

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

**LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS AL DELITO DE PORTACIÓN
ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DEFENSIVAS Y/O DEPORTIVAS Y LA
INAPLICACIÓN AL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**

RIBEL RIVERA AQUINO

GUATEMALA, MARZO DE 2008

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

**LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS AL DELITO DE PORTACIÓN
ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DEFENSIVAS Y/O DEPORTIVAS Y LA
INAPLICACIÓN AL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**

TESIS

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

RIBEL RIVERA AQUINO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2008.

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada
Secretario: Lic. Roberto Echeverría Vallejo
Vocal: Lic. Juan Carlos Godínez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Saulo De León Estrada
Secretario: Lic. Alma Judith Castro Tejada
Vocal: Licda. Helder Ulises Gómez

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

DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme la oportunidad de llegar a la culminación de uno de mis propósitos y haber tenido durante este arduo camino, muchas personas que me han apoyado y querido.
- A MIS PADRES: Edgar Rivera González y Guillermina Yolanda Aquino. Gracias por su apoyo; hoy los hago partícipes de otra meta que alcanzo en mi vida.
- A MI NOVIA: Karen Jeannette Tobar. Este triunfo es para ti con todo mi amor.
- A MIS ABUELITAS: Cándida Rosa Aquino Bran y María González. Las quiero mucho.
- A MIS HERMANOS: Ragdé, Deimy, Maricandi, Teotonio, Kristel, Guillered y Edminor, todos de apellidos Rivera Aquino. Este triunfo es de ustedes también.
- A MI TÍO: Justo Alberto Rosales Aquino, le agradezco su apoyo.
- A: Licenciados: Juan Carlos Ríos, Emerson Alexis Ramírez, Héctor Indalecio Rodríguez, Blas Enrique Díaz. se los agradezco mucho.
- A MIS AMIGOS: Lily Villatoro, Labinia Betancourt, Sergio Ramos, Selene, Roger Barrios, Daniel Alqujay, Cintia Tobar, Wendy Argueta, Fernando Caal. Por su amistad sincera.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y sus autoridades por darme la oportunidad de estudiar en sus aulas.

(i)

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata de obtener el fundamento suficiente para la aplicación correcta de las medidas sustitutivas y de la prisión preventiva, a efecto de desarrollar un debido proceso más justo.

Por tal razón, el siguiente trabajo de tesis se ha titulado: “La aplicación de las medidas sustitutivas al delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas y la inaplicación al delito de posesión para el consumo”, desarrollada en ocho capítulos, los cuales se detallan de la siguiente manera:

El primer capítulo desarrolla todo lo relacionado al Organismo Judicial, su organización y su independencia, ante los demás organismos del Estado.

El capítulo dos establece todo lo concerniente al delito, clasificación del mismo, su objetivo, tipos, consecuencias, y los sujetos que se consideran como parte dentro de un proceso penal.

El capítulo tercero contiene lo relacionado con las medidas cautelares provisionales, tal como son la citación, la conducción, la presentación espontánea, la retención y la aprehensión.

En el capítulo cuarto se desarrollan las medidas de coerción en un proceso penal, tal como es la prisión preventiva, los presupuestos para dictarla, límites, el peligro de fuga, y el peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad.

El capítulo quinto se refiere a las medidas sustitutivas, las medidas cautelares personales, su finalidad, los principios para dictar las medidas, clases, su duración y revisión.

(ii)

El capítulo sexto establece todo lo relacionado a las medidas desjudicializadoras, utilizadas por el órgano encargado de la persecución penal dentro de un proceso penal, el objetivo de éstas, los supuestos, limitaciones, requisitos, efectos, momento procesal, el procedimiento y los recursos.

El capítulo séptimo contiene lo relacionado a las armas de fuego, su concepto, tanto legal como doctrinario, clasificación, el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, los sujetos que participan en tal ilícito, el bien jurídico tutelado, y parte de la investigación realizada en el centro administrativo de gestión penal, del departamento de Guatemala.

Finalmente, el capítulo octavo trata lo relacionado al delito de posesión para el consumo, los factores endógenos, los factores exógenos, la necesidad de reformar los artículos treinta y nueve de la Ley Contra la Narcoactividad y doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, así como la propuesta para dicha reforma.

La hipótesis fue formulada de la siguiente manera: “El órgano jurisdiccional a cargo de un proceso seguido en contra de un sindicato, debe aplicar la prisión preventiva y las medidas sustitutivas en una forma más adecuada a nuestra realidad social y en base a la reforma planteada”.

El objetivo principal de la investigación que se estableció es el siguiente: “Lograr la reforma de los artículos doscientos sesenta y cuatro del Código Procesal Penal, y treinta y nueve de la Ley Contra la Narcoactividad en base a la reforma planteada por el sustentante”.

Los métodos utilizados fueron: El inductivo, que se utiliza al ahondar en el tema de la aplicación de las medidas sustitutivas al delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, y la inaplicación al delito de posesión para el consumo; para llegar al asunto en general se tuvo que iniciar con temas particulares.

(iii)

El método deductivo se utiliza al llevar a cabo el estudio y el análisis de la aplicación de las medidas sustitutivas al delito de posesión para el consumo y la inaplicación al delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, para deducir por medio del razonamiento lógico la aplicación de las medidas sustitutivas a un caso concreto.

El método comparativo, coteja hechos y resultados, la meta es establecer por qué los casos son diferentes, para revelar la estructura subyacente general que permite y genera tal variación.

Entre las técnicas utilizadas se encuentran las siguientes: Entrevistas a fiscales del Ministerio Público, a trabajadores del Centro Administrativo de Gestión Penal, y a abogados penalistas.

Las medidas sustitutivas son alternativas, que ofrece nuestro Código Procesal Penal, a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que puede lograrse por otras vías, menos gravosas para el sindicado. La prisión preventiva es la máxima medida de coerción impuesta por el juzgador para el sindicado, para garantizar la permanencia de éste al proceso, o cuando se evidencia claramente el peligro de fuga o de obstaculización a la averiguación de la verdad.

La drogadicción ha dañado enormemente a nuestra nación, y el Estado está haciendo grandes logros, creando fórmulas de prevención y erradicación de este problema, que crece de manera acelerada, pero también es cierto que en muchos casos, son detenidas, personas sorprendidas en posesión de alguna droga que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida o tiene carácter de controlada, pero la cantidad encontrada, se enmarca en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad.

(iv)

Se demuestra que si esta persona recibe la pena en el artículo mencionado, y antes de esto la prisión preventiva podría convertirse dentro del centro preventivo en un delincuente o drogadicto habitual, ya que lamentablemente éstos no cumplen con el carácter de su creación. Según la investigación, el delito de posesión para el consumo debe gozar del privilegio de las medidas sustitutivas contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente.

El tema del ilícito penal de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas a criterio es un delito más gravoso que el de posesión para el consumo, toda vez que una persona que transite armada sin la licencia correspondiente, constituye un peligro latente e inminente que puede cometer un ilícito penal adicional, que desde luego pueden ser delitos contra la vida e integridad, contra la propiedad, entre otros. Pero si no cumple su propósito puede llegar a dar muerte causando un gran mal a la sociedad. Motivo por el cual el sustentante considera que este tipo de delito es mucho más grave, y de alta peligrosidad, como para tener derecho al beneficio del otorgamiento de las diferentes medidas sustitutivas contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente. Por lo cual la única opción que debería tener luego de detenido el sindicado y prestar su primera declaración es la prisión preventiva.

Por tal razón se demuestra que es necesario regular en nuestra legislación una serie de reformas, y los únicos beneficiados con éstas, sería toda la sociedad al evitar que entre el conglomerado social disminuyan personas portando armas de fuego en forma ilegal, y el Estado, al no tener la obligación de mantener bajo su responsabilidad a las personas que cometen el ilícito penal de posesión para el consumo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Funciones judiciales.....	1
1.1. El organismo judicial.....	1
1.2. Función judicial.....	1
1.3. La independencia del organismo judicial.....	2
1.4. Organización de juzgados y tribunales en el ramo penal.....	3
1.4.1. Jueces de paz.....	3
1.4.2. Jueces de primera instancia.....	4
1.4.3. Tribunales de sentencia.....	5
1.4.4. Jueces de ejecución.....	5
1.4.5. Salas de la corte de apelaciones.....	5
1.4.6. Corte suprema de justicia.....	5
1.5. Garantías del organismo judicial.....	6
CAPÍTULO II	
2. El Derecho penal.....	9
2.1. Clasificación.....	9
2.2. El objetivo.....	11
2.3. El delito.....	12
2.3.1. Definición.....	12
2.3.2. Los tipos de delito.....	15
2.3.3. Las consecuencias del delito.....	18
2.4. Sujetos procesales.....	21
2.4.1. El ministerio público.....	21
2.4.2. El imputado.....	22
2.4.3. El encubridor.....	22

	Pág.
2.4.4. El abogado defensor.....	23
2.4.5. El agraviado o víctima.....	24
2.4.6. El querellante adhesivo.....	24
2.4.7. El actor civil.....	25
2.4.8. Tercero civilmente demandado.....	26
CAPÍTULO III	
3. Medidas cautelares provisionales.....	27
3.1. La citación.....	27
3.2. La conducción.....	28
3.3. La presentación espontánea.....	28
3.4. La retención.....	29
3.5. La aprehensión.....	30
CAPÍTULO IV	
4. Medidas de coerción.....	31
4.1. La coerción en el proceso penal.....	31
4.2. Prisión preventiva.....	32
4.3. Presupuestos para ordenar la prisión preventiva.....	33
4.4. Peligro de fuga.....	33
4.5. Peligro de obstaculización a la averiguación de la verdad.....	34
4.6. Límites de la prisión preventiva.....	35
4.7. Presunción de inocencia.....	36
4.8. El uso de la prisión preventiva.....	37
CAPÍTULO V	
5. Medidas sustitutivas.....	41
5.1. Medidas cautelares personales.....	42
5.1.1 Definición.....	42
5.1.2 Finalidad.....	43
5.1.3 Principios que rigen la aplicación de las medidas cautelares.....	43

	Pág.
5.2. La medida cautelar y los principios constitucionales de juicio previo e inocencia.....	45
5.2.1. Juicio previo.....	46
5.2.2. Principio de inocencia.....	46
5.3. Clases de medidas cautelares.....	47
5.4. Duración y revisión de las medidas de coerción.....	51

CAPÍTULO VI

6. Medidas desjudicializadoras.....	53
6.1. Criterio de oportunidad.....	53
6.1.1 Objetivo.....	53
6.1.2. Supuestos.....	54
6.1.3. Limitaciones.....	55
6.1.4. Requisito.....	56
6.1.5. Efectos.....	58
6.1.6. Momento procesal.....	58
6.1.7. La conciliación y la mediación.....	59
6.1.8. Procedimiento.....	60
6.1.9. La actuación el sindico municipal.....	61
6.1.10. Recursos.....	62
6.1.11. Caso especial de criterio de oportunidad.....	62
6.2. La conversión.....	63
6.2.1. Concepto.....	63
6.2.2. Objetivo.....	64
6.2.3. Supuestos	64
6.2.4. Requisitos.....	65
6.2.5. Efectos.....	66
6.2.6. Momento procesal.....	66
6.2.7. Procedimiento.....	66
6.2.8. Recursos.....	67

	Pág.
6.3. La suspensión condicional de la persecución penal.....	67
6.3.1. Concepto.....	67
6.3.2. Objetivo.....	67
6.3.3. Supuestos.....	68
6.3.4. Requisitos.....	70
6.3.5. Efectos.....	71
6.3.6. Plazo de prueba y el régimen de prueba.....	72
6.3.7. Procedimiento.....	72
6.3.8. Recursos.....	73
6.4. La desestimación.....	73
6.4.1. Concepto.....	73
6.4.2. Objetivo.....	74
6.4.3. Requisitos.....	74
6.4.4 Efectos.....	75
6.4.5. Momento procesal.....	75
6.4.6. Procedimiento.....	75
6.4.7. Recursos.....	75
6.4.8. Comentario.....	76
6.5. El archivo.....	76
6.5.1 Concepto.....	76
6.5.2. Objetivo.....	76
6.5.3. Supuestos.....	76
6.5.4. Requisitos.....	77
6.5.5. Efectos.....	78
6.5.6. Momento procesal.....	78
6.5.7. Procedimiento.....	78
6.5.8 Recursos.....	79

CAPÍTULO VII

7. De las armas de fuego.....	81
-------------------------------	----

	Pág.
7.1 Concepto doctrinario de armas.....	81
7.2. Concepto legal de armas.....	81
7.3. Armas de fuego.....	81
7.4. Armas de gases.....	82
7.5. Armas blancas.....	82
7.6. Clasificación de las armas.....	82
7.7. Clasificación de las armas de fuego.....	83
7.7.1. Armas de fuego cortas.....	83
7.7.2. Armas de fuego largas.....	83
7.7.3. Revolver.....	84
7.7.4. Pistolas automáticas.....	84
7.7.5. Fusil.....	85
7.7.6. Escopeta o fusil de caza.....	86
7.7.7. Armas de gases.....	86
7.8. Gases tóxicos.....	87
7.8.1. Gases que atacan el tejido.....	87
7.9. Clasificación de las armas blancas.....	88
7.9.1. Armas blancas que producen heridas cortantes.....	88
7.9.2. Armas blancas que producen heridas punzantes.....	88
7.9.3. Armas blancas que producen heridas corto punzantes.....	88
7.9.4. Armas blancas que producen heridas corto contundentes.....	89
7.10. Portación ilegal de armas de fuego.....	89
7.10.1. Sujeto pasivo.....	89
7.10.2. Sujeto activo.....	89
7.10.3. Municiones y accesorios.....	90
7.11. Portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas.....	90
7.11.1. Concepto.....	90
7.11.2. Elemento normativo.....	91
7.11.3. Elemento local o del lugar.....	91

	Pág.
7.11.4. Elemento real.....	92
7.11.5. Elemento dinámico.....	92
7.11.6. Elementos circunstanciales.....	92
7.12. Depósito de armas y municiones.....	93
7.13. Bien jurídico tutelado.....	93
7.13.1. La tranquilidad social.....	93
CAPÍTULO VIII	
8. Delito de posesión para el consumo.....	97
8.1. Factores endógenos.....	97
8.2. Factores exógenos.....	98
8.3. Los medios de comunicación.....	100
8.4. La familia.....	100
8.5. La falta de prevención.....	101
8.6. De la necesidad de reformar los Artículos 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, 264 del Código Procesal Penal.....	103
8.7. Propuesta de reforma del Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República.....	104
8.7.1. Bases para una propuesta de reforma.....	105
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	115

CAPÍTULO I

1. Funciones judiciales

1.1 El Organismo Judicial

Conforme lo establecido la Constitución Política de la República de Guatemala, el Organismo Judicial es el encargado de impartir justicia, con independencia y potestad de juzgar. La Ley del Organismo Judicial cita que en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia en concordancia con el texto de la misma Constitución Política de la República de Guatemala. El marco del Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia se encuentra definido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en sus Artículos 203 al 222, en la Ley del Organismo Judicial, decreto número 2-89 y sus reformas y en otras leyes ordinarias del Estado.

La misión del Organismo Judicial es restaurar y mantener la armonía y paz social a través de prestar a la sociedad una satisfactoria administración de justicia fundamentada en los principios de imparcialidad, celeridad, sencillez, responsabilidad, eficacia y economía, con el propósito de hacer realidad y alcanzar los valores de justicia, verdad y equidad. El organismo judicial es capaz de prestar a la sociedad un buen servicio, eficiente, responsable y libre de corrupción, integrado por jueces igualmente independientes que despiertan la confianza de la sociedad.

1.2 Función judicial

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad por los tribunales de justicia, organizados en jerarquías y competencias; de acuerdo a su jerarquía, existen cuatro niveles de esta:

En primer plano encontramos la Corte Suprema de Justicia.

En segundo plano encontramos los tribunales de segunda instancia.

En tercer plano encontramos los tribunales de primera instancia.

Y en cuarto plano encontramos los juzgados de paz.

1.3 La independencia del Organismo Judicial

El Organismo Judicial es uno de los tres poderes en los que el pueblo de Guatemala delega su soberanía (Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala). Su función principal es la de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado (Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

De acuerdo con el Artículo 205 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la garantía principal del Organismo Judicial es la independencia, que se articula en una doble vía.

✓ Independencia frente a los otros poderes del Estado:

De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 141 de la Constitución citada y con base en el principio de separación de poderes, el Organismo Judicial no está subordinado a ninguno de los otros Organismo del Estado. Para hacer efectivo este principio la Constitución le otorga al Organismo Judicial:

✓ Independencia económica:

El Artículo 213 de la Constitución asegura para el Organismo Judicial, una cantidad no menor del dos por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios del Estado.

✓ Poder de selección de personal:

El Artículo 205 inciso d, de la Constitución establece que el personal que trabaja en los juzgados y tribunales es elegido por el mismo Organismo Judicial y no por el ejecutivo.

✓ Independencia del juez frente a los otros miembros del Organismo Judicial:

En el Organismo Judicial no existe ningún tipo de supremacía. En el ejercicio de su función, un juez de paz es igual a un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ningún juez puede dar órdenes a otro, salvo lo previsto a través de los mecanismos de recursos. Por ello, la Corte Suprema

de Justicia o las Salas de la Corte de Apelaciones no pueden dictar ninguna instrucción a los jueces sobre como debe interpretarse la ley o como debe resolverse un caso concreto. Para garantizar la independencia del juez frente a las autoridades del Organismo Judicial, la Constitución prevé:

- No remoción de jueces de primera instancia y magistrados durante el período en el que han sido designados, salvo en los casos previstos por la ley (ver Artículo 205 y 208 Constitucional).
- La creación de una ley que regule la carrera judicial y los ingresos, promociones y ascensos mediante oposición.

1.4 Organización de juzgados y tribunales en el ramo penal

El cambio del sistema de enjuiciamiento ha generado la necesaria modificación de la organización de jueces y tribunales, regulada en el Código Procesal Penal, en sus Artículos 43 a 55.

1.4.1 Jueces de Paz

Los decretos números 32-96 y 79-97 han reformado las funciones del juez de paz. De acuerdo al Artículo 44, son atribuciones del juez de paz:

- Juzgar las faltas, los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya pena principal sea la de multa, de acuerdo a los Artículos 488 del Código Procesal Penal.
- En los municipios en los que no hubiere juez de primera instancia, podrán:
- Conocer a prevención de conformidad a lo dispuesto en el artículo 304 del Código Procesal Penal, segundo párrafo. Esta función también la podrán

realizar cuando hubiere juez de primera instancia en el municipio, pero éste no pudiere estar presente.

- Practicar las diligencias para las cuales fueron comisionados por los jueces de primera instancia, conforme al Artículo 154 del Código Procesal Penal.
- Cuando la ley les faculte, podrán autorizar la aplicación del criterio de oportunidad y realizar la conciliación conforme a los Artículos 25 y siguientes del Código Procesal Penal.
- En el procedimiento común podrán:
 - Practicar diligencias urgentes conforme al Artículo 318 del Código Procesal Penal.
 - Practicar el levantamiento de cadáveres en aquellos municipios en los que no hubiere delegación del ministerio público de acuerdo a lo previsto en el artículo 195 del Código Procesal Penal.
 - Autorizar al Ministerio Público a realizar aquellas diligencias y medidas de coerción o cautelares en las que se exige autorización judicial. Así mismo podrán asistir a dichas diligencias conforme lo previsto en el Artículo 308 del Código Procesal Penal.

1.4.2 Jueces de primera instancia

Intervienen en el procedimiento preparatorio controlado el ejercicio de la acción, decidiendo sobre la aplicación de medidas de coerción, libertad por falta de mérito, auto de procesamiento y de prisión preventiva, autorizando diligencias limitativas de derechos constitucionales, practicando la prueba anticipada, decidiendo sobre la admisión de diligencias propuestas por las partes y rechazadas por el fiscal y

controlando, a requerimiento de parte, la duración de la investigación. Durante el procedimiento intermedio controlan el requerimiento del Ministerio Público y tras haber escuchado a las partes deciden sobre el mismo. Son competentes para conocer el procedimiento abreviado y el recurso de apelación en los procesos de faltas. Si bien la ley preveía la creación de jueces de narcoactividad y jueces de delitos contra el ambiente, estas funciones han sido asumidas por los jueces comunes.

