sobre los que principalmente versa la presente investigación.

En primer lugar se debe resaltar que el criterio de oportunidad constituye una medida desjudicializadora, mediante la cual, el Estado, a través del Ministerio Público como el ente encargado de la persecución penal por mandato expreso de nuestra Constitución Política, busca esencialmente descongestionar el sistema de justicia, a través de la aplicación de criterios y medidas que pretenden brindar mayor agilidad y prontitud a la solución conflictos de índole penal, cuando las características de los mismos lo permitan.

Para poder desarrollar entonces esta medida desjudicializadora, es importante abordar los aspectos más relevantes de la desjudicialización, conocida e implementada en un inicio dentro de nuestro sistema de justicia penal, como un principio, para posteriormente ser aplicada como una medida alterna para la solución de conflictos penales.

4.1. Criterio de oportunidad

4.1.1. Concepto

El criterio de oportunidad es considerado un mecanismo de simplificación del proceso penal, entendiendo éste, en un sentido amplio, como todas aquellas opciones que representan la obtención de una solución para el caso, a través de procedimientos menos complejos que el procedimiento común, con los cuales éste último se vea agilizado y

descongestionado.¹⁷³ Ésta solución es distinta a la que pueda darse a través de un procedimiento común, pues éste no finalizará con una sentencia al acusado, sino que consistirá en el cumplimiento de ciertas condiciones a cambio de evitar la aplicación de una pena.

Estos mecanismos tratan de brindar posibilidades o distintas soluciones para resolver un conflicto penal, eludiendo de esta manera la respuesta tradicional en la cual el representante estatal encargado de la persecución penal desarrolla su actividad procesal con el objeto de lograr un pronunciamiento condenatorio, esto es, la realización del Derecho Penal sustantivo y la aplicación de su respuesta característica, la pena.¹⁷⁴

El criterio de oportunidad nace en Guatemala con la denominación de principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de la comisión de un hecho punible, la persecución penal puede no iniciarse o suspenderse por diversas razones.

Con la aplicación de este principio se pretende racionalizar la selección que necesariamente debe tener lugar partiendo de distintos criterios de los que regular e informalmente aplica a todo sistema de justicia penal.¹⁷⁵

Para la aplicación del principio de oportunidad existen dos modelos. El primero de ellos establece que la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal, sistema utilizado en países anglosajones. El segundo y utilizado en Guatemala así como en países que adoptaron tradicionalmente el sistema de legalidad en la persecución penal, señala que el principio de oportunidad opera como una excepción a la regla de legalidad, permitiendo en algunos casos establecidos por la ley, prescindir de la persecución penal pública obligatoria¹⁷⁶ con la que debe cumplir el ente encargado de la misma, siendo el caso de nuestro país, el Ministerio Público, debiendo para el efecto realizar dicha persecución de oficio o bien a petición de parte.

¹⁷³ Bovino, Alberto. Op. Cit. Página 93.

¹⁷⁴ Loc. Cit.

¹⁷⁵ *Ibíd.* Página 99.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Página 100.

4.1.2. Definición

Para el licenciado César Barrientos, el criterio de oportunidad es *«una facultad del Ministerio Público para, en los casos previstos por la ley, abstenerse de ejercer la acción penal o desistir de la misma si ya fue iniciada, debiendo plantear en ambos casos, la solicitud al juez competente»*.¹⁷⁷

El Ministerio de Público de Costa Rica, define el criterio de oportunidad como *«una posibilidad que tiene el Ministerio Público de llegar a un acuerdo con el imputado, con el propósito de prescindir total o parcialmente de la persecución penal, o bien de limitar la investigación solo a algunos delitos, o solo a algunas personas»*.¹⁷⁸

Ambas definiciones coinciden en que el criterio de oportunidad es una facultad o posibilidad del Ministerio Público para abstenerse de la persecución penal. Cabe resaltar, que esta facultad le es otorgada solamente en los casos en que la ley expresamente lo indica. De tal manera, este criterio no queda a la libre discrecionalidad del Ministerio Público solicitarla, ni del juez penal competente otorgarlo.

Por su parte, Arturo León de la Vega, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, México, señala que el criterio de oportunidad *«es una excepción al principio de legalidad de la persecución penal, que faculta al Ministerio Público a no ejercitar la acción penal, no obstante que en su investigación encuentre que está comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, atendiendo a determinadas circunstancias y condiciones que la ley establece»*.¹⁷⁹

Una vez definido el criterio de oportunidad por diferentes autores e instituciones y partiendo de las mismas, se puede concluir entonces que éste es una facultad del Ministerio Público y una excepción al principio de legalidad de la persecución penal, que le permite a esta institución prescindir o abstenerse de ejercer la persecución penal que

¹⁷⁷ Barrientos Pellecer, César Ricardo. Op. Cit. Página 56.

¹⁷⁸ Ministerio Público de Costa Rica. *¿Qué es el criterio de oportunidad?* Op. Cit.

¹⁷⁹ León de la Vega, Arturo. *Criterios de oportunidad*. En página web: «Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas». Disponible en línea: <http://www.pgje.chiapas.gob.mx/sistemaprosesal/Info/3Investigacion/FuncionMinisterial/CRITERIOS%20DE%20OPORTUNIDAD.pdf>. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2017.

por mandato legal le corresponde, previa autorización del juez competente, aun cuando de la investigación resulte la comprobación de la comisión de un delito, en los casos que la ley expresamente señala.

4.1.3. Características del criterio de oportunidad

No está definido en la doctrina las características atribuidas al criterio de oportunidad, por lo que, para poder determinar algunas de ellas, fue necesario realizar un análisis y de la mano de todo lo desarrollado hasta el momento, han sido tomadas las mismas; y con base en lo anterior se puede decir que el criterio de oportunidad tiene las siguientes características:

- a) **Agilidad:** debido al objeto de esta medida desjudicializadora y a la naturaleza de la misma, este es un procedimiento que debe caracterizarse principalmente por su agilidad, es decir, por la facilidad que brinda para solucionar determinados conflictos penales.
- b) **Celeridad:** de la mano con la característica anterior y por las mismas razones señaladas, como una solución alternativa para solucionar conflictos penales, es un procedimiento breve a diferencia de un proceso penal con todas sus etapas que, en muchas ocasiones se torna lento.
- c) **Mecanismo alternativo:** con la finalidad de evitar iniciar un proceso penal, con todo lo que éste implica como plazos, etapas, etcétera, nace este mecanismo o medida alternativa para solucionar conflictos de índole penal, descargando así trabajo al sistema de justicia y generando mayor efectividad en la resolución de tales conflictos.
- d) **Formal:** a pesar de no tratarse de un proceso con todos sus elementos, no deja de tener ciertos requisitos y características a cumplir para que sea posible la aplicación del mismo, las cuales serán desarrolladas más adelante.
- e) **No es general:** la aplicación de esta medida no será posible en todos los casos, pues en primer lugar, el hecho punible deberá reunir los requisitos que determina la ley; por otro lado es posible que aunque cuente con todos los requisitos y

elementos para su aplicación, deberá hacerse un análisis por el Fiscal y por el Juez a través del cual se determine la factibilidad para su aplicación, es decir, que no será posible aplicarlo en todos los casos, aun cuando cuente con los requisitos legales.

4.1.4. Objetivo del criterio de oportunidad

El Criterio de oportunidad nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público para seleccionar los casos sobre los cuales dará un seguimiento objetivo e invertirá mayor cantidad de recursos, cumpliendo de esta manera con el encargo que le hace el Estado y la ley de perseguir penalmente a quienes cometieren delitos.