1.4.3 Tribunales de Sentencia

Se constituirán como tribunales en la localidad o departamento en el que ocurrieron los hechos. Tienen competencia durante la preparación del juicio, pudiendo solicitar de oficio nuevas pruebas, así como sobreseer. Conocerán del juicio oral y tras deliberar, dictarán sentencia.

1.4.4 Jueces de Ejecución

Tienen a su cargo la ejecución de las penas y medidas de seguridad y todo lo que de conformidad con el Código Procesal Penal, se relacione con las mismas.

1.4.5 Salas de la Corte de Apelaciones

Conocen los recursos de apelación frente a las resoluciones de los juzgados de primera instancia y los recursos de apelación especial frente a resoluciones de los tribunales de sentencia o de ejecución que pongan fin a la acción. También conocen del recurso de queja.

1.4.6 Corte suprema de justicia

La cámara penal de la corte de apelaciones resuelve los recursos de casación frente a las sentencias de la corte de apelaciones. Así mismo conoce la solicitud del procedimiento especial de la averiguación y los procesos de revisión. Decide sobre la

ampliación a un año de la prisión preventiva. Finalmente tiene así mismo las funciones de distribución y organización de los distintos juzgados.

Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

1.5 Garantías del Organismo Judicial

Se instituye como garantías del Organismo Judicial, las siguientes:

- La independencia funcional;
- La independencia económica;
- La no remoción de los Magistrados y Jueces de Primera Instancia, salvo los casos establecidos por la ley; y,
- La selección del personal.

Con el objeto de crear las condiciones esenciales de la administración de justicia, la Constitución Política de la República estableció en sus Artículos 203, 204 y 205 que el Organismo Judicial tendrá las garantías sin las cuales no es posible concebir un sistema de justicia que dé a los particulares la seguridad jurídica de que las decisiones judiciales estarán revestidas de objetividad e imparcialidad, entre las que se encuentran: la independencia de criterio como fundamento de la potestad de juzgar; la promoción de la ejecución de lo juzgado, la independencia funcional y económica, la no remoción de jueces y magistrados; así como la exclusividad absoluta de la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales que la ley establezca.

Por otro lado, esa labor interpretativa, según el Artículo 205 Constitucional, es competencia exclusiva, esencia de su independencia, de los tribunales de justicia, la que no puede ser subrogada ni suplida en el amparo en la medida en que esto implicara realizar la tarea de juicio, función intelectual propia, que pertenece a los

jueces de la jurisdicción común. Así, en este aspecto, no sería posible acceder al petitorio de la solicitante para que en amparo se conozca del fondo del reclamo.

La independencia económica a que se refiere el inciso b) del Artículo 205 Constitucional, se sustenta en dos fuentes: la asignación presupuestaria y sus fondos privativos, resultantes éstos de la administración de justicia, dentro de los que figuran los objetos (dinero o moneda) que en la norma cuestionada se mencionan para darles un destino del previsto por la ley matriz.

En ocasiones anteriores la Corte de Constitucionalidad ha conocido de reclamaciones similares y ha sentado la doctrina legal que la no remoción sin causa legal de los magistrados y jueces de primera instancia. Constituye tanto una garantía del ejercicio de las funciones del Organismo Judicial como un derecho subjetivo de dichos funcionarios que puede tutelarse en la vía subsidiaria del proceso de amparo a falta de la respectiva ley de servicio civil o de la carrera judicial.

CAPÍTULO II

2. El derecho penal

El derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico del Estado, que se caracteriza por la naturaleza de las consecuencias que siguen de la violación de sus prescripciones: la pena, y de ahí su denominación. Por consiguiente, el derecho penal es el *conjunto de normas jurídicas con las que el estado prohíbe, mediante la amenaza de la imposición de un castigo, determinadas acciones o comportamientos del hombre (acciones u omisiones) dentro de la sociedad* que lo conforma y cuya inobservancia tiene la consecuencia jurídica de infligir una pena al autor de esas acciones u omisiones, llamados delitos.

Por lo tanto, el derecho penal será el sistema de conocimientos científicos relativos al derecho de la pena, entendido como el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito (sujeto activo) es sometido a la pérdida o disminución de sus derechos personales (pena), a fin de preservar la armonía de la sociedad, ya que en caso contrario no podría existir la convivencia de la sociedad y las Instituciones del estado.

2.1. Clasificación

A fin de que puedan cumplirse o llevarse a cabo los fines del derecho penal, consistentes en la protección de la sociedad de los sujetos que infrinjan las disposiciones legales de este orden; por una parte, previendo sanciones para los infractores de las normas y, por la otra, regulando el procedimiento para la imposición y aplicación de esas sanciones, así como los derechos de los sujetos que han cometido el delito por el cual se ha castigado dentro de ese procedimiento y la forma en que ha de compurgar esa pena o sanción impuesta.

Desde este punto de vista, el derecho penal se clasifica en: **derecho penal sustantivo y derecho penal adjetivo o procesal.**

El derecho penal sustantivo, es el que se refiere al conjunto de normas jurídicas que prevé ciertas conductas cuya realización, por acción u omisión, por parte del sujeto, conllevan una sanción. Estas disposiciones se contienen en el ordenamiento legal denominado Código Penal, en éste se contiene la descripción de las conductas cuya realización, por comisión u omisión, se consideran como delito, al igual que las sanciones que corresponden aplicar al sujeto por la comisión del delito.

El derecho penal sustantivo está constituido por el conjunto de disposiciones que se encuentran contenidas no sólo en el código penal, sino también en otros códigos y en diversas leyes especiales. Y cada una de estas disposiciones se denomina norma penal.

El derecho penal adjetivo o procesal, se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan el procedimiento que se ha de seguir para imponer la sanción al sujeto que ha cometido un delito, en cuanto a la comprobación de la conducta tipificada como delito y la responsabilidad del sujeto en ella, es decir, la comprobación de la realización de ese delito por el sujeto a quien se le imputa, los derechos que le asisten al sujeto acusado para defenderse de la acusación y las normas que se han de observar en ese procedimiento; también se refiere a la organización de los tribunales ante los cuales se ha de realizar ese procedimiento, el que ha de aplicar esa pena, como una prerrogativa y facultad exclusiva, así como las circunstancias en que el sujeto ha de purgar la pena que se le llegue a imponer. Las disposiciones legales que se refieren a los puntos antes señalados, se contienen en el Código Procesal Penal.

A éste se le denomina derecho penal adjetivo, porque regula la adjetivación o aplicación del derecho penal sustantivo, por medio del procedimiento que a tal efecto regula en el código correspondiente.

Por lo demás, el criterio decisivo, para diferenciar al derecho penal sustantivo del derecho procesal penal, lo constituye la función de la norma que se pretenda diferenciar, según que vaya dirigida a establecer las condiciones de existencia de un delito, la especie de éste o las

modalidades de la sanción que debe aplicarse por su comisión; o bien, tienda a regular el conjunto de actividades que tienen por objeto hacer que, una vez que se ha cometido el delito, la sanción establecida en la ley pueda llegar a imponerse al sujeto autor del delito.

2.2. Objetivo

Una vez que se ha establecido la clasificación del derecho penal pueden considerarse tres tipos de objetivos de éste, correspondiendo uno al derecho penal y otro a cada una de sus clasificaciones, a saber:

El objeto del derecho penal, como disciplina, es el que efectivamente existe como voluntad del estado en determinado tiempo y lugar, contenido en el código penal, que es el derecho positivo. El contenido de esta disciplina, al igual que el de todas las ciencias jurídicas, consiste principalmente en tratar de conocer lo más exacta y completamente posible el significado de las disposiciones que constituyen el derecho penal, determinando la naturaleza y alcance de las obligaciones que de ello se siguen, las condiciones que lo hacen surgir y extinguir, los límites de tiempo y de lugar de su validez, los sujetos respecto de los cuales se han impuesto las tales obligaciones, así como las consecuencias que su violación produce.

En cuanto al objetivo del derecho penal procesal, es el de lograr que haya un conjunto de normas realmente eficaces, para poder determinar y demostrar, dentro del procedimiento judicial, la conducta ilícita, al sujeto que se le imputa el delito, ya que la aplicación del derecho procesal penal es un sistema de conocimientos que refleja una realidad objetiva, y precisamente refleja el conjunto de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico vigente (código procesal penal), en un estado determinado.

2.3 El delito

2.3.1. Definición

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, que para los efectos de este estudio no revisten mayor relevancia, por el momento.

El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de ése, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito, no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal.

En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

Desde luego, la naturaleza y tipo de delito, de que se trate, influirá en la calidad, tipo y número de los sujetos activos y, las consecuencias de éste, en los pasivos.

Por otra parte, el objeto del delito es muy importante, no solamente en la teoría del mismo, sino para la existencia y vida del mismo, incluyendo su comisión o realización. Esto es, el objeto jurídico del delito, es el bien protegido por el derecho y que precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir el quid de la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones. A mayor abundamiento, el objeto del delito es sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva. De tal enunciación aparecen dos conceptos completamente diferentes, el de objeto material y el de objeto jurídico del delito, que solo coinciden cuando la ofensa de un bien tutelado por el derecho penal consiste en la modificación de aquello sobre lo cual precisamente se verifica el resultado.

El objeto material del delito puede ser tanto una persona como una cosa. El estado protege determinados bienes porque ello es necesario para asegurar las condiciones de la vida en común no protege el interés en la observancia de los preceptos legales; es decir, se protege, por la norma penal, el derecho del particular, ya que no puede considerarse lógicamente que la norma Jurídica, o sea el objeto de la protección, pues la norma no puede proteger el interés en la protección, o sea, en definitiva, no puede protegerse así misma.

Un bien jurídico puede ser tanto una persona, como una cosa, como una relación entre personas y una entre personas y cosas; entre estos bienes hay algunos que, por ser vitales para la colectividad y el individuo, reciben protección jurídica por su significación social y a los cuales el derecho acuerda su especial tutela erigiendo en tipos delictivos algunas formas especialmente criminosas de atentarse contra ellos, por tanto, como objetos de interés jurídico vienen a constituir el objeto jurídico que se halla tras cada delito.

La idea del bien jurídico es una de las ideas fundamentales, una de las piedras angulares del derecho penal. Ella nos muestra, no solo el objeto de la tutela penal, sino también la verdadera esencia del delito. Si formalmente el delito es violación de una norma jurídica, de

índole penal, sustancialmente consiste en la ofensa al bien que esa norma trata de proteger. Dicha ofensa constituye el contenido sustancial del delito y en ella se comprendía el denominado daño penal.

En fin, por bien jurídico en el campo del derecho penal hay que entender, no ya una realidad natural, social o económica, protegida por el derecho, sino el aspecto central de la finalidad de la proposición normativa, que expresa la razón de ser de la disposición incluida en el sistema de los valores jurídicos, pone atinadamente de relieve que la individualización del bien protegido es el resultado de la interpretación y, como tal, no puede ayudar a esta. Agréguese que no se puede admitir que se fije con un acto de fe la protección de determinado bien jurídico como finalidad de la norma, procediendo después con el método deductivo a individualizar su contenido, sin negar el fundamento mismo de la actividad interpretativa. Esta debe estar, por el contrario, encaminada, con el correcto empleo de todos los instrumentos exegéticos, a indagar la razón de la disposición, es decir, la exigencia social que la ha determinado, en relación con la realidad que ella presupone en el ámbito de la comunidad en que debe tener vigencia.

En conclusión, el delito será la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal. Por tanto, el solo pensamiento y cometer una acción no constituye delito alguno, ya que para la existencia de éste se requiere de una acción u omisión en el mundo físico. Desde luego, esa acción se traduce en un hacer (acción propiamente dicha) o en un no hacer (omisión), que produzcan un resultado en el mundo físico, es decir, consista en una acción u omisión previstas en la ley penal.

Al decir que la acción u omisión deben ser típicas, es que esa conducta debe encuadrarse en la descripción que de ella hace la ley penal; además de la tipicidad, se requiere la antijuridicidad de la misma conducta, es decir, que la conducta sea contraria al derecho, ya que no existe alguna causa legal que justifique la realización de esa conducta, no obstante que la misma sea típica. Por último, además de la tipicidad y antijuridicidad de la acción u

omisión, para que constituya delito, esa conducta debe ser culpable, debe poder reprocharse personalmente a quien la haya realizado; es la actuación del sujeto.

De todo lo anterior, aparece, pues, que la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho y que ésta, a su vez, implica la tipicidad del mismo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los caracteres ineludibles de todo delito.

2.3.2 Los tipos de delito

El delito es un hecho jurídico, es decir, es un hecho que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente.

Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya. Lo que da lugar a la clasificación de los tipos de delito que hace a continuación:

- Delitos de acción y de omisión, conforme a la conducta que desarrolla el sujeto activo para realizarlo.
- Delitos de sólo de conducta y de resultado, en cuanto a la consecuencia que produce el delito.
- Delitos de daño y de peligro, atendiendo al tipo de resultado que produce el delito.
- Delitos instantáneos y permanentes, por la continuidad de la conducta que requiere para su existencia.

Son delitos de acción los que se cometen por medio de una conducta positiva, es decir un hacer. Los delitos por omisión se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción. Además, existen delitos que, por

su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa.

Los delitos no necesitan resultado material, ya que la sola conducta del sujeto los realiza, son los que se perfeccionan con el cumplimiento de determinada acción u omisión, cuya consecuencia es la no observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico con un hecho, de momento, perceptible. En tanto, que los delitos de resultado son los que para su consumación exigen, además, de la conducta del sujeto activo que se produzca determinado efecto, distinto de la omisión o de la acción; el resultado en estos delitos se observa físicamente en el mundo real. Los delitos se clasifican de esta manera, por que se atiende a la estructura exterior de ellos.

Los delitos de daño requieren para su perfeccionamiento jurídico que el bien tutelado, jurídicamente protegido, sea destruido o disminuido; en tanto en los delitos de peligro, basta que el bien jurídico sea amenazado al realizarse la conducta criminosa, acción u omisión, con la acusación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

Son delitos instantáneos, aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.

En este mismo orden de ideas, atendiendo a la duración de las consecuencias del delito, éstas son permanentes; es decir, hay delitos instantáneos y delitos permanentes, en cuanto

a los actos de su realización con efectos permanentes, cuya característica es la duración de las consecuencias del delito.

Ahora bien, dentro de las especies del delito, que por ser varias, conforme a los fines que se persigan para su tipificación, o conforme al bien jurídico que tutela la ley, entre otros aspectos, como la que se ha realizado al principio de este acápite, tenemos ahora:

Según la intención con que se comete o realiza la acción que da origen al delito, tenemos delitos con intención o dolosos, culposos o contra la intención y los que son cometidos más allá de la intención o preterintencionales.

Si se ha deseado realizar la acción u omisión para la comisión del delito y previsto el resultado del mismo, se está ante un delito doloso. En tanto, que sí se deseaba realizar la acción u omisión, pero no el resultado del delito, se trata de un delito culposo. Y cuando se ha deseado realizar la acción u omisión y no el resultado como consecuencia, en su integridad, sino un efecto menos grave, se trata de un delito preterintencional.

Los delitos tipo, o también simples o netos, son los que se presentan en su puro modelo legal, sin más características que sus elementos esenciales; y los delitos circunstanciados son los que además de contar con los elementos esenciales, se presentan acompañados de circunstancias o accidentes a sus elementos.

Por su efecto, los delitos se consideran simples y complejos, formales y materiales, de lesión y de peligro. Son simples, o unisubsistentes, en el que coincide el momento ejecutivo y el momento consumativo, se realizan ambos en un sólo acto o momento. Los complejos o plurisubsistentes, son aquellos cuya acción ejecutiva consta de varios actos en que puede integrarse. El delito material es el que se consuma al momento de verificarse el resultado material de éste; en tanto que el delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado.

Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza.

Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública (denuncia) o de acción privada (querrela).

2.3.3 Las consecuencias del delito

En este punto ahora desarrollaremos las consecuencias legales de la comisión del delito, desde dos aspectos: el legal de la comisión del delito en sí mismo y las que son propias del sujeto activo del delito, además de las que repercuten en el mundo físico por la comisión del delito, como un hecho que puede apreciarse por medio de los sentidos.

Desde el punto de vista del suceso en el mundo físico, la comisión del delito sucede con la realización de un hecho físico, que puede apreciarse fácilmente, como en el caso del delito de homicidio o de lesiones, no así cuando el delito es de mera conducta, caso en el cual sólo pueden apreciarse las consecuencias del delito ligadas a otro hecho físico, como el caso de las calumnias, donde el desprestigio del sujeto pasivo, en caso de darse, depende de la apreciación subjetiva del sujeto pasivo y de la sociedad.

En este caso, es que la consecuencia del delito será aparte de la que prevé la misma ley penal, pues si bien es cierto que se castiga el hecho, desde el punto de vista jurídico, el suceso en el mundo físico no puede remediarse sólo con una disposición legal. Tal es el caso de los delitos de homicidio o de lesiones, a manera de ejemplo, en los que no obstante se castigue al causante del daño en los bienes jurídicos que protege la ley, como la vida humana en el caso del homicidio, o la integridad del cuerpo y la salud del individuo

en el delito de lesiones, no puede darse o reintegrarse el suceso a su estado anterior, pues la vida perdida ya no se recupera, y cuando las lesiones dejan secuela por imposibilidad de recuperar los miembros lesionados, la consecuencia del delito en el mundo físico es irreparable.

Todo lo anterior, deriva en el aspecto causal del delito, es decir, las causas que motivan esa conducta ilícita, lo cual corresponde a la sociología del delito, el que es tema aparte del que ahora nos ocupa, por lo que no nos ocuparemos más de éste. Aunque sí podemos apuntar que, el hecho que sucede en el mundo físico que da origen al delito, adquiere el carácter de jurídico, por tener consecuencias en el mundo jurídico o del derecho penal, ya que con ese hecho físico se actualiza la hipótesis normativa prevista en la ley penal, con lo cual se convierte en jurídico, con las consecuencias que ya se han apuntado al realizarse el delito.

En conclusión, las consecuencias del delito en el mundo físico, dependerán del tipo de delitos que se cometa, es decir de resultado o de mera conducta, en los que la apreciación de las consecuencias variarán; pero siempre habrá consecuencias en éste.

Ahora, por lo que respecta a las circunstancias de comisión del delito, son las propias que rodean al hecho delictivo, los que constituyen los elementos del mismo, tales como el cuerpo del delito, la conducta típica, antijurídica y culpable, así como la presunta responsabilidad del sujeto activo en el ilícito. Son propiamente las circunstancias que rodean la comisión del delito.

La comisión del delito no es únicamente el suceso previsto en la ley penal, con la afectación del bien jurídico protegido, sino que ése está rodeado de varias circunstancias, tales como la elección de los medios adecuados para lesionar ese bien, que la conducta a desarrollar no tenga alguna excluyente de responsabilidad o in imputabilidad, que no incidan en el sujeto activo; además de que real y efectivamente se obtenga el daño deseado del bien jurídico. Ya que en caso contrario, podemos estar frente a una conducta que no obstante pretender sea delictuosa no constituya delito por la ausencia de ése, como fin.

Lo anterior es entendible, ya que si se pretende causar la muerte a un individuo, estaremos ante el delito de homicidio, pero para ello se requiere que el sujeto a quien se desea privar de la vida, tenga ésta precisamente, vida, pues no se puede matar a un muerto, debe de poseer el bien jurídico protegido por la ley penal, para que pueda darse el resultado previsto, la privación de la vida; de igual manera, que el medio a utilizar o emplear para la comisión del delito sea el idóneo, pues no se puede matar a un individuo con solo desearlo, ya que tiene que emplearse algún medio u objeto apropiado para ello, en este caso el objeto con el que se ejecutará el delito tiene importancia. Y, por último, que efectivamente se realice la conducta que produzca como resulta el delito, es decir, se realice la acción de privar de la vida al individuo, es la realización material del delito.

De no darse las tres circunstancias anteriores, no existirá el delito, ya que no se producirá el resultado previsto en la ley penal, ya sea por la falta de la realización de la conducta adecuada, por la falta del objeto jurídico protegido o por la falta de los medios adecuados a tal fin. En este caso, estaremos ante la tentativa de la comisión de un delito, el de homicidio conforme al ejemplo, o ante una tentativa imposible, ya que no se dan los elementos del mismo previstos en la ley penal.

Ahora respecto de la tentativa imposible, este se da por la falta o la inexistencia del bien jurídico protegido por la ley penal, en el caso del delito de homicidio la falta de vida en el individuo, de cuya vida se desea privar; ya que no obstante que el sujeto muera, puede ser que al momento de pretender privarlo de la vida ya esté muerto, o la causa de la muerte sea una diferente a la que se hubiere empleado para cometer el delito de homicidio.

Ahora, por lo que respecta a las circunstancias propias del sujeto activo del delito, estas se refieren al motivo, causa o conducta que desarrolle el sujeto para la comisión del delito; es decir, el deseo o animo de cometer efectiva y realmente el delito, o solamente de pretender amenazar con cometerlo y, en último caso, cometerlo pretendiendo haberlo realizado sin ánimo alguno de hacerlo.

A partir de estos supuestos es que cobra validez la clasificación de los delitos conforme a la conducta desplegada para su comisión; delitos dolosos, culposos y preterintencionales. Resultando dolosos, aquellos en los que se realizó la conducta conveniente, utilizando los medios idóneos, para obtener el resultado deseado, la comisión del delito ya previsto. Lo que no sucede en los delitos culposos, en los que se presenta el resultado, el delito, sin que se haya deseado cometerlo; pero que, sin embargo, debido a la conducta negligente que observa el sujeto se da el resultado que prevé la norma penal como delito.

Para la imposición de la pena al sujeto activo del delito, es importante que se determine la conducta que desarrolló éste, el ánimo que tuvo para cometer el delito, ya que con ello se demuestra la peligrosidad del sujeto y las posibilidades de reincidencia en el delito de éste, lo que conllevaría la situación de la habitualidad del sujeto activo para el delito.

2.4 Sujetos procesales

2.4.1 El Ministerio Público

El Ministerio Público es una Institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales encargada, según la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica que rige su funcionamiento, del ejercicio de la acción penal pública, así como de la investigación preliminar para preparar el ejercicio de la acción. A estos efectos, también tiene posibilidades de ejercer coerción sobre las personas para poder cumplir con esta función y dirige a la policía en cuanto a la investigación del delito se refiere.

El Ministerio Público se ha desplegado por todo el territorio nacional instalando fiscalías distritales y municipales. El Ministerio Público tiene fiscalías distritales en todas las cabeceras departamentales. Las fiscalías distritales conocen de los delitos que se cometen en su ámbito territorial, que coincide con el departamento.

2.4.2. El imputado

El delito se comete por medio de una acción u omisión, por parte del sujeto activo del mismo, en la comisión del ilícito no solamente intervienen los sujetos activo y pasivo del mismo, sino que existe la intervención de otros sujetos, que si materialmente no realizan el delito sí cooperan con el activo para la realización de éste; éstos son los llamados encubridores y cómplices del sujeto activo del delito, no del delito en sí mismo, ya que el delito es exclusivo del sujeto que realiza la conducta criminosa, pero el auxilio para la comisión de esa conducta es directamente al activo, son las circunstancias que rodean a la comisión del delito y van íntimamente ligadas con el sujeto activo.

2.4.3 El encubridor

El encubridor de un delito, o de la conducta delictiva, la que necesariamente será referida a un sujeto, el activo, es toda persona que teniendo conocimiento del delito y del sujeto que lo cometió, no lo denuncia a la autoridad competente o no da la debida cooperación a la investigación y persecución del mismo, teniendo la obligación de hacerlo.

El encubridor no participa ni coopera de ninguna manera en la planeación, ejecución y materialización del delito o de la conducta delictiva, cuando éstos no requieran resultado material, sino que éste únicamente tiene conocimiento de la realización del delito y de sus sujetos activos y los protege, auxilia o asesora para librarse de la acción persecutora de la justicia; la comisión del delito de encubrimiento se da después de que se comete el delito principal, que es el que se trata de encubrir para que no se conozca por la autoridad o para que no sea perseguido y sancionado.

Por su parte, el cómplice del delito y del agente que comete la conducta delictiva, figura antes de la realización del delito; pues es la persona que auxilia al delincuente, o ejecutor material del delito, a la planeación, ejecución y materialización del delito. La actuación del cómplice llega hasta el momento último inmediato antes de la ejecución del delito, ya que entonces se trataría de una coautoría del delito o pluralidad de sujetos activos.

Por otra parte, la comisión del delito consistente en un hacer determinada conducta, de manera consiente sobre todo; el delito es el resultado material de una conducta considerada como tal, por tanto, la actividad delictiva sólo culminará con la materialización del resultado previsto con ella, es decir, con la obtención del daño al bien jurídico protegido, no antes; por lo tanto, la complicidad será respecto de la conducta del sujeto que va a delinquir, no del delito mismo, en tanto que el encubrimiento será sobre el delito cometido y el sujeto activo del mismo, con lo que se demuestra que esta conducta es más amplia.

De esta manera se han descrito las circunstancias bajo las cuales se desarrolla la comisión del delito, respecto de las personas que intervienen en su comisión, partiendo desde su planeación y preparación hasta su consumación, para después de ésta proceder a la protección del sujeto activo y a la ocultación del delito, con el fin de evitar la sanción a que se ha hecho acreedor el sujeto activo del delito con su conducta. Pues la realización o materialización del delito sólo corresponde al sujeto activo del mismo.

2.4.4 El abogado defensor

El abogado defensor es un abogado colegiado activo, que interviene en el proceso para asistir jurídicamente al imputado. Es un actor del proceso cuya misión se extiende a todos los intereses del imputado comprometidos por causa de la imputación, sean éstos penales, civiles o administrativos. Actúa en el proceso aconsejando, asistiendo y representando al sindicado. El abogado no tiene como obligación el esclarecimiento de los hechos perjudiciales a su patrocinado o la sanción de los culpables. El abogado sólo está obligado a defender los intereses de su patrocinado, siempre a través de medios legales. Además, le está prohibido revelar cualquier tipo de circunstancia adversa a su defendido, en cualquier forma en que la hubiere conocido.

Nuestro ordenamiento penal adjetivo contempla lo relacionado a la defensa material y a la defensa técnica del imputado. En relación a la defensa material establece que la

misma consiste en la facultad del imputado de intervenir y participar en el proceso penal que se instruye en su contra, la facultad de realizar todas las actividades necesarias para oponerse a la imputación. La defensa técnica comprende el derecho que tiene el imputado de ser asistido técnicamente por un profesional del derecho. El imputado tiene la facultad de elegir un abogado de su confianza y si no lo hiciera el Estado tiene la obligación de proveerle un defensor público a menos que quiera defenderse por sí mismo si cuenta con los conocimientos suficientes para hacerlo.

2.4.5. El agraviado o víctima

Víctima es la persona que directamente es afectada en sus bienes jurídicos por la comisión de un delito.

Agraviado es la persona que resulta perjudicada por consecuencia del resultado del delito, esta persona puede ser víctima y agraviado a la vez, también puede ser únicamente agraviado.

El Artículo 117 del Código Procesal Penal denomina agraviado:

1. A la víctima afectada por la comisión del delito.
2. Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima y a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito.
3. A los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen; y
4. A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

2.4.6.- El querellante adhesivo

Es la persona o asociación, agraviada por el hecho delictivo, que interviene en el proceso como parte acusadora, provocando la persecución penal o adhiriéndose a la ya iniciada por el Ministerio Público. Igual derecho puede ser ejercido por cualquier

ciudadano o asociación de ciudadanos contra funcionarios o empleados públicos que hubieren violado directamente derechos humanos en ejercicio de su función, o con ocasión de ella, o cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos que abusen de su cargo.

Los órganos del Estado solamente podrán querellarse por medio del Ministerio Público. Se exceptúan las entidades autónomas con personalidad jurídica y la administración tributaria en materia de su competencia.

La figura del querellante se encuentra regulada en los Artículos del 116 al 123 del Código Procesal Penal.

2.4.7.- El actor civil

El actor civil es el sujeto particular que se introduce en el proceso mientras esté pendiente la acción penal, haciendo valer la pretensión civil surgida del mismo hecho contenido en la imputación. Para ejercer la acción civil en el proceso penal, el titular de la acción deberá constituirse como parte en el proceso, y esta deberá plantearse antes que el Ministerio Público plantee conclusión en la etapa intermedia.

El Artículo 112 del Código Penal, establece que toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente, en consecuencia se tiene que la responsabilidad penal conlleva la imposición de cualquiera de las penas principales y accesorias a que alude el código Penal las que pueden afectar la vida, la libertad personal o el peculio del responsable; con ello el estado en su potestad punitiva, en defensa de la sociedad y en ejercicio del *Ius Puniendi* se ve obligado a sancionar la conducta delictiva de las personas que transgreden la ley penal. La responsabilidad civil que es concomitante o connatural con la responsabilidad penal tiene por objeto lograr el resarcimiento de los daños surgidos con ocasión del delito, los que pueden ser materiales, patrimoniales, personales o morales; ello constituye protección de interés general y tutela de orden social. El ejercicio de la acción civil en el procedimiento

penal comprende la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito conforme a la legislación respectiva.

2.4.8. Tercero civilmente demandado

El tercero civilmente demandado es la persona (individual o jurídica) que debe responder civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito y quien por mandato legal interviene en el proceso como demandado.

El Artículo 135 del código procesal penal regula la figura del tercero civilmente demandado al establecer que: “Quien ejerza la acción reparadora podrá solicitar la citación de la persona que, por previsión directa de la ley, responda por el daño que el imputado hubiere causado con el hecho punible, a fin de que intervenga en el procedimiento como demandado”.

La institución del tercero civilmente demandado se encuentra establecida en los Artículos del 135 al 140 del Código Procesal penal.

CAPÍTULO III

3. Medidas cautelares provisionales

3.1. La citación

La citación es la comunicación que el fiscal o el juez realizan a una persona con el objeto de que comparezca ante ellos para ser notificado, declarar o practicar algún otro acto (reconocimiento, pericia, etc...). La citación es una limitación leve al derecho de locomoción, por cuanto se le impone a una persona la obligación de estar en un lugar determinado a una hora fijada bajo apercibimiento.

En la citación del imputado, rigen las mismas normas que para las citaciones de los testigos. La misma deberá ser realizada de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 173 del Código Procesal Penal. Al respecto, hay que indicar que es obligación constitucional (Artículos 12 y 32) que en las citaciones a los imputados se indique claramente que son emplazados en calidad de tal así como el objeto de la misma. Así mismo, es necesario advertir en la citación que tienen derecho a presentarse con abogado o a exigir uno de oficio.

En aquellos casos en los que se cite al imputado para que declare, el fiscal requerirá la citación al juez para que lo haga en su presencia y con las formalidades de ley, en virtud de que no se trata de una presentación voluntaria. No obstante, podrá ser citado directamente si el objetivo es otro, por ejemplo notificarle el resultado de alguna diligencia, oírlo para aplicar el criterio de oportunidad, o para practicar otras diligencias, el fiscal podrá citar directamente.

3.2. La conducción

En aquellos casos en los que la persona debidamente citada no compareciere si no existe motivo justificado, el Código Procesal Penal faculta al fiscal o al Ministerio Público previa autorización judicial a llevar a cabo la conducción (Artículo 175 Código Procesal Penal). La conducción es el acto mediante el cual una persona es llevada por la fuerza pública ante el juez o el fiscal, debido a que su presencia es indispensable para practicar un acto o notificación.

La conducción es subsidiaria de la citación: para ordenar la conducción es requisito que previamente se haya realizado citación y que el citado no haya acudido sin causa justificada. No obstante, de forma excepcional se puede conducir, sin citación previa, en aquellos casos en los que existiese peligro fundado de que la persona citada se oculte o intente entorpecer la averiguación de la verdad.

Si bien el código faculta genéricamente al Ministerio Público para ordenar la conducción, no podrá ordenarla directamente cuando se trate de imputado. En esos casos deberá realizarla con orden de juez competente.

El fiscal podrá ordenar directamente la conducción de las personas que haya citado, en calidad distinta a la de imputado, que no hayan comparecido. En los casos de conducción sin citación previa será necesaria la orden de juez competente.

3.3. La presentación espontánea

El Código Procesal Penal otorga el derecho a cualquier persona que considere que puede estar sindicada en procedimiento penal a presentarse espontáneamente ante el Ministerio Público pidiendo ser escuchada, sin necesidad de ser citada (Artículo 254 del Código Procesal Penal). Concordante con ello, el Artículo 87 del Código Procesal Penal, señala que el sindicado podrá informar espontáneamente ante el Ministerio Público durante la etapa preparatoria.

De acuerdo a esta normativa, una persona puede presentarse a declarar ante el Ministerio Público para ser escuchado y el fiscal así deberá hacerlo. En cualquier caso, esta declaración debe realizarse con las formalidades que la ley establece para la declaración del sindicado, esto es, es imprescindible que esté presente su defensor y se debe levantar un acta con las prescripciones que se señalan en el Artículo 83 del Código Procesal Penal.

3.4. La retención

La retención es la facultad que tienen diversos funcionarios, en situaciones de urgencia, de limitar la libertad de movimiento de personas, sobre las que surge sospecha de participación o que puedan haber sido testigos de un hecho punible con el objeto de evitar la fuga del imputado y de impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad. La ley es taxativa al señalar los supuestos en los que se puede retener:

- En el primer momento de la investigación de un hecho, el juez o el fiscal podrán disponer que los presentes permanezcan en el lugar, sin comunicarse ente sí, cuando no fuere posible individualizar al autor, los partícipes y los testigos y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la averiguación de la verdad (Artículo 256). En aquellos casos en los que la primera en acudir a la escena sea la policía, esta tendrá también la facultad, pero debiendo informar inmediatamente al Ministerio Público, o si no fuere posible al juez de paz, para que acuda al lugar (Artículo 304 del Código Procesal Penal).
- El juez o el fiscal podrán ordenar que nadie se ausente en el lugar en el que se está realizando una diligencia de inspección o de registro (Artículo 188).

En el caso en el que la retención la realice el juez y existan indicios de que la persona haya cometido un hecho punible, ordenará su aprehensión y deberá comunicarlo al Ministerio Público y al abogado defensor con el objeto de tomarle

declaración. En cualquier caso, esta declaración no podrá realizarse más allá de las veinticuatro horas desde el inicio de la retención. En el caso en el que la retención la realice el Ministerio Público o la policía, cuando existan indicios de que la persona ha cometido un hecho punible, pero no exista peligro de fuga ni de ocultamiento de pruebas, citará al imputado para que concurra ante el juez de primera instancia para que declare. Si existiese peligro de fuga sólo podrá aprehender a la persona si el delito fue flagrante o ya existiese orden judicial de detención.

3.5. La aprehensión

La aprehensión o detención, es una medida de coerción personal, que puede adoptar la autoridad judicial, la policía e incluso los particulares. La detención consiste en la privación de libertad de una persona sobre la que pesa sospecha de comisión de algún hecho delictivo, con el objeto de ponerla a disposición judicial para que preste su declaración. Cumplido este acto, sólo podrá permanecer privado de libertad si se le dicta auto de prisión preventiva. También podrá ordenarse la detención contra una persona condenada en sentencia firme o a la que ya se le haya dictado auto de prisión preventiva y se hubiese fugado. En ese caso, no será necesario tomarle declaración ni dictarle nuevo auto de aprehensión. La aprehensión o detención viene regulada en la Constitución y en el Código Procesal Penal.

CAPÍTULO IV

4. Medidas de coerción

4.1. La coerción en el proceso penal

Como resulta obvio, la sanción en este tipo de procesos es la consecuencia natural de la actuación de la ley material, resultado del haberse comprobado la realización de una conducta típica y antijurídica, por un sujeto capaz, al que puede serle reprochada jurídicamente, y como producto de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal competente. La coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales.

El problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas. Es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provocan la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad.

El aumento desmedido de las penas no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario. La historia ha demostrado que los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad.

4.2. Prisión preventiva

Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que, como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad a la colectividad", asignándole un carácter de "sedante social" frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar.

El problema de la prisión preventiva se vincula con la tensión existente entre las necesidades del estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas.

Es cierto que la delincuencia presenta serios problemas a toda comunidad organizada, pero más dificultades provoca la información periodística sobre el tema, pues no necesariamente corresponde a la realidad.

4.3 Presupuestos para ordenar la prisión preventiva

Podríamos afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones que establecen la libertad de locomoción, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales".

De esta forma la excepcionalidad se convierte en el principio básico que regula la institución y que tiene jerarquía tanto constitucional como internacional al estar consagrada en los instrumentos de derechos humanos, concretamente en el pacto internacional de derechos civiles y políticos, en el Artículo 9 inc. 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general."

4.4. Peligro de fuga

El Código Procesal Penal, contempla en los Artículos 262, el peligro de fuga como presupuesto de la prisión preventiva, con la notable particularidad de que, en el nuevo instrumento, se detallan una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir la existencia del peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

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

4.5. Peligro de obstaculización a la averiguación de la verdad

Como causal de prisión preventiva, el peligro de obstaculización reviste una menor importancia frente al peligro de fuga, pues lo cierto es que puede recurrirse a otras personas, vinculadas con el imputado, para producir alteraciones o falsificaciones de prueba, intimidación de testigos, etc. Lo importante en todo caso sería que, en el caso concreto, se realice un efectivo análisis para demostrar el peligro real de obstaculización, sin que resulte prudente utilizar argumentos tales como la falta de conclusión de las investigaciones, la rebeldía de algunos de los coimputados, o el no haberse localizado testigos importantes.

"La cárcel es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluso, privado de todas las libertades y capacidades que como tal tiene. Se determina en estos sujetos un síndrome de

prisonización o "cultura de la jaula", en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo".

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrán en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría:

- Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba.
- Influir para que computados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
- Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

4.6. Límites de la prisión preventiva

Nadie duda que, el encarcelamiento preventivo -en tanto privación de libertad frente a un inocente- debe tener un carácter excepcional, derivado de la combinación del derecho general a la libertad de locomoción y la prohibición de aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme.

El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad de locomoción, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme.

4.7. Presunción de inocencia

De acuerdo con el profesor Hassemer: ¹"quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria. No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable".

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines solo pueden ser instrumentales, y en virtud de ello nos preocupan los pronunciamientos de nuestros órganos jurisdiccionales cuando ha señalado que no tomar la medida restrictiva cuando se acredite la concurrencia de los supuestos legalmente establecidos que lo permiten, significa "relegar en forma injustificada, al plano de lo irrealizable, objetivos tan importantes como el del logro de la verdad real de los hechos, el de sujeción del acusado a los procedimientos, buscando con ello **asegurar la aplicación de la ley penal**, en virtud de los cuales se permite excepcionalmente restringir la libertad en la fase de investigación. Resulta claro entonces que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

¹ HASSEMER, winfried, "Crítica al derecho Penal hoy", Página 105-118.

4.8. El uso de la prisión preventiva

La prisión preventiva es una privación extrema del derecho a la libertad porque pone a la persona en cuestión bajo pleno control del Estado, no como castigo, sino sobre la base de la presunción de que la persona se fugaría antes del juicio u obstruiría la investigación. En virtud del Artículo 7 de la Convención Americana, una persona detenida conforme a la ley “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso”. Por lo tanto, la prisión preventiva puede ser coherente con la convención solamente cuando es inicialmente justificada y mientras su duración no se vuelva “irrazonable”. Cuando la prisión preventiva se prolonga irrazonablemente, “aumenta el riesgo de invertir la presunción de inocencia”. Como ha indicado la comisión, “la razón de ser de esta garantía es que nadie debe ser castigado sin un previo juicio que incluya una acusación, la oportunidad de defenderse y una sentencia”.

La aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en muchos países de la región y constituye una contravención severa del derecho a la libertad en Guatemala. Según datos oficiales, dos tercios de los reclusos que se encuentran en las prisiones del país están esperando ser juzgados, el 63% de los hombres y casi el 70 % de las mujeres. Aunque se dice con frecuencia que estos datos subestiman la gravedad de la situación, éstos destacan la situación de la vasta mayoría de la población penitenciaria. MINUGUA ha definido que el agudo incremento de la población penitenciaria desde 1995 no refleja un mejor funcionamiento de la administración de justicia, sino el gran número de personas hacinadas en los centros de detención sin un juicio.