Para los fiscales es imposible atender por igual todos los casos que ingresan a diario a dicha institución, debido a esto se deben elegir aquellos casos que ameritan una investigación más profunda debido a la gravedad de las consecuencias o del daño causado por la comisión del delito. Esta selección por parte de los fiscales siempre se ha dado, sin embargo, es hasta hace no mucho tiempo que en Guatemala se norma dentro de la legislación penal vigente, fijando así ciertos límites y criterios para que ésta pueda ser aplicada de una forma objetiva.

No se debe dejar a un lado que el proceso penal debe ser un sistema que, ciertamente busque la justicia a través de la ley penal y sus consecuencias a quienes cometan hechos ilícitos, también debe buscar resolución de conflictos de índole penal. Por lo anterior, el Ministerio Público está obligado a evitar, haciéndose valer de los diferentes mecanismos que la propia legislación le proporciona, la entrada en un proceso penal de aquellos casos que puedan solucionarse fácilmente mediante un acuerdo entre las partes, alcanzando así la agilidad que todo proceso necesita y el descongestionamiento del sistema de justicia.

Es posible decir entonces, que el objetivo del criterio de oportunidad, de la manera en cómo se encuentra regulado en nuestra legislación penal es de dos vías, por un lado busca descargar o descongestionar la carga de trabajo tanto para el Ministerio Público

como para los juzgados penales competentes para conocer de dichos casos; y por el otro lado, pretende que el Estado, a través del Ministerio Público y demás instituciones que conforman el sistema de justicia, intervengan de forma mínima en los problemas que puedan ser resueltos a través de acuerdo o conciliación entre las partes.

4.1.5. Efectos del criterio de oportunidad

La aplicación del criterio de oportunidad genera distintos efectos, dependiendo de la perspectiva desde la que sean analizados. Desde un punto de vista legal, el principal efecto será, como lo indica el artículo veinticinco bis del Código Penal, *«el archivo del proceso por el término de un año, al vencimiento del cual se extinguirá la acción penal, salvo que se pruebe durante ese lapso que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento o si surgieren elementos que demuestren que la figura delictiva era más grave y que de haberse conocido no hubieren permitido la aplicación del criterio de oportunidad»*.¹⁸⁰

Se ve pues, que a pesar del archivo del proceso, aún deberá transcurrir el plazo de un año para la clausura definitiva del mismo y que se extinga de esta manera la acción penal en contra del imputado, plazo dentro del cual podrá probarse la existencia de alguno de los vicios del consentimiento, fraude o comprobar que los daños causados por la comisión del delito fueron más graves de lo que se determinó, para que entonces sea abierto nuevamente el proceso penal y se continúe con la persecución penal suspendida en contra del beneficiado con el criterio de oportunidad.

Desde un punto de vista más práctico, es posible señalar que otro de los efectos que genera la aplicación de esta medida es sin duda el descongestionamiento del sistema de justicia, el cual se ve beneficiado con la implementación de esta medida, pues los procesos serán discriminados de una forma objetiva, dándoles seguimiento a aquellos que verdaderamente merecen la pena por implicar una amenaza o consecuencias más graves.

¹⁸⁰ Congreso de la República. Op. Cit. Artículo 25 Bis.

En ese sentido, se ve igualmente beneficiado el Ministerio Público, quien, claro está, no puede dar un trato igualitario a todos los procesos penales iniciados en el país, sin embargo, de esta manera podrá priorizar aquellos que, como se indicó anteriormente, merecen la pena por las consecuencias o amenazas que representan.

Por otra parte y como un tercer efecto, se tiene la agilización de procesos penales, esto en pro de los imputados por la comisión de los mismos, garantizando de esta manera derechos y garantías constitucionales y aplicando principios rectores del proceso penal, siempre en beneficio de la justicia del país.

4.1.6. Aplicación y limitaciones del criterio de oportunidad

Como se ha reiterado con anterioridad, para que la medida desjudicializadora del criterio de oportunidad sea aplicable, el ilícito deberá reunir ciertos requisitos, los cuales se encuentran contemplados en la legislación penal, específicamente en el Código Procesal Penal. Esta normativa indica que el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, cuando considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, siempre que medie consentimiento del agraviado y autorización judicial, en los casos siguientes:

«1) Que se trate de delitos no sancionados con pena de prisión;

2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;

3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad (...).¹⁸¹

El análisis que deberá realizar tanto el Ministerio Público como, en su momento el Juez para otorgar el criterio de oportunidad para los casos antes señalados, deberá hacerlo basándose en el conjunto del articulado penal y no solamente el tipo básico del delito sujeto a análisis.

¹⁸¹ *Ibíd.* Artículo 25.

*4) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima (...).*¹⁸²

Respecto a este punto, cabe resaltar que deberán analizarse y distinguirse dos aspectos importantes: el primero de ellos es la culpabilidad mínima, en tal sentido el Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en aquellos casos en los que no existan elementos suficientes para eximir al sindicado por una causa de inimputabilidad, siendo los casos aquellos contemplados en el artículo 23 del Código Penal o por una causa de inculpabilidad señaladas en el artículo 25 del mismo cuerpo legal.

El segundo aspecto a tomar en cuenta se refiere a la participación mínima, para lo cual se puede decir que existe participación mínima en la perpetración del delito cuando la persona contribuyere a la comisión del delito, sin embargo, su participación o actuar dentro del mismo es irrelevante o no generó mayor importancia.

*5) Que el inculgado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada (...)*¹⁸³

El análisis que deberá realizar tanto el Ministerio Público como, en su momento el Juez para otorgar el criterio de oportunidad, deberá hacerlo basándose en el conjunto del articulado penal y no solamente el tipo básico del delito sujeto a análisis.

Una vez que el delito cometido encaje en los supuestos antes señalados, deberán reunirse otros requisitos que contempla igualmente el Código Procesal Penal en su artículo 25 Bis, para la aplicación del criterio de oportunidad. Estos requisitos con los siguientes:

*«Es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen la garantías para su cumplimiento (...)*¹⁸⁴

¹⁸² Loc. Cit.

¹⁸³ Loc. Cit.

¹⁸⁴ *Ibíd.* Artículo 25 Bis.

4.1.7. Requisitos del criterio de oportunidad

Es evidente que al cometer un delito se genera un daño a cualquier bien jurídico de una persona o de la sociedad en conjunto, por lo que es necesario que el mismo sea reparado para que sea posible otorgar el criterio de oportunidad al imputado como una solución al conflicto, la cual genera beneficios para ambas partes, pero puede decirse que le es más beneficioso a éste último. Será éste entonces uno de los requisitos para la aplicación del criterio de oportunidad.

En caso no exista una persona agraviada o afectada de forma directa, señala el Código Procesal Penal que *«el Ministerio Público o quien haga sus veces podrá solicitar el juez la aplicación del criterio de oportunidad, siempre que el imputado repare los daños y perjuicios causados a la sociedad u otorgue las garantías suficientes para su resarcimiento en el plazo máximo de un año (...).»*¹⁸⁵

Es decir que en definitiva existirá un daño derivado de la comisión del delito, pudiendo éste afectar a una persona individual o en su defecto, a la sociedad en general, por lo que en ambos casos el imputado, a cambio de ser beneficiado con dicha medida, deberá reparar el daño causado.

Para que este daño sea reparado y posteriormente otorgado el criterio de oportunidad, deberá mediar el consentimiento del agraviado o víctima del delito. Para esto, el fiscal deberá de alguna manera convencer a la víctima para que acepte esa solución. En los casos en que el agraviado no comparezca a las citaciones o no acepte el acuerdo, deberá continuarse con el proceso penal de forma normal, o en su caso, buscar otras vías para solucionarlo como la suspensión condicional de la persecución penal o el procedimiento abreviado.