En mayo de 1999,² la prensa citó a un funcionario del servicio público de defensa penal que describía la situación de una prisión, diciendo que en Guastatoya, El Progreso, más de 120 detenidos fueron retenidos bajo sospecha de diversos delitos,

² Comisión Interamericana de Derecho Humanos, Organización de Estados Americanos. “**El derecho a la Libertad Personal**” Pág. 111 Correo www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala01sp/cap.7htm. 01/09/2007

sin haber sido formalmente acusados. Habían estado en prisión durante 18, 24 o hasta 30 meses. Puesto que solamente tres causas habían sido llevadas a juicio en 1998 y solamente una había sido juzgada durante el tiempo transcurrido ese año, tenían pocas esperanzas de ser juzgados.

Estudios e informes indican que se retiene a personas en prisión preventiva por una serie de razones frecuentemente correlacionadas que contravienen la legislación interna y el derecho internacional aplicables. Entre éstas están:

- a) La falta de aplicación de medidas sustitutivas como lo exigen la ley y los principios de justicia.
- b) La falta de una investigación inmediata y que demuestre un alto grado de interés.
- c) Las deficiencias en el acceso a asesoría legal.
- d) La demora en el proceso penal y,
- e) En algunos casos, la inversión de la carga de la prueba de manera que el acusado debe probar por qué la prisión preventiva no debía ser ordenada.

La intervención de estos factores se manifiestan en particular en el hecho de que muchas de las personas detenidas por faltas menores en Centroamérica de la ley o quienes de lo contrario hubieran sido sujetas a medidas sustitutivas, son las mismas que carecen de representación legal.

Además, aunque la Constitución y el Código Procesal Penal Oral prohíben expresamente el uso de la prisión preventiva para delitos menores o cuando ésta no es proporcional al delito, los informes indican que tales casos son comunes. Si bien las cifras oficiales correspondientes a 1999 indican que la población penitenciaria detenida por delitos menores era inferior al 4%, MINUGUA verificó que la población detenida por estos motivos fluctúa entre 25 y 30%. Esto no es simplemente un problema con respecto a la prisión preventiva, sino también con respecto a la imposición de penas. Además de contravenir las leyes aplicables, la privación de la libertad personal como

medida preventiva o como sanción por un delito menor, como, por ejemplo, la ebriedad en lugares públicos, carga aún más un ya sobrecargado sistema penitenciario y --en la condición actual del sistema-- usualmente coloca a las personas en cuestión en centros de detención con personas acusadas o sentenciadas por crímenes de violencia.

Las deficiencias del sistema de justicia penal guatemalteco son tales que hay personas bajo prisión preventiva que pueden ser retenidas por períodos que superan aquellos a los que habrían sido condenadas si se hubiese dictado sentencia condenatoria. Estas demoras son un evidente incumplimiento de la convención americana, puesto que violan el principio de que se debe presumir la inocencia de un individuo hasta que se pruebe su culpabilidad y niegan la libertad sin el debido proceso de ley. El presidente de la Corte Suprema de Justicia se refirió a varios de esos casos en una conferencia poco antes de que la comisión llevase a cabo su visita sobre el terreno a Guatemala, citando un caso en el cual el acusado fue retenido por tres años por el supuesto robo de una bicicleta, lo que habría dado lugar a una condena de un año de prisión. En conversaciones con la comisión durante su visita sobre el terreno, el director del centro de detención conocido como "Pavoncito" expresó su preocupación por la situación de los detenidos en su centro que han permanecido allí sin juicio por un tiempo mayor al de la posible sentencia e indicó que había enviado memorándums sobre el tema al fiscal, sin obtener resultados. En algunos casos, los detenidos han permanecido por períodos prolongados en relación a causas en las cuales los expedientes simplemente se habían perdido.

En vista de que los sectores pobres o de alguna manera marginados de la sociedad están frecuentemente en desventaja con respecto al derecho a asesoría legal y otros medios de salvaguarda de sus derechos, éstos están en una situación de especial vulnerabilidad. Esta vulnerabilidad se manifiesta en los numerosos casos de personas pobres, especialmente pobladores indígenas, que son detenidas por infracciones menores. Los investigadores han informado de casos en los cuales los detenidos ni siquiera saben por qué están en prisión. Estas situaciones pueden imponer una tremenda carga sobre los derechos del detenido así como los de sus familiares, cuya

subsistencia misma puede estar en riesgo por la ausencia de una de las personas que mantenían a la familia.

Estas son personas privadas de su libertad que no han sido escuchadas en la sustanciación de la acusación contra ellas y que tienen derecho por ley a la presunción de inocencia. Esta presunción de inocencia es, en realidad, el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva. En consecuencia, la prisión preventiva puede imponerse solamente cuando sea justificada y necesaria para garantizar la comparecencia del acusado a juicio y como protección contra la obstrucción de la justicia en la investigación. En vista de la presunción de inocencia y de la carga impuesto al detenido, el Estado tiene una obligación especial de agilizar el enjuiciamiento y evitar demoras. En Guatemala, como en muchos países de la región, sin embargo, la demora es la regla y el pronto enjuiciamiento es la excepción. Éste es un problema de graves proporciones que conduce a muchas situaciones de injusticia fundamental. En respuesta al proyecto de informe, el estado comento que comparte las preocupaciones indicadas “con respecto al uso indiscriminado que se hace de la figura de la prisión preventiva, como la regla y no como la excepción”. Informó que recientemente se aprobó la realización de una investigación sobre el tema de la prisión preventiva como medida excepcional, con el objeto de agilizar los procesos y garantizar los derechos de las personas detenidas.

CAPÍTULO V

5. Medidas sustitutivas

Realmente el vocablo correcta debiera haber sido el de medidas alternativas. No cabe imponer medidas sustitutivas a la persona que sale en libertad en virtud del Artículo 259, es decir, si los elementos de prueba demuestran que no existen los motivos que fundaron la detención preventiva, pues al no existir fundamento para la imposición de la detención preventiva, tampoco lo existe para la imposición de las medidas sustitutivas. Únicamente en los casos de vencimientos de los plazos Artículos 151-178-179-268 del Código Procesal Penal, sólo debería imponerse medidas sustitutivas de posible cumplimiento, si persistiera el peligro de fuga o el de obstaculización para la averiguación de la verdad.

Las medidas sustitutivas a la detención preventiva sólo pueden imponerse si concurren los siguientes requisitos:

- Que sea improcedente la prisión preventiva o cuando exista duda en la necesidad de disponer la prisión preventiva y se busque una medida menos lesiva (Artículo 264 Código Procesal Penal.) y
- Que no existan peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad. (Artículo 262 y 263 del Código Procesal Penal.)

Caso contrario, no se imponen medidas sustitutivas por parte del juez y el imputado queda en libertad si no existen motivos racionales suficientes para creer que el sindicado ha participado en el ilícito penal investigado, caso contrario el imputado queda en prisión preventiva cuando después de oír al sindicado medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él.

No es necesario imponer primeramente la prisión preventiva para posteriormente poder pasar a las medidas sustitutivas. La medida sustitutiva puede ordenarse directamente. A pesar que el fiscal encargado de la investigación le solicite al juez la Prisión preventiva de un imputado, el juez puede imponerle de oficio medidas sustitutivas por ser menos lesivas. Lógicamente tendrán que concurrir los requisitos para la procedencia de las medidas sustitutivas. El auto que imponga una medida cautelar o la rechace, podrá ser revocado o modificado en cualquier momento por el juez, aún de oficio (Artículos 276 y 277 del Código Procesal Penal).

Los defensores públicos deben empezar a tener más confianza en los jueces contralores y no solicitar ellos mismos, que se le aplique una medida sustitutiva a su cliente -como medida más benigna-, en la suposición que en todos los casos los jueces les aplicarán la detención preventiva.

5.1 Medidas cautelares personales

5.1.1 Definición

Las medidas cautelares son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un proceso penal, con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.

Estas medidas son cautelares porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena. Si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho. Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de tránsito o locomoción, etc.) o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que se ve obligado

a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrado con fines probatorios.

5.1.2. Finalidad

Existen dos clases de medidas cautelares; las de carácter personal y las de carácter real.

- Las medidas cautelares de carácter personal, tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad.
- Las medidas cautelares de carácter real tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas.

La coerción personal es una limitación a la libertad física de la persona; la coerción real importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar... al imputado o a terceros.

5.1.3 Principios que rigen la aplicación de las medidas cautelares

Es importante conocer las características generales de las medidas cautelares, porque esto ayuda a entender mejor el sentido de las mismas y saber aplicarlas con mayores criterios de justicia. Se pueden destacar como principios o características generales de las medidas cautelares los siguientes:

Excepcionalidad: En vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia, la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar, y ésta nunca procedería de manera generalizada. La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar

los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad.

Proporcionalidad: Porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar. La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.

Instrumentalidad: Ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma. La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria -no son penas- sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva. Así por ejemplo, para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc. - lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad-, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación.

Temporalidad: La medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo. Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la

obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

Revisabilidad: Porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación.

Jurisdiccionalidad: Pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces.

Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente -más aún dentro de la lógica de las garantías- que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial.

5.2 La medida cautelar y los principios constitucionales del juicio previo e inocencia

Por restringir, limitar o afectar derechos constitucionalmente garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, las medidas cautelares deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales. Dado que pareciera que pudiera existir colisión o contradicción entre estas garantías y la aplicación de medidas cautelares (tanto personales como reales) es que vamos a tratar en este rubro dos de ellas, que tienen estrecha relación con la imposición de medidas cautelares y que son: el principio del juicio previo y el principio de inocencia.

5.2.1 Juicio previo

Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido citado, oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta con sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado. De este precepto se pueden deducir tanto la forma de imponer un castigo así como la autoridad competente para imponerla, que es el juez. La cuestión en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste funcionará la garantía del Artículo 1 del Código Penal, y 17 de la Constitución de la República de Guatemala. La medida cautelar no se contrapone al principio del juicio previo, en la medida que no debe considerársele “pena anticipada”, sino un instrumento que garantice la presencia del imputado en el juicio. Es por ello que la imposición de medidas cautelares debe producirse únicamente por la necesidad de que el imputado no se someterá al proceso o obstaculizará la averiguación de la verdad.

5.2.2. El principio de inocencia

Este principio fundamental del Estado de Derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la aplicación de las medidas cautelares y sobre todo, la detención preventiva. Este principio nos dice, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme. La necesidad emerge directamente del juicio previo, de ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso. El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso

excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación.

5.3 Clases de medidas cautelares

Como ya hemos dicho, las medidas cautelares pueden ser de carácter personal o de carácter real, es decir que pueden recaer sobre los derechos personales de los ciudadanos o sobre los reales. Nuestro Código Procesal Penal reconoce entre las medidas cautelares de carácter personal y real las siguientes:

- El Arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Por domicilio, según la ley civil hay que entender la circunscripción departamental y por residencia, la casa de habitación. Por ello, al dictarse la medida de arresto domiciliario, el juez tendrá que aclarar si el imputado no puede salir del departamento o no puede salir de su casa de habitación. Por tal razón, se debe ser cuidadoso a la hora de solicitar la medida de coerción aclarando el fiscal que tipo de medida entiende que se debe aplicar. Puede solicitarse que el imputado, además de estar arrestado en su domicilio o en su residencia, sea vigilado por la autoridad policial, con el objeto de asegurar su presencia y evitar su fuga.

- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal. Otra medida de coerción prevista es la de someterse al cuidado de una Institución, tanto estatal como no gubernamental o de una persona determinada. La institución se compromete a informar periódicamente sobre el imputado e inmediatamente en caso de fuga. Por ejemplo, en caso de un imputado con adicción a las drogas, podría someterse al cuidado de alguna Institución de deshabituación. En caso que la autoridad sea no gubernamental o se trate de una persona, ésta deberá dar antes su consentimiento por escrito y comprometerse a informar. Esta medida puede ser muy utilizada en pueblos y las ciudades pequeñas donde es

fácil encontrar iglesias u organizaciones que puedan aceptar el cuidado del imputado y asegurar su presencia en juicio.

- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe. Esta medida es comúnmente utilizada en otros países, habiendo demostrado su eficacia. El juez designará la autoridad ante la que el imputado puede presentarse, siendo lo recomendable que no se encuentre a mucha distancia de su lugar de residencia, (por ejemplo el juez de paz). La periodicidad de la presentación puede variar según las circunstancias, podrá ser diaria, semanal, quincenal, mensual o cualquier otra que se establezca, siempre que el tiempo de presentación tenga por objeto cumplir con evitar el peligro de fuga. Debe tenerse presente que no debe abusarse de esta medida y debe permitirse el normal desarrollo de la vida del imputado. Si bien el encargado de controlar la medida es el juez, el fiscal debe recabar periódicamente información ante la autoridad designada sobre si el imputado cumple con la medida impuesta en los tiempos fijados. En caso que cumpla y si se considera que ha demostrado su voluntad de concurrir cuando sea citado puede solicitar la reducción de la periodicidad en la presentación o ser sustituida por otra medida; en caso que no cumpla y se tema por su fuga, puede solicitarse una medida más grave o incluso, la prisión preventiva, debiéndose solicitar previamente su aprehensión.

- La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal. Este inciso incluye como medida de coerción el arraigo (prohibición de salir del país) para lo cual se enviarán las comunicaciones pertinentes para evitar su fuga. De la misma forma, la medida puede circunscribir el ámbito territorial aún más si se considera oportuno para asegurar su presencia. Si se pretende que no salga del departamento o del municipio donde reside así debe declararse en la resolución o en el requerimiento del fiscal, de modo que es a través de ésta medida y no del arresto domiciliario como se asegura su libertad de locomoción sólo dentro de un

ámbito territorial determinado. Para asegurar esta medida, se puede ordenar el secuestro del pasaporte.

- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares. Esta medida puede ser utilizada para evitar el contacto entre el imputado y la víctima o para evitar que el imputado pueda, eventualmente influenciar sobre testigos o sobre alguna prueba que realizar.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. Con el mismo objeto que la medida anterior, se prohíbe tomar contacto con personas que resulten importantes como órganos de prueba o para evitar nuevos hechos delictivos. Se hace la salvedad, que incluye también al inciso anterior, que no se debe afectar la defensa, por lo que no es posible, por ejemplo, evitar el contacto con posibles testigos o con su abogado.
- La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas. La prestación de la caución económica puede darse a través de las distintas figuras enumeradas en este inciso. Es importante destacar que esta caución debe guardar relación con el patrimonio del imputado, con el objeto de no tornarla de cumplimiento imposible. Por ello el fiscal, antes de solicitar la imposición de esta medida deberá valorar la situación socioeconómica del sindicado.

El Decreto 32-96 de reforma del Código Procesal Penal, vinculó el monto de la caución al daño producido. Dicha reforma es criticable por cuanto demuestra un error conceptual, ya que esta medida tiene por fin asegurar la presencia del imputado en el proceso y no la de asegurar responsabilidades civiles. La reparación del daño se asegura a través de las medidas coercitivas de carácter real.

El imputado o el fiador, podrán solicitarle al juez el cambio de la caución económica fijada, por otra de igual valor (ver Artículo 269 último párrafo). Por ejemplo, cambiar una hipoteca por un depósito de dinero.

En el caso de producirse rebeldía, o cuando el condenado se sustrajere a la ejecución de la pena, se ejecutará la caución de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 270 del Código Procesal Penal. Si finaliza el proceso y el imputado acudió a todas las citaciones y no se sustrajo a la ejecución de la pena, se cancelará la caución y devolverán los bienes, conforme al Artículo 271 del Código Procesal Penal.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación. En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

El Decreto 32-96 del Congreso de la República creó a través del Artículo 264 bis, un mecanismo para agilizar la concesión de la medida sustitutiva de arresto domiciliario en los delitos cometidos por hechos de tránsito. La medida puede ser concedida por un notario, juez de paz o por el propio jefe de la policía. Para la concesión de la misma podrá constituirse fiador. Cuando el juez de primera instancia reciba el proceso, podrá mantenerla o sustituirla por cualquiera de las otras. Este procedimiento agilizado no podrá aplicarse en los casos de que el inculpado se encuentre en estado de ebriedad o intoxicación, sin licencia de conducir, sin haber ayudado a la víctima o cuando se hubiere dado a la fuga. Tampoco podrá acogerse a este procedimiento, el conductor de transporte colectivo.

La imposición de medidas cautelares no debe volverse un trámite mecanizado por parte de los jueces y su solicitud tampoco debe serlo de parte de los fiscales. Cada caso y circunstancia son distintos y personalísimos y en ese mismo sentido y contexto deben analizarse. Para efectos de ordenar la detención preventiva, el tipo de delito no es requisito para su interposición. La detención preventiva debe imponerse, si existe el peligro de fuga del lugar del hecho, peligrosidad u obstaculización a la averiguación de la verdad. No puede expedirse ninguna orden de detención preventiva contra el aprehendido, basada en el hecho que no declare o no ayude a aclarar las circunstancias del hecho delictivo. El aprehendido, en virtud del principio de inocencia, no está obligado a colaborar ni a confesar contra sí mismo para aclarar los hechos y por el contrario, es a la fiscalía y a los investigadores policiales a los que les compete presentar todas las pruebas de cargo que prueben su culpabilidad o participación en el hecho que se le atribuye. La duración de la detención preventiva no excederá el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga ni tampoco el plazo de doce meses, sin que se haya dictado sentencia.

5.3 Duración y revisión de las medidas de coerción

La detención preventiva debe cesar:

- Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida;
- Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga; y
- Cuando su duración exceda de doce meses sin que se haya dictado sentencia. Otorgar una fianza significa, que el imputado pueda hacerla efectiva.

A diferencia de lo que ocurre con la prisión preventiva (Artículo 268 del código Procesal Penal), el Código Procesal Penal no establece un límite temporal genérico a

la duración de la medida sustitutiva. Sin embargo, si establece un tope para la medida sustitutiva durante el procedimiento preparatorio. En efecto, el Artículo 324 bis, especifica que la medida no podrá durar más allá de los seis meses a partir de haberse dictado el auto de procesamiento.

El auto que impone una medida de coerción es revocable o reformable. Esta revisión puede ser solicitada por el imputado, su defensor, el fiscal o de oficio por el juez (Artículo 276 del Código Procesal Penal). Es importante destacar que la revisión no es una audiencia en la que las partes presenten pruebas ante el juez. En esta audiencia no se va a resolver sobre la responsabilidad penal del imputado, si no sobre su situación personal mientras dure el procedimiento. El juez va a decidir en base a la prueba recabada por el Ministerio Público. Si la defensa y la querrela tienen elementos de convicción que considere que pueden variar la situación personal del imputado, deberá ponerlos a disposición del fiscal para que este lo agregue a lo ya actuado y posteriormente solicitar al juez la revisión de la medida. Por ejemplo, si un defensor tiene testigos que pueden desvirtuar los indicios de que la persona cometió el hecho o reducir el peligro de fuga, deberá presentarlos al Ministerio Público para que los oiga y luego solicitar al juez la audiencia de revisión de la medida y no presentarlos directamente en la audiencia para ser oídos por el juez.

La revisión puede versar sobre todos los elementos que motivaron la prisión, es decir, tanto sobre la existencia de motivos racionales para creer que el imputado es autor o partícipe del delito como sobre la variación del peligro de fuga o de obstaculización de la investigación.

CAPÍTULO VI

6. Medidas desjudicializadoras

6.1 Criterio de oportunidad

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

También se podrá aplicar el criterio de oportunidad a favor de cómplices y encubridores cuando declaren en el proceso encubriendo a los autores. El Decreto 79-97 del Congreso de la República reformó el régimen del criterio de oportunidad, modificando el Artículo 25 del Código Procesal Penal y creando los Artículos 25bis, ter, quáter y quinquines.

6.1.1 Objetivo

El criterio de oportunidad nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar las causas en las que va a trabajar. El fiscal no puede atender por igual a todos los casos que incesan en su oficina, por lo que debe elegir aquellos que ameritan una investigación. Esta selección ya se daba en el sistema anterior y se da en cualquier sistema procesal del mundo. La diferencia es que al normarla, se fija un criterio y unos límites. De esta manera la decisión del Ministerio Público es controlable.

Por otra parte, no tenemos que olvidar que el proceso penal debe ser un sistema de transformación o resolución de conflictos. Indudablemente, es el sistema más drástico ya que hace intervenir al Estado con todo su poder coactivo. Por ello es obligación del

Ministerio Público evitar la entrada en el proceso penal de aquellos casos que se hayan solucionado o puedan fácilmente resolverse mediante un acuerdo entre las partes.

En resumen, podemos decir que el objetivo del criterio de oportunidad, tal y como está diseñado en nuestra ley procesal penal, es doble: Por un lado la descarga de trabajo para el Ministerio Público y por otro la intervención mínima del Estado en problemas que pueden resolverse a través de la conciliación entre las partes, recogándose de esta manera los principios humanizados y racionalizados del derecho penal moderno.

6.1.2 Supuestos

El Criterio de Oportunidad podrá aplicarse en aquellos casos en los que:

- Se trate de delitos no sancionados con pena de prisión.
 - Se trate de delitos perseguibles por Instancia Particular (Ver Artículo 24 ter).
 - Se trate de delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años. En estos casos, habrá que acudir al Código Penal para determinar si el máximo de la pena a imponer para el tipo penal aplicable, supera o no los cinco años. Este análisis deberá hacerse tomando en cuenta el conjunto del articulado del Código y no solo el tipo básico del delito que se analiza.
 - La responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima. En este punto tenemos que distinguir dos situaciones
- *Culpabilidad Mínima*: El Ministerio Público podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en aquellos casos en los que no haya elementos suficientes para eximir al sindicado por una causa de in imputabilidad (Artículo 23 Código Penal)

o por una causa de inculpabilidad (Artículo 25 Código Penal), pero su culpabilidad sea muy limitada. Un ejemplo sería el de un hurto cometido por una persona hambrienta pero no en grado suficiente como para aplicar la eximente de estado de necesidad.

- *Participación Mínima:* Habrá contribución mínima a la perpetración del delito cuando, si bien de alguna manera contribuyó a que este se diese, su actuar fue prácticamente irrelevante.

En ambos casos el criterio determinante ya no será el impacto social del delito si no la circunstancia especial del imputado y su grado de responsabilidad. Por ejemplo podría aplicarse el Criterio de Oportunidad a una persona que participó en un asesinato pero coaccionada aunque no hasta el extremo de excluir la culpabilidad. Por no ser el hecho, el criterio determinante, si no las circunstancias del autor, no existe el límite de los cinco años en cuanto a la pena prevista.

- *El inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.* Este supuesto es el que la doctrina denomina pena natural. La ley guatemalteca sólo lo admite en los casos de delitos culposos. Los casos mas frecuentes se darán en el ámbito de los delitos de tránsito, por ejemplo una persona que por manejar en forma imprudente produce un accidente a consecuencia del cual, fallece su hijo.

6.1.3 Limitaciones

No obstante lo señalado en el literal anterior, no podrá aplicarse el criterio de oportunidad cuando:

- A criterio del Ministerio Público, el delito puede afectar o amenazar gravemente al interés público y a la seguridad ciudadana.

- El delito ha sido cometido por funcionario o empleado público con motivo o en ejercicio de su cargo.

6.1.4 Requisitos

Para poder aplicar el criterio de oportunidad será necesario (Artículo 25 bis)

- *Autorización Judicial:* La autorización Judicial la dará el Juez de Primera Instancia. No obstante, podrá darla el Juez de paz cuando el criterio de oportunidad se solicita por un delito de acción pública con pena inferior a tres años (incluyendo obviamente los delitos sancionados con una pena no privativa de la libertad). La función del juez es controlar que en el caso concreto se cumplen todos los requisitos exigidos por la ley. El juez no podrá entrar a valorar la conveniencia o no del criterio, si no si la petición es acorde a lo dispuesto por la ley. En cualquier caso, si el juez deniega la aplicación del criterio de oportunidad, estará forzado a motivar su resolución (Artículo 11 bis del Código Procesal Penal).
- *Consentimiento del agraviado si lo hubiere.* En este punto, el fiscal debe realizar una tarea de convencimiento a la víctima, haciéndola ver que posiblemente salga más beneficiada con el criterio de oportunidad que si se sigue proceso contra el imputo. En aquellos casos en los que, realizada las citaciones no compareciese el agraviado, no quedaría más remedio que continuar el proceso. No obstante, podrían buscarse otras vías de salida, como la suspensión condicional de la persecución penal o el procedimiento abreviado. En aquellos casos en los cuales el agraviado sea la sociedad, se entiende que el consentimiento lo presta el Ministerio Público.
- *Que el sindicado haya reparado el daño o se haya llegado a un acuerdo para la reparación.* En relación a este punto hay que analizar distintas situaciones:

- ❖ Obviamente, no será necesario reparar daño cuando éste no se dio. De lo contrario estaríamos llegando a la absurda situación por la que en los delitos con daño se podría aplicar el criterio de oportunidad mientras que en los que no han producido daño no cabría.

- ❖ En el caso de que el daño no pueda satisfacerse en forma inmediata, deberá asegurarse su cumplimiento. A tal efecto, el código prevé que el acuerdo de conciliación realizado ante el juez de paz tenga valor de título ejecutivo. Obviamente, las partes tienen libertad para acordar otras garantías como hipotecas, prendas, fianzas... en cualquier caso, el fiscal no debe proponer el criterio de oportunidad cuando dude que la reparación se realice.

- ❖ Cuando el daño producido no afecte a persona individual en concreto, si no a la sociedad, el imputado deberá haber reparado el daño o garantizar su reparación en el plazo máximo de un año. En caso de insolvencia, el juez podrá sustituir la reparación por la realización de una actividad en servicio a la comunidad, por periodos de entre quince y veinte horas semanales y por un plazo no superior al año. Así mismo, el tribunal podrá imponer la realización de las normas de conducta y abstenciones que el tribunal señale, de entre las descritas en el Artículo 25 bis del Código Procesal Penal.

- ❖ Que el sindicado no haya sido beneficiado previamente por la abstención del ejercicio de la acción, por la comisión de un delito doloso que haya dañado o puesto en peligro el mismo bien jurídico (Artículo 25 quinquies del código Procesal Penal). Por ejemplo si ya se le concedió un criterio de oportunidad por una estafa, no podrá concedérsele de nuevo por un hurto, ya que en ambos casos se afecta al bien jurídico propiedad. No obstante, si será posible conceder un criterio de oportunidad por unas lesiones leves, si a la persona se le concedió previamente por lesiones culposas. La ley exige al Ministerio Público que tome las medidas para dar estricto cumplimiento a esta norma. Finalmente, a

diferencia del procedimiento abreviado, la ley no exige que el imputado reconozca de forma expresa los hechos.

6.1.5 Efectos

Pasado un año, desde que la aprobación del criterio de oportunidad quedó firme, sin que el mismo haya sido impugnado, se producirá la extinción de la acción por lo que el estado ya no podrá perseguir a esa persona por esos hechos. La impugnación al criterio de oportunidad podrá realizarse cuando se demuestre que hubo fraude, 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 hubiera permitido la aplicación del criterio de oportunidad (Artículo 25 bis Código Procesal Penal). No obstante, el mero incumplimiento de las obligaciones civiles de reparación no provoca la anulación del criterio de oportunidad, si no que será necesario demostrar que el impago se debe a fraude, dolo, simulación o violencia.

El Artículo 286 del Código Procesal Penal faculta al Ministerio Público a reiniciar la acción, cuando lo considere conveniente, siempre y cuando no haya caducado la acción. Obviamente, tras la reforma 79-97, hay que interpretar este artículo en forma limitada, por cuanto el fiscal sólo podrá reabrir el proceso si demuestra que se dan las condiciones señaladas en el párrafo anterior. Si el imputado entiende que el fiscal no tiene elementos para abrir la acción, o que esta caducó por falta de acción, conforme al Artículo 294 del mismo código. Así mismo, el juez podrá declararla de oficio.

6.1.6 Momento procesal

La aplicación del criterio de oportunidad podrá darse desde que se tiene conocimiento del hecho delictivo hasta el comienzo del debate (Artículo 286 de Código Procesal Penal). No obstante, lo conveniente es que el criterio de oportunidad se aplique lo más rápidamente posible ya que de lo contrario uno de los objetivos de esta

figura, como es la descarga de trabajo para el Ministerio Público quedaría prácticamente sin efecto.

Si bien la solicitud de abstención en el ejercicio de la acción es una facultad eminentemente fiscal, la reforma del artículo 79-97, faculta tanto al imputado como al querellante, la provocación de una audiencia de conciliación (Artículo 25 ter, Código Procesal Penal), a las que las partes, incluyendo al fiscal deberán acudir. En cualquier caso, no parece admisible que el juez pueda conceder el criterio de oportunidad si el fiscal se opone al mismo, por cuanto la Constitución de la República de Guatemala, establece claramente que el ejercicio de la acción penal pública corresponde al fiscal general.

Por lo tanto podemos afirmar, que las partes podrán iniciar el procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad, pero será necesaria la aprobación de parte del fiscal.

6.1.7 La conciliación y la mediación

Cuando el criterio de oportunidad se solicite para hechos en los que hay una víctima conocida, se podrá realizar una audiencia de conciliación, dirigida por el juez de paz. A dicha audiencia acudirá el Ministerio Público o el síndico municipal, el imputado y la víctima, pudiendo estar acompañados de sus abogados. Si se llegase a un acuerdo se podrá levantar un acta, en la que se especificarán los términos del acuerdo. El acta tendrá valor de título ejecutivo para la acción civil, (Artículo 25 ter del Código Procesal Penal).

No obstante, las partes con la aprobación del Ministerio Público podrán acordar someter el conflicto a centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia. Del acuerdo obtenido se levantará acta que será presentada ante el juez de paz, para que a través de un breve decreto judicial, le de valor del título

ejecutivo para el ejercicio de la acción civil, siempre y cuando el acuerdo no viole la Constitución o Tratados Internacionales en Derechos Humanos (Artículo 25 quáter).

Para lograr el acuerdo entre las partes, se podrá recurrir a los usos y costumbres de las diversas comunidades para la solución de conflictos, los principios generales del derecho o la equidad (Artículo 25 bis del Código Procesal Penal).

6.1.8 Procedimiento

Si bien la reforma 79-97 estableció algunas líneas de procedimiento, estas no deben entenderse en un sentido excesivamente formalista, por lo que siempre debe buscarse la solución más ágil, respetando los derechos y garantías de las partes.

De acuerdo con lo dispuesto en la ley se distinguen varios procedimientos, en función de sí hay agraviado conocido o no, de esta forma tenemos:

- *No existe daño, ni agraviado:* En estos casos, la petición se interpondrá ante el Juez de Primera Instancia o ante el Juez de Paz, en función de sí el delito lleva aparejada pena superior o inferior a los tres años de encarcelamiento. El juez verificará que se dan las condiciones de ley y que existe acuerdo por parte del Ministerio Público (en el caso de que no haya sido el fiscal quien solicitó aplicar el Criterio de oportunidad) y sin más trámite resolverá.
- *Existencia de un daño cometido a la Sociedad:* En estos casos, el Ministerio Público solicitará la aplicación del Criterio de Oportunidad ante el Juez de Primera Instancia o el Juez de Paz, en función del delito imputado. El Juez verificará que el sindicado ha reparado el daño o que haya otorgado garantías suficientes de resarcimiento en el plazo de un año. Si el imputado fuera insolvente, el juez podrá imponerle la prestación de servicio social a la comunidad y el cumplimiento de reglas de conducta (artículo 25 bis del Código Procesal Penal). Es recomendable que el fiscal en su escrito le sugiera al Juez el servicio social o las reglas de conducta a imponer.

- *Existencia de daño ocasionado a Tercero:* En estos casos, habrá que distinguir:
 - Si las partes no han llegado a un acuerdo, se solicitará al juez de paz que convoque a una audiencia de conciliación (Artículo 25 ter del Código Procesal Penal).
 - Si las partes ya han llegado un acuerdo, directamente entre ellos o a través de un centro de mediación (Artículo 25 quáter del Código Procesal Penal) presentarán ante el juez de paz el acta del acuerdo, para que se le confiera la categoría de título ejecutivo.

Producido el acuerdo, se presentará este, junto con la petición de aplicación del criterio de oportunidad al juez competente (juez de paz o de Instancia, según el caso) para que lo autorice. El juez verificará que se cumplen los requisitos establecidos por la ley y que existe, si no lo presentó el mismo, opinión favorable del fiscal. Obviamente, si se produce conciliación ante el juez de paz y este es competente, en el mismo acto se emitirá resolución de aplicación de criterio de oportunidad.

6.1.9 La actuación del síndico municipal

En aquellos municipios del interior de la república, cuando no hubiere fiscales, actuarán los síndicos municipales en representación del Ministerio Público para la aplicación del criterio de oportunidad, salvo que el fiscal de distrito lo resuelva por si mismo o a través de un agente o auxiliar fiscal (Artículo 85 Ley Orgánica del Ministerio Público). Es labor del jefe distrital asegurarse que los síndicos encargados de la aplicación del criterio de oportunidad sean debidamente instruidos acerca del alcance y supuestos de estas medidas.

6.1.10 Recursos

Tenemos que distinguir tres situaciones:

El juez de primera instancia o el juez de paz autoriza la abstención del ejercicio de la acción penal: Frente a la admisión de un criterio de oportunidad por el juez de primera instancia o juez de paz, se puede recurrir en apelación (Artículo 404 del Código Procesal Penal, inciso 5). Cuando el criterio de oportunidad genere el sobreseimiento, se podrá recurrir en apelación (Artículo 404 del Código Procesal Penal, inciso 8) o en apelación especial (artículo 415 del Código Procesal Penal).

El juez de primera instancia no autoriza el criterio de oportunidad: En este caso, tan solo cabría la reposición (Artículo 402 del Código Procesal Penal, ya que la apelación está claramente reservada para los casos de admisión.

El juez de paz no autoriza el criterio de oportunidad: El artículo 404 del Código Procesal Penal señala en su inciso final que son apelables los autos dictados por los jueces de paz relativos al criterio de oportunidad. Al no hacerse distinciones, interpretamos que son tanto los que lo admiten como los que lo deniegan.

6.1.11 Caso especial de criterio de oportunidad

El Decreto 114-96 de reforma al Código Procesal Penal introdujo otro supuesto de abstención en el ejercicio de la acción penal, mantenido en la reforma del Decreto 79-97. Se trata de la aplicación del criterio de oportunidad a favor de los cómplices o encubridores de una serie de delitos, cuando declaren en el proceso incriminando a los autores. Por sus notables diferencias con respecto a los otros supuestos, se hace un estudio separado.

- Que el imputado sea partícipe o encubridor de uno de los delitos enumerados en el Artículo 25 inciso 4 del Código Procesal Penal. Por lo tanto no podrá

aplicarse para tipos penales distintos de los citados en la ley, ni cuando el imputado haya actuado como autor.

- Que el imputado declare en el proceso, aportando elementos que contribuyan eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores materiales e intelectuales de los citados delitos. La valoración sobre la eficacia de la declaración corre a cargo del fiscal.

Este criterio de oportunidad puede aplicarse a funcionarios públicos que hayan cometido hechos delictivos con motivos o ejercicio de su cargo.

A diferencia del resto de los supuestos, en estos casos no existe un control por parte del juez de primera instancia o el juez de sentencia, por cuanto estos están obligados por el pedido del Ministerio Público. Por ello, el fiscal será el único responsable por la abstención de la persecución penal.

Cuando a criterio del fiscal haya que aplicar esta figura, lo comunicará al juez, quien queda vinculado por el pedido del Ministerio Público. En ese momento, se le tomará declaración, como prueba anticipada (Artículo 317 del Código Procesal Penal), dictándose posteriormente el sobreseimiento, independiente que se haya iniciado o no la acción. El auto de sobreseimiento dictado por el juez de primera instancia podrá ser recurrido en apelación y si lo dictó el tribunal de sentencia, en apelación especial.

6.2 La conversión

6.2.1 Concepto

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

6.2.2 Objetivo

Con la conversión se pretende liberar al Ministerio Público de la obligación de intervenir en aquellos casos en los que no haya intereses públicos afectados y que puedan ser tratados como delitos de acción privada. Por otra parte, para la víctima resulta mucho más interesante y ventajoso un proceso en el cual tiene el dominio absoluto en el ejercicio de la acción. El Artículo 483 del Código Procesal Penal faculta al desistimiento expreso, con la anuencia del querellado y sin responsabilidad para el querellante. El desistimiento expreso supone la extinción de la acción o de la pena. De esta manera, el querellante tiene un arma de negociación a la hora de poder llegar a un arreglo con el imputado, cosa que no sucede en el procedimiento común

6.2.3 Supuestos

Los supuestos en los que puede convertirse la acción son los siguientes:

- Cuando se trate de los supuestos en los que cabe el criterio de oportunidad pero este no se hubiese podido aplicar (Artículo 26 numeral primero del Código Procesal Penal).
- En los delitos que requieran denuncia o instancia particular (Artículo 24 ter del Código Procesal Penal) a pedido del legitimado a instar (Artículo 26 numeral segundo del Código Procesal Penal). La ley exige que el Ministerio Público lo autorice. Esta autorización tendrá que basarse en:
 - ✓ La no existencia de un interés público gravemente comprometido.
 - ✓ Que el agraviado garantice una persecución penal eficiente.

- ✓ En cualquier delito contra el patrimonio, excepto los delitos de robo agravado (Artículo 252 del Código Penal) y Hurto Agravado (Artículo 247 Código Penal), a pedido del legitimado a instar (Artículo 26 numeral tercero Código Procesal Penal). La ley exige los mismos requisitos que en el punto anterior, es decir, que tenga la autorización del Ministerio Público ya que no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente.

6.2.4 Requisitos

Para poder convertirse la acción de ejercicio público en acción privada, será necesario:

- Que los hechos que dieron lugar a la acción no produzcan impacto social. la valoración del impacto social corresponde al fiscal que deberá tener en cuenta las instrucciones del fiscal general.
- Que exista al menos el consentimiento del agraviado. En los supuestos del Artículo 26 numeral segundo y tercero debe existir una petición expresa. En los supuestos del Artículo 26 numeral primero, la ley no exige de forma explícita manifestación alguna de la víctima, (salvo el supuesto descrito en el último párrafo del Artículo 24 ter) pero por la naturaleza misma de la figura, esta no se puede dar si en quien recayese el ejercicio de la acción no estuviese de acuerdo.

Hay que destacar que para la conversión no se precisa la aceptación del imputado ni la autorización del juez de primera Instancia, aunque sí existe un control indirecto a través del tribunal de sentencia que decide sobre la admisión de la querella.

6.2.5 Efectos

La conversión supone la transformación de la acción penal pública en una acción penal privada. El ejercicio de la acción ya no está en manos del Ministerio Público si no en manos de las víctimas. Una vez transformada la acción, no es posible la vuelta a una acción penal pública ya que el desistimiento en la acción penal privada provoca el sobreseimiento (Artículo 482 del Código Procesal Penal). La acción se entenderá transformada cuando el tribunal de sentencia admita la querella.

6.2.6 Momento procesal

La ley no fija ningún momento específico en el cual se tenga que producir la conversión. Sin embargo, en base al objetivo de esta figura, lo conveniente es realizar la conversión al inicio del procedimiento preparatorio.

6.2.7 Procedimiento

Al igual que en otras figuras, el código no detalla un procedimiento específico. Ello le da mayor libertad al fiscal quien buscará la forma más sencilla en cada uno de los casos. El fiscal deberá motivar al agraviado y a su abogado para que recurran a ésta figura. En numerosas ocasiones, los abogados prefieren usar la vía penal común, pues la equiparan a la prisión y sienten que de esta manera el imputado está mucho más presionado. En la medida en la que el proceso penal común deje de ser un sinónimo de cárcel provisional para el imputado, el agraviado verá la utilidad de un proceso mucho más rápido y ágil.