Otro requisito indispensable para la aplicación de ésta medida, lo encontramos igualmente de forma expresa en el Código Procesal Penal. Este lo constituye la autorización judicial. Partiendo de que la función del Juez es controlar que en el caso concreto se cumplan con todos los requisitos exigidos por la ley. Por lo que, para que el

¹⁸⁵ Loc. Cit.

Juez pueda entrar a valorar el otorgamiento del criterio de oportunidad, la solicitud del mismo debe ser acorde a lo dispuesto por el Código.

4.1.8. Momento procesal

Como lo regula el artículo 286 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, «*la aplicación del criterio de oportunidad solo será posible antes del comienzo del debate (...)*».¹⁸⁶ Lo que significa que la aplicación de dicha medida podrá darse desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta el inicio del debate.

A pesar de lo anterior, debido a la naturaleza jurídica de esta medida, es conveniente que la misma sea aplicada lo antes y más rápidamente posible, pues de no ser así, dejaría de lograrse uno de los objetivos que, como se indicó anteriormente, es descongestionar el sistema de justicia, así como descargar el trabajo para el Ministerio Público y para los juzgados que conocen.

Si bien es cierto que la abstención del ejercicio de la persecución penal es una facultad que le corresponde al fiscal como delegado del Ministerio Público, el Decreto 79-97 del Congreso de la República, reforma al Código Procesal Penal, en su artículo 25 Ter, faculta tanto al imputado como al querellante, la provocación de una audiencia de conciliación. El cometido de dicha audiencia será, alcanzar un acuerdo entre las partes, con el cual se otorgue el criterio de oportunidad al imputado.

Por lo que se puede decir que las partes podrán iniciar el procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad, pero será necesaria la aprobación del fiscal, el consentimiento del agraviado y la autorización del Juez.

4.1.9. Regulación legal del criterio de oportunidad

¹⁸⁶ *Ibíd.* Artículo 286.

Inicialmente, el criterio de oportunidad y su procedimiento se encontraba regulado únicamente en el Código Procesal Penal y sus reformas, normativa esta que regula el procedimiento a seguir, así como los requisitos y características que debe reunir un hecho punible para que sea posible aplicar esta medida con el objetivo de brindar una solución alternativa para solucionar el conflicto, sin que exista la necesidad de iniciar un proceso penal.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia crea el Acuerdo Número 26-2011, denominado Implementación del procedimiento para delitos menos graves en los Juzgados de Paz, de conformidad con el Decreto 7-2011 del Congreso de la República, a través del cual, como indica su nombre, regula el procedimiento específico para la aplicación del criterio de oportunidad, viniendo a complementar de cierto modo lo regulado por la norma adjetiva penal.

Por lo anterior, se desarrollarán los aspectos más importantes de cada normativa en cuanto a la aplicación de esta medida y se hará mención a algunas diferencias o similitudes que puedan encontrarse entre las mismas.

a) Código Procesal Penal

El Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y distintas reformas al mismo, regula el criterio de oportunidad en su artículo 25, mismo que establece que éste será aplicado cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no se encuentren afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial.¹⁸⁷

Este primer párrafo, indica los requisitos que deberá reunir el hecho delictivo para que el criterio de oportunidad pueda ser aplicado. Estos requisitos son entonces: 1) que el interés público o la seguridad ciudadana no estén gravemente afectados o amenazados;

¹⁸⁷ *Ibíd.* Artículo 25.

2) que exista consentimiento del agraviado; y 3) que exista autorización del Juez que conoce.

Este artículo 25, establece también los casos en los que se aplicará el criterio de oportunidad, es decir, que aparte de ser necesario cumplir con los requisitos, el caso debe encuadrar dentro de alguno de los supuestos numerados en este artículo, los cuales fueron numerados anteriormente.

Los requisitos anteriores, son complementados posteriormente con otros dispuestos en el artículo 25 Bis de este Código y se refieren a que el imputado haya reparado el daño causado o que garantice la reparación de los mismo y que, en caso no exista un agraviado, que repara el daño causado a la sociedad o brinde garantías suficientes para repáralo.

El artículo en mención expresa las reglas de abstención que pueden imponerse, es decir, las medidas que se decretarán como condiciones a cambio de otorgar al imputado la medida del criterio de oportunidad, estas son las siguientes:¹⁸⁸

- «1) Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez;*
- 2) La prohibición de visitar determinados lugares o personas;*
- 3) Abstenerse del uso de estupefacientes o de bebidas alcohólicas;*
- 4) Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez;*
- 5) Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales 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 vehículos automotores; y*

¹⁸⁸ Loc. Cit.

10) *Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.*»¹⁸⁹

Una vez expresados todos los requisitos y características que deben revestir al hecho delictivo para que sea procedente aplicar el criterio de oportunidad, la misma normativa regula el procedimiento a seguir para la aplicación de esta medida, es aquí donde probablemente encontraremos las principales diferencias entre lo que establece este código y el Acuerdo.

Señala que una vez formulada la petición por el Ministerio Público, síndico municipal, agraviado o por el imputado o su defensor para la aplicación del criterio de oportunidad, el Juez de Paz deberá citar a las partes a una audiencia de conciliación.¹⁹⁰ Esto quiere decir que, la solicitud podrá realizarse por cualquiera de las personas antes indicadas y no solamente por el Ministerio Público como muchas veces se cree.

Ya en la audiencia de conciliación, el Juez explica en que consiste la misma y escucha a cada una de las partes. Éste debe obrar en forma imparcial y siempre ayudando a las partes en la búsqueda de una solución equitativa, justa y eficaz. Una vez se llegue a un acuerdo se levantará acta de lo acontecido, en caso no existiere el mismo, se continuará con la tramitación normal del proceso.¹⁹¹

Vemos pues que la ley claramente señala que el primer paso de este procedimiento será realizar la solicitud al Juez, quien citará a las partes a una audiencia para que en su presencia, éstas lleguen a un acuerdo y en caso de lograrlo, se hará constar en acta. Posteriormente a realizar el análisis respectivo del caso, el Juez decidirá si es procedente y conveniente otorgar la medida solicitada.

Por último, señala el artículo 25 Quinquies, que *«el criterio de oportunidad no podrá otorgarse más de una vez al mismo imputado por la lesión o amenaza mediante dolo del bien mismo bien jurídico»*.¹⁹²

¹⁸⁹ Loc. Cit.

¹⁹⁰ *Ibíd.* Artículo 25 Ter.

¹⁹¹ Loc. Cit.

¹⁹² *Ibíd.* Artículo 25 Quinquies.

Lo que establece éste último artículo es una cuestión lógica, pues con ésta se le está concediendo al imputado un beneficio, a pesar que efectivamente éste último haya cometido un delito. Por lo tanto no es posible beneficiarlo más de una vez debido a que la misma ley estaría impulsando de cierta manera la reincidencia en la comisión de delitos por el mismo imputado, pues al verse beneficiado de esta manera, sería muy fácil para él resolver el problema con rsta medida una y otra vez.

b) Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia

Ahora bien, luego de haber desglosado y analizado brevemente los elementos del criterio de oportunidad, así como el procedimiento contemplado en el Código Procesal Penal, se realizará de igual manera con el Acuerdo Número 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia.

De manera muy general y para contextualizar este Acuerdo, es procedente resaltar que la implementación del procedimiento para delitos menos graves en los juzgados de paz, como lo define el Acuerdo, se realizará de manera progresiva.

Se establece dentro del mismo Acuerdo la competencia para los distintos juzgados de paz atendiendo a la circunscripción territorial de los mismos, delimitando así los casos que conocerá cada uno de ellos, atendiendo también al delito cometido, al horario, según la etapa del proceso, entre otros elementos que se desarrollan y delimitan.