En general será necesario levantar acta de la decisión del Ministerio Público de convertir la acción para que el tribunal de sentencia tenga conocimiento de la misma. Esta se entregará al futuro querellante, junto a lo actuado, quedando una copia en el Ministerio Público. Al momento de presentar su querella, conforme al procedimiento por delito de acción privada, la víctima adjuntará el acta. No obstante, el tribunal

podrá no admitir la querrela conforme al Artículo 475 del Código Procesal Penal. En esos casos, el mismo tribunal deberá poner en conocimiento del Ministerio Público la resolución para que prosiga el proceso por el procedimiento común.

6.2.8 Recursos

La decisión de conversión no está sujeta a control del juez de primera instancia. No obstante, el tribunal de sentencia puede in admitir la querrela, conforme al Artículo 475 del Código Procesal Penal, si entiende que el caso no era convertible. Frente a esta decisión, el querellante podrá interponer recurso de apelación especial (Artículo 415 Código Procesal Penal). Sin embargo el Ministerio Público no podrá recurrir ya que no es parte en ese nuevo proceso. Si el querellante no recurre, o si habiendo recurrido la sala lo declara sin lugar, el tribunal informará al Ministerio Público quien deberá iniciar la acción pública.

6.3 Suspensión condicional de la persecución penal

6.3.1 Concepto

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

6.3.2 Objetivo

El objetivo principal de esta figura es evitarle al imputado el desarrollo de todo un proceso en su contra, cuando la consecuencia del mismo posiblemente va a ser la suspensión de la ejecución de la condena (Artículo 72 del Código Penal). Así mismo se evita la estigmatización que supone tener una condena y antecedentes penales. Por otro lado supone también una reducción en el trabajo para el Ministerio Público.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el criterio de oportunidad o en la conversión, este objetivo es secundario.

6.3.3 Supuestos

La suspensión condicional de la pena podrá aplicarse en aquellos delitos cuya pena máxima no exceda de los cinco años y en los delitos culposos. En el límite de los cinco años no se aplicarán los aumentos de límite del Artículo 66 del Código Penal. Así mismo, deberán cumplirse, en lo aplicable los requisitos del Artículo 72 del Código Penal. Los requisitos exigidos son:

1º “Que la pena a imponer no exceda de los tres años”: Obviamente este requisito no es aplicable.

2º Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso: el certificado de antecedentes penales confirmará esa situación.

3º Que antes de la perpetración del delito el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante: Al respecto debemos hacer las consideraciones siguientes:

- ❶ Un derecho penal democrático no puede sancionar a las personas por lo que son sino tan sólo por los hechos que han cometido. La Constitución en su artículo 17 señala que sólo podrán ser calificadas como punibles, acciones u omisiones y nunca habla de conductas o formas de ser. Es decir, no se condena a Juan Pérez por que sea ladrón, sino por que el 3 de septiembre de 2000 robó la cantidad de Q 5,000.00.
- ❷ No obstante, la ley y la constitución admiten la valoración de los antecedentes penales, por lo que tan sólo estos podrán usarse como parámetro de conducta, por las razones que ahora detallamos. En primer lugar por exigencia del Artículo

5 de la constitución que establece la libertad de acción por la que toda persona puede hacer lo que la ley no prohíbe y nadie puede ser molestado ni perseguido por sus opiniones o actos que impliquen infracción a la misma. Por ello, si la persona realizó actos que pueden interpretarse como de “mala conducta” pero no infringió la ley no podrá impedírsele la aplicación de esta medida. En segundo lugar, el principio de presunción de inocencia (Artículo 14 de la constitución), establece que la única manera que tenemos de saber si una persona ha infringido la ley es a través de una sentencia Judicial. Por ello, ni siquiera los antecedentes policíacos, ni los ingresos a centro preventivos nos servirán para determinar la conducta de un sujeto.

- ③ Igualmente in admisible es el requisito de ser un trabajador constante. Al respecto, vale lo dicho en el punto anterior relativo a la libertad de acción. Estaríamos sancionando a una persona por algo que no es delito. La situación se agrava si se tiene en cuenta, que en numerosas ocasiones no depende de la voluntad de uno de ser o no un trabajador constante, si no de las posibilidades del mercado laboral.

4º Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles o circunstancias revele peligrosidad: Por lo anteriormente expuesto la peligrosidad no puede ser valorada, por tratarse de una característica de la persona y no de un hecho concreto. Ello se agrava si tenemos en cuenta la imposibilidad de determinar el contenido del concepto “peligrosidad”. La ley, si bien lo usa nunca desarrolla el contenido de este término, quedando al arbitrio del juzgador darle un significado. Esta tarea discrecional es vulneratoria del principio de legalidad, establecido en la ley fundamental en su Artículo 17.

Por todo ello, haciendo una interpretación acorde a la Constitución, el único de los requisitos exigidos por el Artículo 72 del Código Penal que se debe dar para poder aplicar el Artículo 27 del Código Procesal Penal es que el sujeto no tenga antecedentes penales dolosos.

6.3.4 Requisitos

Para que se pueda aplicar la suspensión condicional de la persecución penal es necesario:

1. Que el imputado manifiesta conformidad con la aplicación de la medida.
2. Que el sindicado admita la veracidad de los hechos que se le imputan. Esta admisión no debe confundirse con la confesión. El imputado reconocerá los hechos a los únicos efectos de que se le conceda la suspensión de la persecución penal. En el caso de que finalmente no se diese la suspensión, no se podrá valorar esta declaración por estar viciada ya que se realizó bajo una promesa incumplida de suspensión (Artículo 85 del Código Procesal Penal).
3. Que el imputado haya reparado el daño o se comprometa a hacerlo. Sin embargo, una vez que se haya aprobado la suspensión, esta no podrá revocarse por incumplir con el compromiso de reparación. Ello se corrobora al analizarse el Artículo 29 del Código Procesal Penal que no incluye esta situación entre las que pueden motivar la revocación de la suspensión y con el Artículo 27 cuando señala que la suspensión de la persecución penal no impide el progreso de la acción civil derivada del incumplimiento de los acuerdos entre las partes. Sin embargo, puede suceder que el Juez haya fijado la reparación como una de las medidas de conducta a cumplir, por entender, por ejemplo, que de esta manera se educa al infractor a responsabilizarse por sus acciones. En ese caso, la no reparación sí supondría la revocación debido a su carácter de medida.
4. La aprobación del juez de primera instancia.

No es necesario el consentimiento de la víctima, aunque indirectamente esta deberá ser consultada para lograr la reparación del daño causado. En el caso de que la

víctima no concurra a las citaciones o se negare a ser reparada, se entiende que renuncia a lograr la reparación por la vía penal, quedándole la reparación por la vía civil.

6.3.5 Efectos

Como su propio nombre lo indica, el efecto principal de esta figura es la suspensión del procedimiento por un tiempo fijado. Así mismo el imputado deberá someterse a un régimen en vías a mejorar su condición moral, educacional o técnica.

De conformidad a lo dispuesto por el Artículo 29 del Código Procesal Penal, si durante el plazo de prueba el suspendido comete otro delito la suspensión le será revocada. No obstante, en base al principio de presunción de inocencia, esta revocación solo podrá darse en el momento en que haya sentencia condenatoria firme por el segundo delito.

Si el imputado se aparte considerablemente, en forma injustificada, de las condiciones impuestas el tribunal podrá tomar dos opciones:

1º Revocar la suspensión.

2º Ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años cuando hubiere fijado originariamente uno inferior.

Una vez haya vencido el plazo de prueba, si no se haya revocado la suspensión, la persecución penal se extingue (Artículo 32 del Código Procesal Penal).

La suspensión de la persecución penal, a diferencia de la suspensión de la ejecución penal, no generan antecedentes penales, por no existir sentencia.

6.3.6 El plazo de prueba y el régimen de prueba

El juez debe fijar un plazo de prueba de entre dos y cinco años (Artículo 27 del Código Procesal Penal). Este plazo se suspenderá si el imputado es privado de su libertad en virtud de otro proceso, pero en el momento en que recupere su libertad, el plazo seguirá corriendo. No obstante, la declaración de extinción de la acción penal se suspenderá hasta en tanto se resuelva el nuevo proceso en el que el beneficiado está inmerso ya que la resolución del nuevo proceso podría generar la revocación de la suspensión.

Distinto al plazo de prueba es el régimen de prueba. El régimen supone imponerle al suspendido una serie de medidas cuyo fin sea mejorar su condición moral, educacional y técnica (Artículo 28 del Código Procesal Penal). El plazo de estas medidas variará según su naturaleza, pero nunca podrá superar el fijado en el plazo de prueba.

Las medidas tendrán que tener relación con el delito que se le atribuye o las circunstancias que lo motivaron. Estas medidas no deben verse como sancionadoras si no como terapéuticas. El fiscal tiene que ser creativo en la solicitud de las medidas y conocer la conveniencia de las mismas. Por ello es recomendable contar con la opinión de psicólogos o asistentes sociales. Así mismo la medida debe ser viable y razonable. Por ello creemos necesario consultar con el imputado y tener en cuenta su opinión. Por ejemplo no tendría lógica imponer a un campesino de Petén la obligación de acudir todas las semanas a un centro de alcohólicos anónimos de la ciudad de Guatemala. El fiscal debe contar con las instituciones de la propia comunidad del imputado como las asociaciones benéficas, los bomberos voluntarios o la municipalidad.

6.3.7 Procedimiento

El procedimiento para la suspensión de la persecución penal es semejante al del procedimiento abreviado con las modificaciones del Artículo 287 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público requerirá al juez de primera instancia la suspensión del proceso. En ese memorial deberá constar la aceptación de los hechos por parte del imputado y la conformidad a la suspensión y a las medidas de conducta propuestas. En el escrito se debe solicitar al juez que fije fecha para la audiencia. En esa audiencia el juez oirá al Ministerio Público. Posteriormente, informará al imputado sobre las características de la suspensión y las consecuencias del incumplimiento así como de otras opciones a las que puede recurrir. Acto seguido declarará el imputado, quien debe manifestar conformidad con la medida. Sin más trámite, el Juez no podrá posponerse (Artículo 178 primer párrafo del Código Procesal Penal).

Si el juez no admite la suspensión el procedimiento seguirá adelante, por la vía que corresponda (Artículo 287 segundo inciso del Código Procesal Penal).

6.3.8 Recursos

Con la admisión por parte del juez de Primera Instancia de la suspensión de la persecución cabe el recurso de apelación conforme el Artículo 404 inciso séptimo del código procesal penal. Sin embargo si el juez deniega la suspensión no cabe ningún recurso.

6.4 La desestimación

6.4.1 Concepto

La desestimación, señalada en el Artículo 310, supone el archivo de la denuncia, querrela o prevención policial en aquellos supuestos en los que:

1. *Sea manifiesto que el hecho no es punible*: La no punibilidad del hecho puede venir por la ausencia de tipicidad (por ejemplo es un problema civil) o por ser

obvia la existencia de una circunstancia eximente (es evidente la concurrencia de miedo invencible).

2. *Sea manifiesto que no se pueda proceder*: Por ejemplo, por existir algún obstáculo a la persecución penal como por ejemplo cuestión prejudicial (Artículo 291 del Código Procesal Penal). Al respecto hay que resaltar que este obstáculo es de índole procesal y no material o fáctica. Con frecuencia, de forma errónea, se desestiman procesos aduciendo que “no se puede proceder por que no se individualizó al autor de los hechos”. En estos casos, si efectivamente se agotó la investigación procederá el archivo.

En el caso de que los hechos sean constitutivos de faltas, estos deberán tramitarse ante el juzgado de paz. Por ello cuando el fiscal se encuentre ante una falta remitirá lo actuado al juez de paz competente, si el juez de paz estuviere en desacuerdo con la decisión del fiscal por entender que los hechos son delito, declinará competencia y remitirá lo actuado al juez de primera instancia para que este resuelva, aplicando analógicamente lo dispuesto en el Artículo 310 del Código Procesal Penal.

6.4.2 Objetivo

La desestimación supone un primer filtro para evitar perder tiempo en investigar o practicar diligencias cuando es manifiesto que el caso no entra en el ámbito de actuación del Ministerio Público.

6.4.3 Requisitos

Para darse la desestimación será necesaria la autorización del juez de primera instancia.

6.4.4 Efectos

El Artículo 311 del Código Procesal Penal señala que la resolución que ordena el archivo no podrá ser modificada mientras no varíen las circunstancias conocidas que la fundan, es decir, mientras no aparezcan nuevos indicios que conviertan los hechos en punibles, o mientras se mantenga el obstáculo que impidió la admisión. La resolución de desestimación, a diferencia de la sentencia o del sobreseimiento, no genera efectos de cosa juzgada.

6.4.5 Momento procesal

La desestimación se dará en el momento en el que el Ministerio Público reciba la denuncia, querrela o prevención policial. Sin embargo, podrá darse también cuando como resultado de la investigación se determine que los hechos no eran constitutivos de delito.

6.4.6 Procedimiento

Cuando el Ministerio Público decida desestimar la denuncia remitirá las actuaciones al juzgado de primera instancia junto con un escrito en el que se solicite al juez de primera instancia el archivo. El juez decidirá sobre la desestimación. En el caso en el que lo admita devolverá las actuaciones al Ministerio Público, para que lo archiven. Si no lo admite, firme la resolución, el jefe del Ministerio Público decidirá si la investigación debe continuar a cargo del mismo funcionario o designará sustituto.

6.4.7 Recursos

Frente a la resolución del juez que autoriza o deniega la desestimación tan sólo cabe plantear recurso de reposición.

6.4.8 Comentario

La desestimación se ha utilizado para cerrar el proceso penal, una vez las partes han llegado a un acuerdo satisfactorio ante el fiscal encargado de la Investigación.

6.5 El Archivo

6.5.1 Concepto

El archivo del Artículo 327 del Código Procesal Penal supone una finalización, no definitiva, del procedimiento en aquellos casos en los que no se haya individualizado al imputado o se haya declarado su rebeldía.

6.5.2 Objeto

La figura del archivo sirve para darle una salida jurídica a aquellos casos en los que no hay posibilidades de identificar o aprehender al imputado, creándose de esta manera pautas para el orden de la oficina y el control de la actividad del fiscal. Ocurre en numerosas ocasiones que la actividad investigadora se agota, sin llegarse a ningún resultado concreto. Sin embargo, la ley procesal tiene que dar una respuesta a todos los casos que entran al sistema penal. Anteriormente la práctica de tribunales era situarlos, de forma ilegal, bajo el epígrafe de sobre averiguar y engavetarlos, sin que hubiese control alguno. Con la regulación del archivo, el fiscal tendrán ordenada su oficina, sabiendo cuales casos están siendo investigados y cuales no y el abandono de la investigación estará normado y sometido a control.

6.5.3 Supuestos

El archivo procederá:

1. *Cuando no se haya individualizado al imputado:* en estos casos se entiende que habiéndose agotado la investigación no ha sido posible reunir elementos de convicción suficientes para determinar el o los autores del hecho delictivo. La ley no define que se entiende por individualización del imputado, sin embargo, en base a la regulación general del proceso, se entenderá como individualizado un imputado cuando se halla recaído sobre él, en algunas de sus formas, el poder coactivo del estado (Por ejemplo, una declaración como imputado, una orden de aprehensión o el auto de procesamiento). En el caso de que se hubiese individualizado un imputado, pero no existiesen elementos suficientes para presentar acusación en su contra, se deberá decretar a su favor el sobreseimiento.

2. *Cuando se haya declarado la rebeldía del imputado:* La rebeldía la dicta el juez cuando un imputado, sin grave impedimento no comparezca a citación, se fugue del centro de detención, rehuya la orden de aprehensión o se ausente de lugar de residencia fijado (Artículo 79 del Código Procesal Penal).

No obstante, si en estas causas existen imputados conocidos y no rebeldes, el proceso seguirá contra ellos.

6.5.4 Requisitos

Son requisitos para poder archivar:

1.- *Que la investigación e haya agotado,* es decir, que no exista la posibilidad de practicar nuevas pruebas útiles para continuar la investigación. En el caso de haberse declarado la rebeldía, antes de archivar, habrá que practicar los medios de investigación que se puedan realizar, sin la presencia del imputado.

2.- *Que se notifique la resolución a las demás partes,* quienes podrán objetarla ante el juez aclarando que pruebas se pueden practicar. También deberá ser notificada la víctima aún cuando no fuere querellante (Artículo 8 Ley Orgánica del Ministerio Público). De esta manera el control que realiza el juez es indirecto, en función de la

actuación de las partes. En el caso en el que el juez no admita el archivo deberá indicar en su resolución cuales son concretamente las actividades investigadoras que se puedan practicar.

6.5.5 Efectos

El archivo pone fin al procedimiento, aunque no suponga un cierre irrevocable. Si apareciesen nuevos elementos que posibilitasen la individualización del imputado o éste fuese capturado, el caso se volvería a abrir. Esta es la gran diferencia con el sobreseimiento que si produce cosa juzgada e impide la reapertura del proceso.

6.5.6 Momento Procesal

El archivo se realizará, durante el procedimiento preparatorio, cuando se haya agotado la investigación sin haberse podido individualizar al imputado. Sin embargo existirán supuestos en los que, por organización de la mesa de trabajo, el archivo se produzca de forma casi automática en el momento de recibir la denuncia. Para ello deberá valorar el bien jurídico afectado y la posibilidad de investigación. Por ejemplo, el fiscal podría solicitar un archivo casi automático en un caso de robo de la radio de un vehículo en el que no haya ningún testigo. Sin embargo, en casos en los que se ha afectado el derecho a la vida el fiscal deberá ser muy cauteloso a la hora de determinar un archivo.

6.5.7 Procedimiento

En el momento en el que el fiscal decida archivar un caso, redactará una resolución de archivo para incorporarla a las actuaciones y la notificará a las partes, entendidas estas en un sentido amplio y nunca olvidando a la víctima ni al denunciante si los hubiere. Por ello, en la resolución en la que se notifica el archivo conviene que se informe también de la posibilidad de recurrir la decisión ante el Juez de Primera Instancia.

6.5.8 Recursos

La decisión de archivo corresponde al Ministerio Público. El juez, tan solo podrá entrar a conocerla si las partes recurren a él. En el caso en el que el juez objetase el archivo pero sin señalar las diligencias a realizar o señalase diligencias imposibles o improcedentes el Ministerio Público tan solo podría recurrir al recurso de reposición.

CAPÍTULO VII

7. De las armas de fuego

7.1. Concepto doctrinario de armas

Por arma se entiende, todo género de instrumento destinado a ofender o a defenderse. Por su uso y su naturaleza, se distinguen en ofensiva y defensiva; los diferentes autores que han escrito acerca de armas coinciden en afirmar que arma es todo instrumento destinado a ofender o a defenderse, por lo que dicho concepto existiendo pequeñas variantes únicamente en lo relativo a la clasificación de algunas de ellas es unánime.

7.2. Concepto legal de armas

Se entiende por concepto legal el que el legislador ha concretizado en una norma jurídica aplicable a un territorio y época determinados, lo que hace que dicho concepto varíe de un país a otro, razón por la cual consideramos adecuado señalar el concepto de arma contemplado en nuestra legislación penal. Siendo el siguiente: “Todo objeto o Instrumento destinado a ofender o defenderse, las sustancias explosivas o corrosivas y los gases asfixiantes o corrosivos y todo instrumento apto para dañar cuando se lleve en forma de infundir temor

Como los conceptos enunciados anteriormente son amplios, a continuación señalaremos uno de los más comunes:

7.3. Armas de fuego

De acuerdo con el diccionario de Guillermo Cabanellas de Torres y Luis Alcalá Zamora y Castillo: “Arma de fuego es la que se carga con pólvora a este género pertenece la ametralladora, el arcabuz, la bomba, la carabina, el cañón, el caracol, la

escopeta, el fusil, el fusil ametrallador, la granada de mano, el motero, el mosquete, el mosquetón, el obús, el órgano, la pistola, el revolver, el rifle, la tercerola y el trabuco”.

A mi criterio el concepto enunciado peca de restringido, toda vez que no aclara las que se cargan con pólvora negra verbigracia la escopeta de taco, y la que utiliza proyectiles independientes fabricados con pólvora piroxilada como por ejemplo automáticas y revólveres.

A mi juicio debe entenderse por arma de fuego: Las que funcionan mediante el ejemplo de pólvora ya sea negra o piroxilada inflamada o combustionada por un fulminante que ha sido accionado por un percutor.

7.4. Armas de gases

Se entiende por arma de gas toda aquella que utilizan elementos empleados ofensiva o defensivamente en la guerra y que producen efectos por expansión, no por percusión. De manera estricta los vapores que se utilizan intencional y artificialmente para poner fuera de combate al enemigo. Entre estas podemos mencionar como ejemplo, las pistolas de gas y las bombas de mano lacrimógenas.

7.5. Armas blancas

Se entiende por estas la que ya tienen hojas de acero, utilizable en la lucha cuerpo a cuerpo y que obran por corte, punzada o golpe. Entre estas podemos citar, la espada, el sable, el machete, estilete, estoque y la maza.

7.6 Clasificación de las armas

En el apartado anterior se dieron conceptos de distintos tipos de armas más comúnmente usadas, y en el presente nos dedicaremos a hacer una clasificación de los diferentes tipos de armas utilizados, poniendo énfasis en las que son más utilizadas

para la comisión de los delitos objeto del presente estudio, fundamentalmente respecto en lo que se refiere a las de fuego, por la peligrosidad que representan su tenencia y portación.

7.7. Clasificación de armas de fuego

La doctrina y la práctica en forma unánime clasifican las armas de fuego en dos grandes grupos, siendo estos: a) Armas de fuego cortas y b) Armas de fuego largas.

7.7.1. Armas de fuego cortas

Dentro de este grupo se encuentran clasificados: a) revólveres y b) pistolas semiautomáticas; los primeros se subdividen en cuanto al cañón que utilizan en corto, mediano y largo y en cuanto al calibre que utilizan de uso permitido y de uso exclusivo de las fuerzas de seguridad del Estado; las pistolas semiautomáticas únicamente se clasifican según el calibre en: uso permitido y de uso exclusivo del Ejército. Las armas de fuego cortas son las más comúnmente utilizadas para la comisión de los delitos por su facilidad para transportarlas sin ser vistas.

7.7.2. Armas de fuego largas

Se encuentran incluidas en éste grupo: a) fusil, b) la escopeta o fusil de caza, que a su vez puede dividirse en cuanto al proyectil utilizado en de perdigones y de bala; y c) Carabinas.

A continuación procederemos a detallar las características de las diferentes armas de fuego a que hicimos mención, aclarando que pondremos mayor cuidado en lo referente a las armas de fuego cortas ya que las mismas son más comúnmente utilizadas en la comisión de los delitos objeto de la presente Tesis, por su facilidad de portación en forma no ostensible.

7.7.3. Revólveres

Funcionan mediante un cilindro que gira sobre un eje, presenta sucesivamente en la prolongación del cañón, unas cámaras en cada una de las cuales se aloja un cartucho dispuesto para ser percutado: este cilindro sirve, al mismo tiempo de almacén y de cámara de tiro. Es un arma de repetición, pero no automática puesto que después de cada tiro, no expulsa las vainas percutadas: esta expulsión se produce posteriormente, ya sea en una sola vez, basculando el cañón o el cilindro, ya sucesivamente, utilizando un extractor manual. La descripción del revolver a mi criterio de no es necesaria toda vez que es conocida por todos. Como señalábamos anteriormente, los revólveres utilizan tres tipos de cañón, a) corto, b) mediano, y c) largo, con el objeto de lograr diferente alcance en un mismo tipo de calibre. En lo relativo a los calibres que se utilizan en revólveres nuestra legislación hace distinción entre permitidos para particulares y de uso exclusivo para las fuerzas de seguridad del Estado, pero en el mercado de armamento únicamente se encuentran hasta calibre 38, armas que por su alcance o impacto no causa mayores estragos, ahora bien, en la actualidad no se encuentran en el comercio revólveres tipo mágnium con excepción de calibre 22, pero ante la proliferación de tales armas en manos de particulares, el Estado se encuentra obligado, en previsión a la proliferación de dichas armas y en resguardo de la seguridad colectiva a prohibir su importación, venta y portación de las mismas por su gran poder de destrucción.

7.7.4. Pistolas automáticas

Es el arma más extendida. Pese a ser de repetición, es sólo semiautomática. Su automatismo cubre las preparaciones de montaje, carga, extracción y proyección de las vainas, pero el tiro debe realizarse de uno en uno presionando el gatillo con el dedo. En las armas realmente automáticas, como las ametralladoras, todas estas operaciones se encadenan por sí mismas: el tiro por presión continúa del dedo sobre el

gatillo permite vaciar el cargador sin ninguna interrupción (con un promedio de treinta disparos).

Este tipo de armas es el que comúnmente se les ha llamada escuadras, por su forma o sea que el cañón y la culata configura una escuadra variando la forma del cañón y la culata de acuerdo al calibre y marca de que se trate, pero manteniendo la misma simetría o sea de escuadra; en realidad su nombre técnico es pistola semiautomática, en vista de que utilizan un cargador o tolva dentro de la que se introducen los cartuchos por presión manual, tolva que se coloca dentro de la culata del arma por la parte inferior quedando fija dentro de la misma por medio de un seguro; posteriormente habrá que cargarla mediante el corrimiento manual del carro hacia atrás a efecto de que por medio de la presión que ejerce el resorte de la tolva o cargador sea introducido un cartucho en la recámara para quedar alojado finalmente el cartucho en el cañón de la misma; al halar el disparador se percute el arma y se produce el disparo y la deflagración de los gases hace retroceder nuevamente el carro al mismo tiempo que el extractor regresa la vaina a la recámara dando lugar a que suba por presión el nuevo cartucho que a su vez hace saltar o expulsar la vaina; y así sucesivamente hasta agotar el cargador, en realidad es un arma de repetición y no totalmente automática como ya se dejó anotado al principio. Su aceptación se debe principalmente a la precisión, y velocidad del disparo, así como también al número de cartuchos que pueden alojarse en el cargador; ha pesar de que la creencia común se inclina a considera como más seguro el revólver a mi juicio es lo contrario, puesto que por una parte los diferentes seguros que utilizan evitan disparos accidentales, y por la otra, regularmente, la utilizan personas conocedoras de armas, por las diferentes piezas móviles que la componen.

7.7.5. Fusil

Arma de fuego portátil de longitud cercana al metro acoplable con bayoneta o machete, capaz de disparar varios cartuchos sin cargar en cada ocasión. Dada la enorme variedad de modelos y las grandes evoluciones del armamento, poco más se

puede decir hoy que resulte genérico para esta arma, que históricamente reemplazó al arcabuz y al mosquete en la infantería”.

Los elementos que lo componen son los siguientes: 1) Cañón y elementos de puntería; 2) cajón de los mecanismos; 3) mecanismos de cierre; 4) mecanismo de percusión; 5) mecanismo de disparo; 6) mecanismo de extracción; 7) mecanismo de expulsión; 8) mecanismo de seguridad; 9) caja de guardamanos; 10) cuchillo o bayoneta; 11) accesorios varios (miras telescópicas, infra rojas, porta fusil, etc.

7.7.6. Escopeta o fusil de caza

Esta arma es utilizada primordialmente en el campo, arma portátil de fuego de uno a dos cañones, de siete a ocho decímetros de largo cuyos mecanismos necesarios de carga y descarga se encuentran montados en caja de madera. De acuerdo con el proyectil que utilizan se pueden clasificar en escopetas de cartuchos de perdigones, utilizadas principalmente para la caza menor, y escopetas de bala, destinadas para caza mayor; su alcance raramente pasa de cien metros a sus calibres son 12; 16; 20; 24; y 410.

7.7.7. Armas de gases

Como ya anotamos se entiende por arma de gas la que utiliza elementos químicos empleados ofensiva o defensivamente, intencional y artificialmente para poner fuera de combate al enemigo. De manera general se puede incluir todos los elementos químicos que se utilizan para poner al enemigo fuera de combate pero para el objeto del presente trabajo únicamente nos referiremos a las armas cortas que utilizan proyectiles de gases pudiendo citar entre ellas: en razón del instrumento que los lanza, las siguientes: a) pistolas, b) revólveres; c) lapiceros; d) bombas de mano; acerca de las armas anteriores no entraremos en mayores detalles, puesto que son conocidas por la generalidad, aparte de que las clasificaciones de las armas de gases se fundan principalmente sobre el arma que los dispara, si no por los gases que utilizan

y sobre todo en las consecuencias que producen en el organismo humano. Clasificándose en dos grandes grupos: A) Gases Tóxicos y B) Gases que atacan los tejidos.

7.8. Gases tóxicos

Se comprende dentro de esta categoría a todos aquellos que afectan a los órganos internos, las vías respiratorias fundamentalmente con probabilidad de muerte.

A su vez, se subdivide este tipo de gases entre los que atacan la sangre, citarse entre ellos el óxido de carbono y los que actúan sobre el sistema nervioso, entre los que se encuentra el ácido cianhídrico.

7.8.1. Gases que atacan el tejido

Estos actúan ocasionando quemaduras y otras lesiones no tan fatales como en el caso de los de gases tóxicos. Estos se subdividen en a) Lacrimógenos, b) Sofocantes o asfixiantes, c) vesicantes, y d) estornutatorios.

- *Lacrimógenos*: Son los que irritan la vista, obligando al individuo a un constante lagrimeo o llanto, dentro de éstos se encuentran la bromoacetona, la cloroacetona, el bromuro de bencil y la cloroacetofenona.
- *Sofocantes o Asfixiantes*: Como su nombre lo indica son los que atacan las vías respiratorias, provocando tales manifestaciones.
- *Vesicantes*: Estos provocan quemaduras, inflamaduras y llagas y otras lesiones en el organismo llegando en ocasiones a determinar la muerte o la invalidez, entre estos se encuentra la imperita y lewucita.
- *Estornutatorios*: Son los que irritan en general las mucosas nasales o la garganta provocando el estornudo, a este género corresponden las arsinas. Dentro de

los gases últimamente enumerados el lacrimógeno es más utilizado por los sistemas de policía para resolver conflictos de desorden público que no reviste mayor gravedad, por su eficacia y poco daño al organismo humano.

7.9. Clasificación de las armas blancas

Entendiendo por arma blanca la que utiliza hoja de acero, su clasificación no es posible hacerla, si no tomando en cuenta el tipo de herida que produce. De acuerdo, a éste criterio, las mismas se clasifican de la manera siguiente: a) armas blancas que producen heridas cortantes, b) armas blancas que producen heridas punzantes, c) armas blancas que producen heridas corto-punzantes; d) armas blancas que producen heridas corto-contundentes.

7.9.1. Armas blancas que producen heridas cortantes

Son las que actúan por medio del filo que poseen, pudiendo citarse entre éstas la navaja de barba y los cuchillos.

7.9.2. Armas blancas que producen heridas punzantes

Son todas aquellas que producen la herida por medio de su punta y que sólo por ella hieren, entre estas se pueden mencionar punzones, lesna, florete, verdugillos, compases, alfileres largos, y agujas.

7.9.3. Armas blancas que producen heridas corto-punzantes

Dentro de este grupo se clasifican aquellas armas que actúan provocando heridas tanto por su filo, como por su punta y se citan entre ellas el puñal, el estoque, las hojas de tijera, el cuchillo de carnicero, etc.

7.9.4. Armas blancas que producen heridas corto-contundentes

Son aquellas que provocan heridas no solamente por el filo que poseen, si no también por el volumen o peso de las mismas y la fuerza impulsadora del agente que la utiliza, entre éstas se encuentran el machete, el sable, el hacha, y la hachuela.

7.10. Portación ilegal de armas de fuego

El estado es el único facultado para poseer armas de fuego en virtud de sus propios fines, entre ellos, el de asegurar tranquilidad y seguridad a la colectividad. Como dejamos apuntado en el punto anterior al referirnos al delito de tenencia de armas de fuego, en nuestra legislación el estado ha reservado para uso exclusivo del ejército determinado tipo de armas por su potencia y efectividad. Si la simple tenencia de un arma de uso exclusivo del ejército en manos de particulares ha sido elevada a la categoría de delito, con mayor razón acontece respecto a la portación del mismo tipo de armas, ya que representa un mayor peligro para la sociedad que una persona deambule llevando consigo un arma potente, precisa y mortífera.

7.10.1. Sujeto pasivo

El bien jurídico tutelado en el delito analizado es la tranquilidad social y seguridad sociales, consecuentemente en un sentido lato aparece como sujeto pasivo la sociedad y en un sentido más restringido pudiera aparecer como sujeto pasivo una persona determinada que padeciera concretamente la intranquilidad y zozobra al cometerse estos delitos.

7.10.2. Sujeto activo

Como sujeto activo, se comprende a todas aquellas personas que son susceptibles de la comisión de determinados delitos; en los delitos que nos ocupan pueden ser sujetos activos todas aquellas personas en quienes no concurren la calidad

de miembros del ejército de Guatemala en servicio activo; en el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, pueden ser además sujetos activos del mismo os militares que no se encuentren en calidad de activos, y que no posean la licencia respectiva, misma que se les expide por el departamento de control de armas y municiones al solicitarla.

7.10.3. Municiones y accesorios

Debemos entender por municiones los proyectiles destinados para el uso de las armas y entre los accesorios podemos citar a modo de ejemplo las bayonetas para fusil, miras telescópicas, miras de rayos infrarrojos, los silenciadores, etc., estos aditamentos sirven para dar mayor precisión y efectividad en el caso de las miras y bayonetas, o en el caso del silenciador realizar el hecho con resguardo de un mínimo de ruido para poderse retirar del lugar o pasar desapercibido.

7.11. Portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas

7.11.1. Concepto

Por arma no solamente se comprende armas de fuego, sino las armas blancas y todo objeto o instrumento destinado a ofender o defenderse o apto para dañar cuando se lleve en forma de infundir temor.

Nuestra ley de armas y municiones vigente, en su Artículo 97 A, regula el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas de la forma siguiente: Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, quien sin licencia del departamento de control de armas y municiones o sin estar autorizado legalmente, portare armas de fuego de las clasificadas en esta ley como defensivas, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a un año.

En este delito procederá la excarcelación bajo fianza y atendiendo al grado de peligrosidad social del responsable, el juez podrá otorgar el perdón judicial de toda pena, salvo el caso de reincidencia.

También podrá concederse la detención domiciliaria, atendiendo a las circunstancias, sexo y peligrosidad social del responsable.

Del texto de la norma anteriormente citada se concluye que en el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas concurren los siguientes elementos:

7.11.2 Elemento normativo

Constituido por la prohibición de portar armas de fuego que no sean de uso exclusivo del ejército sin la licencia correspondiente. Por su puesto, el requisito de la no tenencia de la licencia se refiere específicamente a las armas de fuego, autorizadas a los particulares, toda vez que no se puede extender licencia para portar un arma exclusiva del ejército a un particular; por lo que la simple portación de un arma de las autorizadas a los particulares sin la licencia correspondiente constituye el delito tipificado en Artículo 97A de la ley de armas y municiones, decreto número 39-89 del Congreso de la República.

7.11.3 Elemento local o del lugar

Este se refiere al lugar donde es punible la portación, siendo cualquier lugar fuera del domicilio del sujeto activo, incluyéndose cualquier otra morada o habitación que no sea la suya.

7.11.4 Elemento real

Este elemento está configurado por la portación del arma y propiamente por el arma en sí, en vista de la intranquilidad o conmoción social que provoca que una persona lleve consigo un arma que puede utilizar en cualquier momento en contra de cualquier sujeto. Es preciso señalar aquí, que el arma puede ser de diferentes tipos a saber: a) *Arma de Fuego*, b) *Sustancias Explosivas o Corrosivas*; c) *Gases asfixiantes o corrosivos*; d) *cualquier instrumento apto para dañar, siempre que se porte con el ánimo de infundir temor*. Como se puede apreciar el legislador dejó al juzgador la facultad para determinar que objetos o instrumentos podían conceptuarse como armas, con el presupuesto que dicha portación viniera acompañada de un elemento subjetivo constituido por el ánimo de infundir temor.

A propósito de las diferentes armas que se señalan, cabe hacer una pequeña digresión, relacionada con la práctica forense, mediante la cual se hace necesario —a criterio de algunos jueces— que aún en la portación ilegal de armas de fuego y blancas, para arribar a un fallo de condena se establezca el ánimo de infundir temor.

7.11.5 Elemento dinámico

Este elemento es la acción que realiza el autor del delito, la actividad de llevar consigo o a disponibilidad el arma. Acerca de éste elemento no nos extenderemos más, puesto que es similar al ya tratado en el delito de portación ilegal de armas blancas.

7.11.6 Elementos circunstanciales

Constituidos por las circunstancias agravantes o atenuantes como se indicó al desarrollar el tema del delito de portación ilegal de arma, elemento que puede o no concurrir en la comisión de éstos delitos.

7.12 Deposito de armas y municiones

Si bien es cierto, los temas principales que figuran como título del presente trabajo lo constituye el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, a mi juicio se hace imperativo hacer un breve comentario acerca del depósito de armas y municiones y de los depósitos no autorizados, por encontrarse íntimamente ligados, principalmente a la figura de tenencia de armas de fuego. A mi parecer y sin entrar a analizar la discusión doctrinaria acerca de la sustantividad del delito de depósito de armas, considero que este reúne características especiales que lo individualizan y diferencias de la simple tenencia de arma de fuego, toda vez que aunque el texto legal no lo señala taxativamente.

Por depósito debe entenderse reunir o mantener en determinado lugar un cierto número de objetos o cosas determinadas, con el objeto de poder disponer de las mismas cuando se considere conveniente o necesario.

7.13 Bien jurídico tutelado

7.13.1 La tranquilidad social

Las normas de derecho nacieron como necesidad de regular la conducta humana para preservar la convivencia ente los miembros de las comunidades, a fin de proteger la persona y sus bienes y la propia existencia de la comunidad. Innecesario es esbozar el desarrollo histórico de las agrupaciones humanas hasta llegar al ente sociopolítico que denominamos Estado, el cual ante la multiplicidad de situaciones surgidas por la mayor interrelación social se ve ante la necesidad de dictar a través de los órganos correspondientes mediante un proceso prefijado diferentes normas legales para regular la conducta en sociedad de sus miembros, y de aquellas personas que habitan o transitan por su territorio. Estas normas son naturalmente de carácter jurídico y entrañan en consecuencia mandamientos imperativos o prohibitivos cuyo objetivo es la protección de los derechos particulares, así como la conservación del ente estatal.

Dentro de las diversas normas jurídicas dictadas por el Estado a través del Congreso de la República ocupan un lugar primordial las normas jurídicas de carácter penal, ya que estas tienden a proteger las personas sus bienes y la propia existencia del Estado mediante la imposición de sanciones y medidas de seguridad.

El Artículo 97A de la ley de armas y municiones, decreto número 39-89, indica: portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas: Comete el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, quien sin licencia del departamento de control de armas y municiones, o sin estar autorizado legalmente, portare armas de fuego de las clasificadas en esta ley como defensivas, deportivas o de ambas clases. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a un año.

En este delito procederá la excarcelación bajo fianza y atendiendo al grado de peligrosidad social del responsable, el juez podrá otorgar el perdón judicial de toda penal, salvo el caso de reincidencia.

También podrá concederse la detención domiciliaria, atendiendo a las circunstancias, sexo y peligrosidad social del responsable.

Del precepto legal anteriormente citado se puede establecer que definitivamente el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas goza plenamente del beneficio de medidas sustitutivas, pero a criterio del sustentante es necesaria la aplicación de la prisión preventiva a tal delito como única elección a este delito, y dejar sin efecto el segundo párrafo del precepto anteriormente citado.

El Artículo 97A de la ley de armas y municiones debería derogarse parcialmente, derogando el texto siguiente: *“En este delito procederá la excarcelación bajo fianza y atendiendo al grado de peligrosidad social del responsable, el juez podrá otorgar el perdón judicial de toda penal, salvo el caso de reincidencia.”*

Me constituí al centro administrativo de gestión penal, de la ciudad capital para investigar cuantos casos se dieron en el año 2005, de delitos de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, así mismo si era más frecuente en hombres o en mujeres, se determino que en el período investigado se dieron aproximadamente 280 detenciones por el mencionado delito y estos eran únicamente hombres. No habiendo ningún caso de mujeres detenidas por el delito relacionado en el año 2005.