Señala que este procedimiento será aplicable a los delitos menos graves, que como se indicó en el capítulo anterior e igualmente establece que conocerán en aquellos casos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, siempre y cuando no tengan competencia especializada.

A diferencia de lo establecido en el Código Procesal Penal en cuanto a los requisitos y casos en los que procede la aplicación de este procedimiento, en éste Acuerdo no se detallan los mismos, pues se entiende que serán aplicables los establecidos en la norma adjetiva penal como en la sustantiva.

Sin embargo, en esta normativa si se contempla el procedimiento a seguir para aplicar el procedimiento para delitos menos graves, mismo que se encuentra regulado en su artículo 10, el cual señala lo siguiente:

*«Los jueces de paz de toda la República tendrán competencia para realizar las diligencias que señalan los artículo 108 y 108 Bis del Código Procesal Penal, siempre que medie requerimiento del Ministerio Público sobre la mediación, conciliación y aplicación del criterio de oportunidad. De igual manera, serán competentes y podrán aprobar los criterios de oportunidad alcanzados y/o suscritos en sede de Ministerio Público, mediante la celebración de audiencias unilaterales múltiples (...)».*¹⁹³

Con lo anterior se faculta al Juez de Paz para que, entre otros aspectos, apruebe los criterios de oportunidad que han sido alcanzados en sede del Ministerio Público, es decir, que el Juez no estará presente en la audiencia de conciliación la cual, como establece el Código, se fija para que las partes lleguen a un acuerdo.

Otra diferencia entre las normativas se puede decir que es la autorización del Juez como lo señala el Código, pues según el Acuerdo, el Juez solamente aprobará, no autorizará, los criterios que como se indicó, ya han sido alcanzados en sede del Ministerio Público.

De esta manera, se establecen algunas diferencias, las cuales serán objeto de análisis en su momento como el objeto de la presente investigación. Pues se puede considerar que más allá de ser simples diferencia, pueden considerarse contradicciones.

4.2. Principio de legalidad

4.2.1. Concepto

Este principio constituye un postulado político criminal del Derecho Penal moderno. La importancia renovadora que le dio la Ilustración de apreciar con tan solo recordar que este fue incluido en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y,

¹⁹³ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Artículo 10.

recogido de este ambiente revolucionario y también del precedente contenido en la Carta Magna de 1215; un poco antes también en la primera declaración norteamericana, la de Filadelfia de 1774 y en las Constituciones siguientes a partir de 1776. Desde entonces, este principio ha adquirido carta de naturaleza en casi todas las constituciones de los países democráticos.¹⁹⁴

En un inicio, el principio de legalidad se enunciaba como *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, sin embargo, la doctrina ha ido dando al postulado una formulación más amplia y completa, agregando de esta manera el rasgo esencial de la ley cierta o determinada y muchos incluyen igualmente las medidas de seguridad.¹⁹⁵

4.2.2. Definición

Como se explicará más adelante, el principio de legalidad es aplicado en diferentes ámbitos jurídicos, pero debido a que la naturaleza de la presente investigación se definirá a continuación este principio en el ámbito penal. Con esto no se pretende dejar fuera cualquier otra acepción o ámbito del mismo, pues como se desarrollará, este encuentra su fundamento en nuestra Constitución Política como norma suprema y de la cual se deriva cualquier otra norma.

Como indica Aragonese Alonso, citado por Pedro J. Bertolino, el principio de legalidad comprende cuatro aspectos capitales: a) la garantía criminal: según la cual no son delitos o faltas más que los hechos definidos como tales en el Código; b) garantía penal: según la cual nadie puede ser castigado con penas diversas a las establecidas en la ley; c) la garantía procesal: según la cual nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ley; d) la garantía ejecutiva: por la que las penas establecidas no pueden ejecutarse en otra

¹⁹⁴ Fernández C., Juan. *Derecho Penal fundamental*. Tomo II. Colombia. Editorial Temis. 1989. 2ª edición. Página 18.

¹⁹⁵ Loc. Cit.

forma y bajo otras circunstancias que las previamente establecidas en las leyes o reglamentos.¹⁹⁶

Es posible decir entonces, que el principio de legalidad, de una manera resumida, se refiere a que para que exista un delito y este pueda ser sancionado, deberá estar regulado y tipificado como tal por una ley o reglamento, evidentemente en materia penal, existente previo a la comisión del delito.

Por otra parte y para las corrientes tradicionales, el principio de legalidad significa «*la puesta en movimiento de manera obligatoria y sin excepción del aparato de justicia, cuando ocurre la comisión de un hecho delictivo de naturaleza pública, procediendo de oficio a través del órgano acusador, sin esperar ni atender a la voluntad de las víctimas o agraviados*».¹⁹⁷

Debido la importancia que tiene el principio de legalidad visto desde otra perspectiva, es importante definirlo no solamente en el ámbito penal, sino como un principio emanado de la Constitución Política y que por lo tanto, aplica para cualquier ámbito jurídico.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el principio de legalidad que reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala al que se hace referencia, va de la mano con el principio de supremacía constitucional, fundamentada en los artículos 44, 175 y 204 de la misma.

Con lo anterior nos referimos a este principio, como un principio constitucional y por ende, rector de todo el ámbito jurídico, incluidas dentro del mismo toda rama del Derecho, pues como se ha mencionado, toda norma o disposición es creada con observancia siempre de los dispuesto por nuestra Constitución.

Este principio se divide en dos: a) reserva de ley: según la cual, corresponderá únicamente al Congreso de la República la creación de leyes, como el mandato legal expreso que le otorga la Constitución; b) preferencia de ley: según éste, ninguna norma

¹⁹⁶ Bertolino, Pedro J. *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Argentina. Ediciones Depalma. 1985. Página 24.

¹⁹⁷ Barrientos Pellecer, César Ricardo. Op. Cit. Página 16.

jerárquicamente inferior, podrá contraponerse o contradecir lo regulado por una norma de superior jerarquía.

A pesar que todas las acepciones del principio de legalidad y los diferentes ámbitos de aplicación e interpretación son de interés para la presente investigación, cabe destacar que es ésta última la más importante y a la que se hará referencia constantemente más adelante cuando se realice el análisis respectivo.

4.2.3. Diferentes acepciones del principio de legalidad

El principio de legalidad se presenta en la doctrina con distintas denominaciones o acepciones, pero desde luego que su contenido es semejante. En términos generales, este principio se refiere a la previsión legal de toda conducta humana que pretenda ser incriminada. Sin embargo, hay quienes prefieren adjetivarlo como forma de reafirmación a las prohibiciones extensivas y por lo mismo hablan de principio de estricta legalidad.¹⁹⁸

También es utilizada la denominación principio de reserva legal, con lo que se refieren menos a un principio y más a un procedimiento, pues la forma de expresión de legalidad es precisamente la exclusiva de la materia a través de la ley formal y materialmente considerada. También suele hacerse referencia a éste último concepto mucho más amplio, englobándole los principios de taxatividad, determinación y retroactividad de la ley penal.¹⁹⁹

Como se hizo ver en el apartado de definiciones, el principio de legalidad tiene distintas acepciones o ámbitos de aplicación e interpretación, por lo que es necesario desarrollar brevemente los considerados más importantes o los que atañen a la presente investigación.

Este es un principio fundamental. Generalmente es reconocido también en los ordenamientos constitucionales de los diferentes Estados. El Estado moderno interviene

¹⁹⁸ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. Op. Cit. Página 74.

¹⁹⁹ Loc. Cit.

de forma reiterada y generalmente contundente en muchas esferas de la vida de los ciudadanos afectando sus derechos, porque el Estado legisla, dicta y emite actos que trascienden al estatus de cada persona.²⁰⁰

De ahí, que la vinculación del principio de legalidad se extiende a todos los poderes del Estado, así cada poder público debe actuar estrictamente en su órbita de atribuciones. Por lo tanto, todo acto de autoridad debe ajustar su actuación al orden legal, es decir, las actuaciones de la administración pública deben encontrarse ajustadas a derecho.

Conviene recordar que el principio de legalidad es un principio constitucional y por lo tanto no se limita a un ámbito específico, sino que abarca todas las ramas del Derecho y se encuentra vinculado en cada una de ellas, refiriéndose éste a la idea de que la ausencia expresa de prohibición determina la permisión de la conducta. Es así como el artículo 5 constitucional representa el principio de legalidad en forma muy general, pues señala que nadie podrá ser obligado a hacer o dejar de hacer cosa sino en virtud de disposición legal.

Adentrados ya en el ámbito penal, este principio, como se ha venido indicando, señala que no podrá existir delito si la acción realizada por una persona no se encuentra regulado y tipificado como tal en la legislación penal, previo a la comisión del mismo, por ende, no podrá ser castigado. Esto se encuentra en el Código Procesal Penal, el cual indica en su artículo 1, que no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad y, de la misma forma lo contempla el artículo 17 de nuestra Constitución Política.

Siempre en la esfera penal, existen diferentes planteamientos sobre lo que implica este principio, pues aparte del concepto anterior, distintos autores, desde una perspectiva más tradicionalista indican que consiste en la automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, concretada a través de una acción penal.²⁰¹

Dentro del Derecho Penal sustantivo, este determina las atribuciones del poder público y las facultades de las autoridades jurisdiccionales y de las que intervienen en el proceso

²⁰⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osmán. *Principio de legalidad en la administración pública. Buen gobierno y transparencia*. Guatemala. Disponible en Línea: <http://190.104.117.163/2013/Noviembre/legalidadacut/contenido/ponencias/Vladimir%20Aguilar/Legalidad%20buen%20gobierno%20y%20transparencia.pdf>. Fecha de consulta: 29 de marzo de 2017.

²⁰¹ Barrientos Pellecer, César Ricardo. Op. Cit. Página 28.

penal. Toda conducta debe ceñirse a las formas y procedimientos establecidos en la ley.²⁰²

Una vez desarrollados los temas objeto del presente capítulo y teniendo una percepción y conocimiento más amplio acerca de los mismos, se entiende que la desjudicialización nace en el ámbito penal, como una medida que tiene como finalidades primordiales el descongestionar o descargar trabajo a todos el sistema de justicia penal, lo cual incluye tanto al Ministerio Público como a los juzgados del ramo penal. Otra finalidad será priorizar y discriminar los procesos que verdaderamente merecen la pena darles seguimiento debido al peligro o amenaza que representan para el agraviado o para la sociedad.

Existen distintos mecanismos para que la desjudicialización cumpla con sus fines, entre éstas se encuentra el criterio de oportunidad, la conversión, suspensión condicional de la persecución penal y la clausura provisional, siendo el primero de estos el objeto de esta investigación. Este mecanismo encuentra su fundamento inicialmente en el Código Procesal Penal y posteriormente, con el objeto de complementar al mismo y descargar trabajo a Juzgados de Primera Instancia, la Corte Suprema de Justicia crea el Acuerdo Número 26-2011, en el que se regulan el procedimiento para delitos menos graves.

En lo anterior debe observarse las distintas garantías y principios constitucionales, como los rectores de toda la actividad jurídica, administrativa y política del Estado, siendo uno de los principios más importantes en cualquier ámbito el principio de legalidad, así como sujetarse a nuestra norma suprema, la Constitución Política de la República de Guatemala, de la cual nacen todas las demás normas y disposiciones legales.

²⁰² *Ibíd.* Página 36.

CAPÍTULO 5

PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

El presente capítulo tiene como finalidad la presentación de los resultados obtenidos del trabajo de campo realizado, así como de la exposición y análisis realizados en los capítulos anteriores, a fin de obtener las conclusiones que serán parte de la respuesta a la hipótesis planteada al momento de iniciar esta investigación.

Cabe resaltar que todas y cada una de las normas legales que conforman el ordenamiento jurídico de nuestro país, así como el de cualquier otro, deben observar una ordenación jerárquica o escalonada, de modo que las normas que poseen un rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo que se encuentra establecido por una norma que posee un rango o jerarquía superior.

Esta jerarquía de las leyes permite, entre otros aspectos, establecer un orden de aplicabilidad de las normas jurídicas, así como establecer un criterio mediante el cual se encuentren soluciones a las contradicciones derivadas de normas con distinto rango.

En el caso del ordenamiento jurídico de nuestro país, se encuentra organizado mediante la jerarquía representada por la pirámide de Kelsen, tomando su nombre del autor de dicha forma de ordenación jerárquica, Hans Kelsen, para lo cual se ordena de la siguiente manera:

Como ley suprema está la Constitución Política de la República de Guatemala, encontrándose de ésta manera en la cúspide de la pirámide representativa, lo cual provoca que todas las demás leyes deben estar en consonancia con ella, es decir, que ninguna norma podrá contradecir lo que ésta establece, pues en caso de hacerlo será nula de pleno derecho.

Luego se encuentran las leyes constitucionales, que son aquellas que han sido creadas por la Asamblea Nacional Constituyente o por la Asamblea constituyente, así como aquellas a las que la propia Constitución les asigna tal carácter.

Por debajo están las leyes ordinarias las cuales son creadas y promulgadas por el Organismo Legislativo a través del Congreso de la República y sancionadas por el Presidente de la República. Dentro de esta categoría encontramos el Código Procesal Penal, normativa en la que se fundamenta principalmente y que regula lo relativo al criterio de oportunidad como tema central de la investigación.

Seguidamente se encuentran las disposiciones reglamentarias que son reglas dotadas de generalidad, emitidas por el Organismo Ejecutivo o entidades con potestad reglamentaria; y, en el último escalón se encuentran las normas individualizadas, que son el resultado de la aplicación de leyes de jerarquía superior, encontrado dentro de esta categoría los Acuerdos emitidos por la Corte Suprema de Justicia.

Como ya se indicó, una norma con jerarquía inferior, no podrá contravenir o entrar en conflicto con lo establecido por una jerárquicamente superior, es decir, que una disposición reglamentaria como un Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, no podrá contravenir lo establecido por una norma ordinaria como el Código Procesal Penal.

Lo expuesto con anterioridad, se encuentra contemplado en el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial, mismo que establece lo siguiente: «*Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno*»²⁰³. Continúa indicando el mismo artículo que «*Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos, carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior*»²⁰⁴.

En el mismo orden de ideas, en caso de existir contradicción entre ambas normas jurídicas, se estaría violentando el principio de legalidad por preferencia de ley, que como se desarrolló en capítulos anteriores, establece que ninguna norma jerárquicamente inferior como un Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, podrá contravenir o regular disposiciones que no se encuentren en concordancia con lo establecido por una de superior jerarquía como el Código Procesal Penal, pues en caso de ser así, el contenido que la norma inferior desarrolle incurrirá en ilegalidad al momento de su aplicación y por lo tanto, deberá atenerse a lo dispuesto por la norma superior.

De acuerdo con la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 54 literal f), la Corte Suprema de Justicia posee como una de sus atribuciones administrativas, emitir

²⁰³ Congreso de la República de Guatemala. *Ley del Organismo Judicial*. Decreto 2-89. Guatemala. 1989. Artículo 9.

²⁰⁴ Loc. Cit.

reglamentos, acuerdos y órdenes ejecutivas que le corresponden conforme a la ley, en materia de las funciones jurisdiccionales confiadas al Organismo Judicial, así como en cuanto al desarrollo de las actividades que le confiere la Constitución Política de la República de Guatemala y esta ley.

Por lo que es común que la Corte Suprema de Justicia cree acuerdos cuya finalidad es complementar determinados procedimientos o disposiciones ya contenidas en leyes superiores a éstos, lo cual es totalmente válido, pues con esto se busca una mejor integración de las disposiciones legales, provocando a su vez que las mismas alcancen una mayor eficiencia y eficacia al momento de su aplicación a casos concretos. Sin embargo, tales disposiciones deberán emitirse siempre en observancia a todas las leyes que se encuentren por encima de dichos Acuerdos, mismas que nunca podrán ser obviadas o contravenidas.

De habida cuenta, nace la necesidad de realizar un análisis al procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad, como medida desjudicializadora regulada dentro de nuestro ordenamiento penal vigente, específicamente en los artículos 25 y 25 Bis del Código Procesal Penal, mismo que ha sido complementado por disposiciones como el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez, regulan aspectos concernientes a la aplicación de esta medida en busca de coadyuvar con el sistema de justicia, es decir, tanto el Ministerio Público como los Tribunales de Justicia y demás instituciones que lo conforman.

Para lograr un mejor análisis del procedimiento objeto de la presente investigación y de las leyes que lo regulan, fue necesario realizar entrevistas a profesionales del Derecho, con el objeto también reunir distintos puntos de vista.

Todos los profesionales consultados coinciden en que el criterio de oportunidad debe fundamentarse en los artículos 25 y 25 Bis del Código Procesal, debido a que ésta es la norma ordinaria que regula dicho procedimiento, por lo mismo, cualquier otra normativa que desarrolle o complemento a tal normativa y que sea jerárquicamente inferior, deberá observar lo dispuesto en éste para evitar así contracciones, lo cual provocaría en su momento que se incurra en ilegalidad al momento de su aplicación.

Coinciden también, en su mayoría, que el Acuerdo 26-2011, al igual que muchos otros creados por la Corte Suprema de Justicia, nace con el objeto de coadyuvar con el buen funcionamiento del sistema de justicia, así como para descongestionarlo y descargar el trabajo de las distintas instituciones que lo conforman, lo cual tendrá un impacto positivo en el sistema, pues éste se encuentra rebalsado por la cantidad de procesos que se tramitan, provocando que la mora judicial se encuentre en niveles muy altos.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia deberá tener cuidado respecto a los acuerdos que emite, en cuanto a que éstos no contravengan normativa ordinaria, dado que dichas antinomias generan conflictos de aplicación del Derecho, en tanto que se genera incertidumbre en los sujetos procesales, al momento de aplicar normas inferiores que contradicen superiores, jerárquicamente, afectando con ello entre otros principios, el debido proceso.

El procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad, regulado en el Acuerdo mencionado, tiene como finalidad, aparte de las mencionadas, brindar mayor agilidad y celeridad a los procesos penales, sobre todo a aquellos que no representen amenaza seria a los agraviados o a la sociedad.

A decir de los profesionales consultados, es la agilidad y celeridad de los procesos la mayor de las ventajas que ha generado la creación y aplicación de este acuerdo, lo cual significa que ha logrado su cometido principal. Por el contrario, también existen desventajas, entre las cuales es posible mencionar, tal y como señala Carol Vanessa Gutiérrez Rodas, Auxiliar Fiscal del Ministerio Público, la aplicación del criterio de oportunidad, de conformidad con este acuerdo, ha provocado *«que los sindicatos que son reincidentes o tengan altos índices de criminalidad, son beneficiados cuando cometen un delito menos grave y esto provoca que al aplicarle un criterio de oportunidad continúen delinquirando»*.²⁰⁵

En ese sentido, otra de las desventajas derivadas de la aplicación del criterio de oportunidad, fundamentándose en el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de justicia,

²⁰⁵ Gutiérrez Rodas, Carol Vanessa. Auxiliar Fiscal del Ministerio Público. 10 de agosto de 2017.

como señala la Abogada Olga Marina Rosado Burgos es «*el no cumplimiento de la reparación digna*».²⁰⁶

Entrando específicamente al análisis sobre la legalidad de la aplicación del criterio de oportunidad, a la luz del Acuerdo mencionado, es pertinente recalcar que dicho procedimiento se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Penal, en sus artículos 25, 25 Bis y 25 Ter, normativa que establece cada uno de los pasos y etapas del procedimiento, así como las diferentes circunstancias y requisitos que éste debe reunir para su correcta y válida aplicación.

Tal y como se señaló en el capítulo en el que se desarrolla específicamente la medida desjudicializadora del criterio de oportunidad, posteriormente a que el Ministerio Público realice el análisis respectivo sobre el delito cometido y si éste encuadra dentro de los que por disposición legal gozan de la aplicación de una medida alterna y contando con el consentimiento del agraviado, si lo hubiere, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos que establecen los artículos anteriores, debiendo para el efecto contar con autorización judicial, es decir que, es necesario que el Ministerio Público haga la solicitud al Juez para abstenerse de ejercitar la acción penal y aplicar el criterio de oportunidad, pudiendo aplicarse éste solamente si el Juez lo considera pertinente y lo autoriza.

De igual manera, establece el Código Procesal Penal que, una vez se cuente con el avenimiento del Juez, así como del imputado y del agraviado, si lo hubiere, se llevará a cabo una audiencia de conciliación, a efecto las partes lleguen a un acuerdo, avalado por el juez, para que, cumpliendo lo antes expuesto, sea posible aplicar el criterio de oportunidad de manera correcta y legal.

Con lo anteriormente expuesto, queda claro entonces que es indispensable, según el Código Procesal Penal, que el Ministerio Público cuente con el visto bueno del juzgador, así como también del agraviado, para que esta medida de desjudicialización sea válida y legal, pues de lo contrario, se estaría vulnerando u omitiendo cumplir con requisitos y presupuestos que regula expresamente la ley de la materia.

²⁰⁶ Rosado Burgos, Olga Marina. Auxiliar Fiscal del Ministerio Público. 10 de agosto de 2017.

Por su parte, el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, el cual, como el mismo lo señala, será implementado de manera progresiva en los Juzgados de Paz de toda la República. Asimismo, el Acuerdo en mención, concede competencias a los Juzgados de Paz para que apliquen distintos procedimientos, como el procedimiento para delitos menos graves, la mediación, conciliación y el criterio de oportunidad. Sin embargo, lo dispuesto por este Acuerdo debe ser en observancia a lo establecido por el Código Procesal Penal.

A pesar de lo anterior, el Acuerdo No. 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, al otorgar competencia a Jueces de Paz para que sean éstos quienes apliquen el criterio de oportunidad, de igual manera les concede competencia para que, como lo establece su artículo 10, mediante audiencias unilaterales múltiples, aprueben los criterios de oportunidad que hayan sido alcanzados previamente en sede del Ministerio Público, es decir, que este Acuerdo, contrario a lo dispuesto por el Código Procesal Penal, faculta al Ministerio Público para que, sin previa autorización de juez competente, alcance acuerdos para aplicar el criterio de oportunidad, para posteriormente acudir ante el Juez a exponerlos en busca de su aprobación.

Es aquí donde existe contradicción entre el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia y el Código Procesal Penal el cual constituye una norma ordinaria y que por ende posee una jerarquía superior, puesto que, lo regulado en la primera se presenta una alteración en el orden del procedimiento regulado por la segunda, que como bien se sabe, establece el procedimiento específico para dicha medida desjudicializadora y se encuentra por encima de la otra disposición legal. Por tal motivo, debe atenderse a lo dispuesto por la norma superior, es decir, el Código Procesal Penal y aplicarse el procedimiento que en éstas se desarrolla.

Tal y como expresa el Abogado Francisco Morales Ozaeta en la entrevista realizada y al cuestionarle sobre si considera legal la aplicación de este procedimiento, a lo cual manifestó que *«no es legal, porque una norma ordinaria jamás podrá ser reformada por un acuerdo de la Corte, la cual de forma ilegal se está atribuyendo funciones legislativas»*.²⁰⁷ De igual manera considera el Abogado y Auxiliar Fiscal del Ministerio

²⁰⁷ Morales Ozaeta, Francisco Javier. Abogado y Notario. 5 de septiembre de 2017.

Público, Marvin Batún, que dicho procedimiento *«no es legal, ya que existe un Decreto que regula dicho procedimiento y éste es superior al Acuerdo»*.²⁰⁸

Por lo que, partiendo de la información recabada en la presente investigación, a través de los distintos medios, así como del análisis desarrollado, es posible concluir que las leyes se encuentran ordenadas de manera escalonada o jerárquica, lo que hace imprescindible que toda disposición jerárquicamente inferior, sea creada en observancia a las que poseen una jerarquía superior, con el objeto de evitar contradicciones entre ambas normativas.

En el presente caso, al analizar el procedimiento que desarrolla el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación del criterio de oportunidad, se puede apreciar que, como ya se ha indicado, difiere de lo dispuesto por el Código Procesal Penal, existiendo contradicción entre ambas normativas. Por tal motivo y en observancia a los principios rectores del Derecho, de supremacía constitucional y de legalidad, el criterio de oportunidad, cuando se fundamenta en el Acuerdo antes mencionado, incurre en ilegalidad.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, este procedimiento evidentemente genera un beneficio al sistema de justicia, pero también al sindicato, pues a éste le es posible solventar su situación legal de una manera breve y rápida, pero más importante aún, sin mayores consecuencias en su contra. Siendo ésta una posible razón por la cual la aplicación del criterio de oportunidad, en observancia a dicho Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, no ha sido impugnado o atacado de ilegal, provocando que el mismo se continúe aplicando de manera normal.

En tal sentido, el criterio de oportunidad es en su modalidad de medida desjudicializadora, un aspecto de la aplicación de una política criminal del Estado, la cual tiende a proporcionar instrumentos e instituciones jurídicas, que tengan como finalidad atender casos considerados de leve o bajo impacto, debiendo cuidar su no aplicación a delincuentes habituales o reincidentes. El adecuado control de los beneficiarios de esta medida desjudicializadora, debe realizarlo celosamente el Ministerio Público a través de

²⁰⁸ Batún Osorio, Marvin. Auxiliar Fiscal del Ministerio público. 10 de agosto de 2017.

la Fiscalía de Ejecución, la cual es la unidad encargada del registro y actualización del otorgamiento a nivel nacional del criterio de oportunidad.

Con lo anterior, se garantiza el debido proceso, la presunción de inocencia así como el principio de mínima intervención, permitiendo al Estado enfocarse en los asuntos penales de mayor relevancia y trascendencia, jurídica y social.

En consecuencia, el criterio de oportunidad debe encontrar su fundamento legal en el Código Procesal Penal, normativa que desarrolla su procedimiento de forma expresa, así como los requisitos y presupuestos que se deben reunir para su aplicación y en caso se fundamente en el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, podrá ser impugnado por las partes interesadas en el proceso.

CONCLUSIONES

1. Como lo establece de forma expresa la Constitución Política de la República de Guatemala, el fin supremo del Estado es la realización del bien común, esto a través de la creación y correcta aplicación de las leyes, mediante las cuales se pretende mantener un orden social. Para lograr lo anterior, el papel de la ley penal es de suma importancia, pues es a través de ésta que se logra alcanzar dicho

orden, toda vez que éstas tipifican las conductas que atentan contra el bienestar de la colectividad, como faltas o delitos, a los cuales impone un castigo como puede ser una multa o una pena.

2. Debido a la importante carga de trabajo que soportan las distintas instituciones que conforman el sistema de justicia, así como las personas que hacen posible su funcionamiento, la Corte Suprema de Justicia, en atención a sus atribuciones contempladas en la Ley del Organismo Judicial, ha creado Acuerdos dirigidos a complementar procedimientos o a agilizar los ya regulados en otras normativas, en busca de descongestionar el sistema, como el Acuerdo número 26-2011.
3. La aplicación del criterio de oportunidad, con atención al Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, ha generado ciertas desventajas, resaltando entre estas la reincidencia de los beneficiados con esta medida y el no cumplimiento de la reparación digna.
4. A partir de la implementación del Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, la carga de trabajo ha disminuido para el Ministerio Público, sin embargo, ésta ha aumentado considerablemente para los Juzgados de Paz de la ciudad de Guatemala en donde ya se aplica dicho procedimiento, lo cual refleja que el cometido de dicho Acuerdo ha sido alcanzado de forma parcial.
5. El criterio de oportunidad se encuentra regulado y desarrollado en una norma ordinaria como el Código Procesal Penal, por consiguiente, el procedimiento contemplado en una disposición legal inferior como el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, podría incurrirse en alguna ilegalidad al no observar lo dispuesto por la ley ordinaria.
6. La Fiscalía de Ejecución es la dependencia del Ministerio Público, encargada de velar por el correcto registro y actualización de la base de datos de aquellas personas beneficiadas o por beneficiar con el criterio de oportunidad. Su control a nivel nacional puede provocar el otorgamiento de beneficios procesales a candidatos no idóneos si no se cuenta con un control estricto y resguardo de datos de las personas han sido beneficiadas.

RECOMENDACIONES

1. Para que al Estado le sea posible cumplir con su cometido de garantizar el bien común y el orden social, es fundamental que las leyes penales sean aplicadas de forma correcta y objetiva, esto quiere decir que toda conducta antijurídica debe ameritar una investigación objetiva para posteriormente, en caso de ser necesario,

iniciar una persecución penal, con el objeto de imponer una sanción o castigo a quien la realizare.

2. Toda disposición legal debe ser creada en observancia a la Constitución Política de la República de Guatemala, así como a las leyes de igual o superior jerarquía. En este caso, el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, debe observar lo dispuesto por el Código Procesal Penal en cuanto al criterio de oportunidad, debiéndose aplicar para el efecto, únicamente lo que no contradiga a dicha norma ordinaria.
3. El criterio de oportunidad es una medida que beneficia principalmente a quienes se les atribuye la comisión de un delito considerado como menos grave, sin embargo, para que éste sea aplicado, tanto el Ministerio Público como el Juez, deben analizar objetiva y minuciosamente cada caso en particular. Por otra parte, dicha medida debe ser otorgada solamente si se cumple con los requisitos que señala el Código Procesal Penal, siendo uno de estos la reparación de los daños o bien, debe garantizarse que estos serán reparados, pues de no cumplir con lo requerido, dicha medida no debe ser otorgada.
4. Para que el Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia alcance plenamente su objetivo de descongestionar el sistema de justicia, será necesario que el Organismo Judicial cree nuevos Juzgados de Paz, o bien Juzgados Pluripersonales.
5. El Acuerdo 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia no incurre en ilegalidad, sin embargo, lo concerniente al procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad contradice lo dispuesto para el efecto por el Código Procesal Penal, por lo que la aplicación de dicha medida debe atenerse a lo regulado en éste último.
6. La Fiscalía de Ejecución del Ministerio Público, deberá llevar un control eficiente y certero, pues de éste depende que el criterio de oportunidad sea aplicado a candidatos idóneos, mediante una selección objetiva, previo a un análisis del caso y de la persona. Esto a través de una base de datos que cumpla con los requisitos esenciales para lograr un control efectivo.

BIBLOGRAFÍA

Bibliográficas

- Alarcón Duque, Adolfo Jacobo. *¿Política criminal en Guatemala? Análisis de una propuesta de reforma al Código Penal*. Guatemala. 2015. Tesis de Posgrado/ Fin de Máster. Universidad Rafael Landívar.

- Amuchategui Requena, Irma G. *Derecho Penal: curso primero y segundo*. México. Editorial HARLA. 1993.
- Aragón Bolado, Alberto A. *Manual de prevención del delito*. México. Editorial Miguel Ángel Porrúa. 1995.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L. 1987.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Colombia. Editorial Temis. 1989.
- Barrientos Pellecer, César Ricardo. *Desjudicialización*. Guatemala. Organismo Judicial. 1994.
- Berducido M. Héctor E. *Suspensión condicional de la persecución penal*. Guatemala. Universidad Mesoamericana.
- Bertolino, Pedro J. *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Argentina. Ediciones Depalma. 1985.
- Binder, Alberto. *Perspectivas de la reforma Procesal Penal en América Latina*. El Salvador. Centro de Investigación y Capacitación. 1992.
- Bovino, Alberto. *Temas de Derecho Procesal Penal guatemalteco*. Guatemala. F&G Editores. 1997.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo III. Argentina. Editorial Heliasta. 25ª edición. 2001.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Argentina. Editorial Heliasta. 27ª edición.
- Cifuentes Díaz, Jesús Amado. *Suspensión condicional de la persecución penal y sus consecuencias socio jurídica*. Guatemala. 1998. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala.
- Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Argentina. Ediciones Depalma. 1997.
- De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. *Derecho penal guatemalteco: parte general y parte especial*. Guatemala. Magna Terra Editores. Vigésima segunda edición. 2012.
- Díez Ripollés, José Luis y Esther Giménez-Salinas i Colomer. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Guatemala. Artemis & Edinter. 2001. Página 36.

- Fernández C., Juan. *Derecho Penal fundamental*. Tomo II. Colombia. Editorial Temis. 1989. 2ª edición.
- Jauregui, Hugo Roberto. *Apunte de teoría del delito*. Guatemala. Magna Terra Editores. 2005.
- Javalois Cruz, Andy Guillermo. *La conciliación*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Volumen 3. México. Oxford University Press. 1999.
- López Contreras, Rony Eulalio. *Curso de Derecho Penal: parte general*. Guatemala. MR Ediciones. 2015.
- López M. Mario R. *La práctica procesal penal en el procedimiento abreviado*. Guatemala. Librería Jurídica. Segunda edición. 2003.
- Maurach, Reinhart. *Derecho Penal, parte general*. Traducción de: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Argentina. Editorial Astrea. 1994. 7ª edición.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina. Editorial Heliasta. 30ª edición. 2004.
- Quintino Zepeda, Rubén. *Diccionario de Derecho Penal*. México. Magister Editorial. 2ª edición. 2006.
- Reyes Calderón, José Adolfo. *Mecanismos alternativos de la justicia*. Guatemala. Caudal. 1998.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Traducción de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguels Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. España. Civitas Ediciones. 2ª edición. 1997.
- Sierra Vila, Alexandre. *Actualidad de las Teorías de la Retribución en el Derecho Penal*. España. 2015. Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.
- Trejo, Miguel Alberto y otros. *Manual de Derecho Penal: parte general*. El Salvador. Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial. 1992.

- Von Hirsch, Andrew y otros. *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. España. Editorial Atelier. 2012.

Electrónicas

- Aguilar Guerra, Vladimir Osmán. *Principio de legalidad en la administración pública. Buen gobierno y transparencia*. Guatemala. Disponible en Línea: <http://190.104.117.163/2013/Noviembre/legalidadacut/contenido/ponencias/Vladimir%20Aguilar/Legalidad%20buen%20gobierno%20y%20transparencia.pdf>. Fecha de consulta: 29 de marzo de 2017.
- García Cavero, Percy. Acerca de la función de la pena. Universidad de Piura. Disponible en línea: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf. Fecha de consulta: 21 de marzo de 2017.
- Gutiérrez, Cristhian J. *Penal general: concepto y función del Derecho Penal*. 2014. Disponible en línea en: <http://cristhiantgz.blogspot.com/2014/05/penal-general-concepto-y-funcion-del.html>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017.
- León de la Vega, Arturo. *Criterios de oportunidad*. En página web: «Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas». Disponible en línea: <http://www.pgje.chiapas.gob.mx/sistemaprocesal/Info/3Investigacion/FuncionMinisterial/CRITERIOS%20DE%20OPORTUNIDAD.pdf>. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2017.
- Machiado, Jorge. Concepción jurídica del delito. En página web: «Apuntes jurídicos». Disponible en línea: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/06/cjd.html>. Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2017.
- Mariaca, Margot. *Fuente del Derecho Penal: la ley penal*. 2010. En página web: Universidad San Francisco Xavier. Disponible en línea: <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dp05-fuente.pdf>. Fecha de consulta 5 de marzo de 2017.

- Ministerio Público de Costa Rica. *¿Qué es la Conversión de la acción pública en privada?* En página web «Ministerio Público de Costa Rica». Disponible en línea: http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/derechosciudadano/medidas_%20alternas/Conversion_accion_publica_a_privada.html. Fecha de consulta: 12 de julio de 2017.
- Pérez Sena, Gabriel Nicolás. *Concepto de política criminal*. República Dominicana. En página web: Experto en Derecho. Disponible en línea: <http://expertoenderecho.blogspot.com/2010/11/concepto-de-la-politica-criminal-el.html>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017.
- *Política criminal*. En página web: Ecured. Disponible en línea: https://www.ecured.cu/Pol%C3%ADtica_criminal. Fecha de consulta: 6 de marzo de 2017.
- Real Academia Española. *Derecho*. En página Web: Diccionario de la Lengua Española. España. Disponible en línea: <http://dle.rae.es/?id=9l4qkmW>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017.
- Revelles Carrasco, María. *Introducción al Derecho Penal*. 2011. En página web «Derecho en red». Disponible en línea: <http://www.infoderechopenal.es/2011/12/caracteristicas-de-la-pena.html>. Fecha de consulta: 22 de marzo de 2017.
- Sánchez-Ostis, Pablo y otros. *Contenido y función de Derecho Penal*. Universidad de Navarra. Disponible en línea: <file:///C:/Users/HP%20ULTRABOOK/Downloads/2013%201%20luspoenale%20Concepto%20de%20pena.pdf>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017.

Otras

- Batún Osorio, Marvin. Auxiliar Fiscal del Ministerio público. 10 de agosto de 2017.
- Congreso de la República de Guatemala. *Código Procesal Penal*. Decreto Número 51-92. Guatemala. 1992.

- Corte Suprema de Justicia. *Implementación del procedimiento para delitos menos graves en los Juzgados de Paz*. Acuerdo Número 26-2011. Guatemala. 2011.
- Gutiérrez Rodas, Carol Vanessa. Auxiliar Fiscal del Ministerio Público. 10 de agosto de 2017.
- Morales Ozaeta, Francisco Javier. Abogado y Notario. 5 de septiembre de 2017.
- Rosado Burgos, Olga Marina. Auxiliar Fiscal del Ministerio Público. 10 de agosto de 2017.