La cantidad de detenidos es de doscientos catorce (280) la mayoría de ellos son hombres, por no decir todos, que oscilan de los 20 a los 30 años de edad, teniendo cierto grado de instrucción, pudiendo ver que los de edad media son los que están más propensos al delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, y los integrantes de maras. Las armas incautadas son por lo regular, armas hechizas como lo son tubos con munición para escopeta calibre doce (12) milímetros, revólveres 38 de pulgada, escuadras 9 milímetros, 380, 22 milímetros.

La cantidad promedio encontrado en los sujetos detenidos es de un arma por persona.

En las detenciones realizadas se les otorgó medida sustitutiva en la mayoría de casos, otorgando prisión preventiva en una mínima cantidad. Al 97% de los casos se les otorgó medidas sustitutivas y al 3% restante se les otorgó prisión preventiva por considerar los jueces el grado de peligrosidad, reincidencia y apariencia personal del sujeto.

CAPÍTULO VIII

8. Delito de posesión para el consumo

8.1 Factores endógenos

Según la investigación realizada los factores endógenos o factores internos que provocan en el guatemalteco la posesión para el consumo de las drogas regularmente se debe a que tienen serios problemas y necesitan calmar sus conflictos emocionales, que han alcanzado un grado crítico, su mayor necesidad es resolver su situación, cuando se trata de adolescentes que usan drogas; se trata de personas fracasadas que se sienten terriblemente solos, no han sido aceptados en ninguna parte. No han triunfado académicamente, atléticamente, ni socialmente. Solo encuentran su lugar asociándose con otros muchachos con los mismos problemas. La mayoría de personas usan drogas debido a que necesitan esa seguridad y aceptación, son fáciles presa de las promesas de bienestar psicológico de quienes les hacen creer que las drogas ofrecen un mundo increíble de maravillas. Otros que están propensos al consumo de drogas son los que tienen tendencias neuróticas, complejos de inferioridad, inseguridad, o que se sienten rechazados, son más susceptibles que otros al uso de narcóticos, un drogadicto en potencia está buscando lo que otro joven ya tienen, un hogar en donde pueda sentirse aceptado y apreciado. Una persona emocionalmente estable puede mantener su equilibrio y estabilidad la mayor parte del tiempo por que su corazón siente la seguridad del amor de sus padres, ellos le han dado parte de si mismos así como también de sus posesiones, y la persona sabe muy bien que se ocupan de él y que cuando los necesita siempre estarán dispuestos a prestarle la ayuda necesaria. Otra de las razones endógenas para el consumo de drogas es el aburrimiento, a diferencia del que usa la droga como una protección contra los estímulos del mundo exterior, este grupo evidentemente trata de liberar la mente para que admita lo que consideran los estímulos interesantes del ambiente que los rodea.

Los que consumen drogas la mayoría de las veces han tenido problemas de alcohol en su vida una posible indicación temprana de alcoholismo, una elevada desregulación psicológica y menor nivel de religiosidad. Esta desregulación afectiva puede describirse como una deficiencia en control emocional o como la susceptibilidad de verse perturbado fácil e intensamente. Algunos elementos relacionados con la irritabilidad que en ocasiones se conoce como agresión reactiva. Con frecuencia se piensa que la desregulación conductual incluye la impulsividad, relacionada con el atraso de la gratificación o la resistencia a la tentación, la falta de atención, poca capacidad para mantener la concentración en los estímulos ambientales particulares, la hiperactividad actividad motorota y verbal relativamente alta, y la agresión que es la probabilidad y seriedad de actos de violencia física diseñados intencionalmente para amenazar, provocar o incitar a otros.

La desregulación cognitiva describe un déficit en la capacidad de participar en actividades como idear un plan, ejecutar y mantener un plan, en la capacidad de organización, razonamiento abstracto, flexibilidad cognitiva, generación de hipótesis y de aprender de las experiencias. Este conjunto de características de funcionamiento cognitivo ejecutor ha demostrado relacionarse con el riesgo de agresión, uso de sustancias y conductas sexuales riesgosas.

8.2 Factores exógenos

Dentro de estos factores exógenos o externos encontramos un gran grupo que pueden influir a un sujeto a la posesión para el consumo de drogas siendo entre estas los siguientes: el hábito de los padres que más influía en los hijos era el consumo de alcohol, específicamente la cantidad que tomaban y la frecuencia con que se embriagaban pero es peor si es la madre, se manifiesta una tendencia más definida hacia el uso de drogas. La presión de compañeros y amigos es una de las razones por las cuales empiezan con drogas, especialmente en la adolescencia y llega a ser tan grande, sino más gran aún, que la que sus padres ejercen sobre ellos. Ceder a la presión de los compañeros y a la curiosidad despertada por las drogas, es un factor

predecible si esta persona además tiene problemas con la desintegración de la estructura familiar. Muy a menudo, tanto el padre como la madre sólo se interesan en lo que ellos hacen, sin importarles mucho las actividades del resto de la familia. El aumento alarmante de los divorcios ha producido un gran número de hogares deshechos. Los sociólogos y los psicólogos afirman que si los hogares contarán permanentemente con la presencia de un hombre de carácter firme, la delincuencia juvenil se reduciría considerablemente. Muy a menudo los drogadictos proceden de hogares en donde una mujer era la única influencia, o la que era más fuerte. Algunos estudios han demostrado que la música rock ya que la referencia a las drogas es clara e inconfundible por el tipo de jerga subcultural que se expresa en la letra de las canciones de rock violento y otras variedades de la misma música.

El uso de las drogas entre las personas de género, edad, grupo étnico, acceso al apoyo emocional de los adultos, compromisos académico, religiosidad, participación en maras conductas violentas, síntomas recientes de depresión, estructura familiar, cohesión y conflicto familiares, prácticas de castigo de los padres, problemas familiares con drogas, delincuencia de sus padres, integración de sus padres a maras y uso de drogas por sus padres, calidad de comunicación con los maestros y exposición a la violencia en el vecindario, en promedio los adolescentes en los grupos en alto riesgo (drogadictos, niños en situación de calle y transgresores) presentaban niveles más altos de desregulación psicológicas que los niños escolares todos estos son factores exógenos que tienden a provocar la mayor influencia en la posesión para el consumo de drogas.

Los que tienden a tener este tipo de problemas con más frecuencia son los que participan en maras, un bajo compromiso escolar, exposición a la violencia intrafamiliar, los sujetos que viven en la calle representan un grupo con un riesgo asombrosamente más elevado de abuso de drogas, los hijos de adictos y por último el fracaso que algunas personas tengan en sus estudios o en relaciones interpersonales.

8.3 Los medios de comunicación

Los anuncios publicitarios de diversos medicamentos han estimulado al público a desarrollar el síndrome que hay que tomar algo, dice John E. Ingersoll, director del departamento de narcóticos y drogas nocivas y añade: “desde el primer programa del día hasta el momento en que la estación se retira del aire, el público es bombardeado mediante la radio y la televisión con insistentes estribillos, cortas y pegajosas melodías, simpáticas representaciones y sombrías advertencias, en las cuales se ofrecen pastillas y medicamentos para curar la mayor parte de los síntomas de enfermedades imaginarlas o reales, o para permitir escapar de la dura realidad.

Los fabricantes de medicinas gastan cada año millones de quetzales en anuncios de televisión que implanta en lamente de los televidentes, la idea de que existe una solución química para todos los problemas de la vida, incluyendo el dolor, el hastío y la ansiedad. Es bueno que apreciemos las medicinas que nos ayudan en las dificultades, pero no debeos desarrollar una dependencia de ellas que bombardean en el pánico, para afrontar los problemas.

La publicidad podría inducir al consumo de licor, drogas en general, par ello el semiólogo Carlos Interiano afirma: Que los anuncios no cambian conductas, lo que hacen es motivar una actitud ya arraigada socialmente.

8.4 La familia

La familia juega un papel importante en el que un sujeto consuma drogas ya que unos de los factores que ocasionan este problema es la desintegración familiar, la carencia de afecto, cuando se da el maltrato infidelidad, la actitud de los padres pueden contribuir si estos beben, fuman, usan diversas píldoras la necesidad de aceptación, solitario, no tienen seguridad y aprobación de su familia son rechazados, quebranto de la familia o sea que los padres egocéntricos con frecuencia ignoran a sus hijos, el divorcio suele dejar el hogar sin autoridad del padre, falta de educación en los padres,

el no dedicarle tiempo ni atención a sus hijos, dejar que sean callejeros o que pertenezcan a maras, que en la familia tienen miembros con problemas de drogas, falta de comunicación en la familia, falta de consejos de adultos, apon emocional, relación o comunicación con los maestros, espiritualidad, teísmo y religiosidad en la familia. El consumo de drogas debe ser tema de mucha importancia para la familia tanto en lo preventivo como en lo curativo para que así se pueda evitar que el sujeto consuma drogas y así mismo se evitará que se cometa un delito el cual aumentará los problemas familiares del sujeto y su rehabilitación.

8.5 La falta de prevención

Nuestras legislaciones, así como nuestra sociedad, en la actualidad no han mostrado mayor preocupación por el aumento de personas que consumen drogas, y las consecuencias que esto conlleva. Por eso debemos estar convencidos de que no queremos jóvenes que se conviertan en drogadictos y por consiguiente en transgresores de la ley.

Al no haber prevención en nuestra legislación sino únicamente sanción por posesión y consumo de drogas, existen más transgresores de la ley y nuestras prisiones o centros de detención no tienen conciencia ni realizan ningún tipo de prevención para combatir este problema, al contrario se ha podido establecer por los medios de comunicación que existe tráfico de drogas, en lugar de encontrar apoyo para prevenir o rehabilitar a un drogadicto, encuentra los medios para seguir con su adicción. Por tal razón es importante que se otorgue medidas sustitutivas a los que poseen y consumen drogas, pudiendo con esto prevenir el aumento de drogadictos y de transgresores de la ley.

En nuestra legislación se puede notar la falta de prevención para el consumo de drogas ya que en la Ley Contra la Narcoactividad y el Código Procesal Penal, “no se contempla la aplicación de medidas sustitutivas a esta clase de delitos”. Por lo que sería conveniente que se pudiera implementar en nuestra ley.

En nuestra sociedad la falta de prevención también se ha notado ya que los que son adictos como se mencionó anteriormente, son la mayoría de veces los hogares desintegrados, jóvenes de la calle, que no encuentran atención en sus hogares y se integran a las maras, provocando esto un desgaste social, perjudicando a nuestra sociedad, causando caos, angustia y transgresores en potencia de la ley. Por eso es aconsejable que tanto nuestra sociedad como nuestros legisladores se preocupen de este problema tan serio y empiecen a crear centros de rehabilitación, dar educación en las escuelas, en los medios de comunicación, sobre los problemas y consecuencias del aumento de personas detenidas por posesión para el consumo de drogas, y la ley sea mas severa con los que proveen de drogas a los sujetos adictos o los que están por iniciarse.

Al tomar esto en cuenta al Estado no le saldría oneroso la manutención de los sindicados en los centros de detención, por lo que es conveniente que se tome en cuenta todo lo relativo a la prevención y rehabilitación de tales personas, aunado al criterio sustentado por Guillermo Alonso Monzón Paz en su obra Introducción al Derecho Penal Guatemalteco, Parte Especial que dice que: *“De capital importancia es el estudio del uso o consumo de drogas, fármacos o estupefacientes, ya que modernamente la persona que ejecuta cualquiera de esos actos es considerado en la doctrina como un verdadero enfermo que necesita tratamiento especializado mediante el internamiento en un centro de readaptación y no como un delincuente cuya conducta merece la aplicación de una sanción.*

En este sentido la posición de nuestro Código Penal ha sido malinterpretada en perjuicio de los consumidores de drogas, ya que los tribunales de justicia haciendo aplicación de la analogía los someten a procedimiento criminal y les imponen penas de prisión y multa.

En efecto como punto de partida para sostener este criterio, debemos señalar que los principios en que se sustenta el Código Penal Vigente son, el principio de

legalidad y la prohibición de juzgar por analogía establecidos en los Artículos 1º. Y 7º. Prohibiendo expresamente a los tribunales la aplicación de penas o la persecución de delitos que no estén perfectamente tipificados en todos sus elementos dentro de la ley por otro lado nuestro Código, al regular los llamados “estados peligrosos” y la aplicación de “medidas de seguridad” establece: a) en su Artículo 87 inciso 7º. Que al sujeto toxicómano se le considera como peligroso o con índices de peligrosidad; y, b) en su Artículo 94 establece como medida de seguridad para los que ingieren drogas tóxicas o estupefacientes su internamiento en un establecimiento para su rehabilitación.”³

8.6 De la necesidad de reformar los Artículos 39 de la Ley Contra la Narcoactividad y 264 del Código Procesal Penal

Basado en el anterior análisis puedo afirmar que las medidas sustitutivas y la prisión preventiva, contempladas en los Artículos 264 y 259 respectivamente de nuestro ordenamiento procesal vigente Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentran mal aplicadas en relación a los delitos de posesión para el consumo, tipificado en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala; y al delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas contemplado en el Artículo 97A de la Ley de Armas y municiones.

¿Por qué? Como tenemos conocimiento el delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas goza del beneficio de la aplicación de cualquiera de las medidas sustitutivas contempladas en nuestro ordenamiento procesal vigente ya que este no lo prohíbe, así también tenemos conocimiento que el delito de posesión para el consumo no goza de este privilegio ya que así lo establece éste. Ahora bien se plantea la interrogante ¿qué es más peligroso una persona que porte y consuma

³ Guillermo Alfonso Monzón Paz “Introducción al Derecho Penal Guatemalteco”. Pág. 162.

estupefacientes, o una persona que porte y/o utilice ilegalmente un arma de fuego defensiva y/o deportiva, ambos en un determinado conglomerado social? Al tener un criterio amplio se puede establecer que si bien es cierto una persona que porte y consuma estupefacientes hace un daño, pero el daño relativamente no se lo hace directamente a la sociedad si no que el daño se lo esta haciendo la misma persona que consuma dichos estupefacientes en su salud, economía, relaciones sociales, etc. Por otro lado una persona que porte y utilice un arma de fuego defensiva y/o deportiva, el daño directo va dirigido a la sociedad donde la persona transite o resida, lo que conlleva a establecer que es mas peligrosa una persona que porte y utilice ilegalmente un arma de fuego defensiva y/o deportiva, que una persona que porte y consuma estupefacientes; pero resulta que una persona que comete el ilícito penal de Portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas cuando es llevado a los órganos jurisdiccionales correspondientes a resolver su situación jurídica se le aplica una o varias de las medidas sustitutivas por tener derecho a este beneficio y en ningún momento se constituye alguna persona como querellante adhesiva y/o actor civil en contra de este; pero cuando es puesta a disposición de un órgano jurisdiccional una persona por el delito de posesión para el consumo, a este según la cantidad incautada de estupefacientes se ordena su libertad por falta de mérito sin ligarlo al proceso aún cuando se cuente con la evidencia necesaria para ligarlo al mismo, o se le aplica Prisión Preventiva, pero en ningún momento cabe la posibilidad de aplicarle una medida sustitutiva ya que este delito goza de dicho beneficio, por que así lo establece nuestro ordenamiento procesal penal vigente, en su artículo 264 antepenúltimo párrafo.

8.7 Propuesta de reforma del Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República

El proyecto de iniciativa de ley, que el sustentante de la presente tesis de grado, propone presentar al Congreso de la República de Guatemala, por medio de las personas jurídicas que tienen iniciativa de ley busca que se modifique o amplíe la regulación al Código Procesal Penal Guatemalteco, así como en el Decreto 48-92 del Congreso de la República Ley Contra la Narcoactividad en su Artículo 39 que

contempla el delito de posesión para el consumo. Logrando con esto actualizar el Artículo 264 relacionado a las medidas sustitutivas, y derogar el penúltimo párrafo del mencionado artículo ya que este es la limitante que tiene el ilícito penal de posesión para el consumo para el otorgamiento del beneficio de las medidas sustitutivas contempladas en nuestro ordenamiento procesal penal vigente.

8.7.1. Bases para una propuesta de reforma

El Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República indica textualmente: *Posesión para el consumo*: Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q. 200.00 a Q10,000.00 se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.

El Artículo 264 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República indica textualmente: *sustitución*: siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

- El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.

- La prohibición de salir sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

“En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la prestación de caución económica.” **“Siempre y cuando la misma no sea inferior al cien por ciento (100%) de los tribunos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que a petición del juez determine la administración tributaria”.**⁴

De los preceptos legales anteriormente citados se puede establecer que definitivamente el delito de posesión para el consumo no goza del beneficio de medidas sustitutivas, pero a criterio del sustentante es necesaria la aplicación de la misma en tales delitos.

Al Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad debería de adicionársele la siguiente frase: *“Si el sindicado no fuere reincidente, delincuente habitual, se le impondrá cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal”.*

Al Artículo 264 del Código Procesal Penal debería reformarse, únicamente en su penúltimo párrafo, que indica lo siguiente: *“También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del decreto No. 48-92 del*

⁴ Declarado Inconstitucional según expediente 1555-2001 de la C.C. de fecha 23-01-2003

Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad a excepción del delito de posesión para el consumo”.

Con estas reformas realizadas al ordenamiento procesal penal el delito de posesión para el consumo gozaría del beneficio de las medidas sustitutivas.

El Juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinante para regular la sanción.

Aunque en la presente exposición ya se señaló las críticas a la norma referida, a continuación se detallan bases para las que el Artículo 39 del Decreto 48-92 Ley Contra la Narcoactividad debe ser reformado.

- En lo relacionado a la posesión para el consumo de drogas causa un daño al sindicado y por esto que una decisión judicial no puede basarse tomando en cuenta la peligrosidad sino la condición de enfermedad que padece el sindicado.
- Cuando se refiere a la forma de vida anterior del condenado, estaría el juzgador castigando por la forma de ser, estableciendo la culpabilidad de autor, sin importar las circunstancias que se pudieron dar para que él cometiera tal delito.
- Una de las bases más importantes, a criterio del autor de la presente tesis, es que si se vive en un estado democrático de derecho, al sindicado del delito de posesión para el consumo de drogas, debe dársele la oportunidad de rehabilitarse y no solo sancionarlo con prisión, pues es considerado un enfermo que necesita rehabilitación.
- Si los jueces valoraran la integridad, el bienestar y la integración a la sociedad como un ser útil a la sociedad, estarían haciéndolo en forma objetiva.

Para esclarecer lo manifestado anteriormente me constituí al centro administrativo de gestión penal, de la ciudad capital para investigar cuantos casos se dieron en el año 2005, de delitos de posesión para el consumo de drogas, así mismo si era más frecuente en hombres o en mujeres, y es mas común en hombres con una totalidad aproximada de 780 hombres a quienes se les incauto entre 3 y 8 bolsitas de marihuana y entre 1 y 3 sobres de cocaína promedio, asimismo 350 mujeres a quienes se les incauto entre 1 y 4 bolsitas de marihuana y entre 1 y 3 sobres de cocaína promedio.

También se estableció que los jueces según su criterio establecen según la cantidad de droga incautada a los detenidos para poder tipificarles el delito como posesión para el consumo u otro delito.

La mayoría de detenidos oscilan de los 18 a los 23 años de edad, teniendo cierto grado de instrucción, pudiendo ver que los jóvenes son los que están más propensos al consumo de drogas. La droga incautada era: marihuana, cocaína, crack, ésta última en menores cantidades, siendo más comunes las dos primeras.

La cantidad promedio encontrado en los sujetos detenidos por la posesión para el consumo de droga fue de 5 bolsitas de marihuana, 4 gramos de cocaína, y 4 piedrecitas de crack.

En las detenciones realizadas no se les otorgó ninguna medida sustitutiva, y en los casos de reincidentes, se tramitaban el procedimiento abreviado, cuando se les incautaba más de 5 bolsitas, y el criterio de oportunidad cuando no eran reincidentes y se les incautaba menos de 5 bolsitas.

CONCLUSIONES

1. Las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece el Código Procesal Penal, para lograr la libertad de las personas sindicadas de algún delito, para evitar su encarcelamiento o restringirles su libertad, y garantizar con ellas el precepto constitucional como lo constituye la libertad de toda persona.
2. La función de las medidas sustitutivas en el contexto de la sociedad guatemalteca, es la de garantizar que la justicia se aplique a quien se le sindeque de haber cometido algún ilícito penal, garantizando con ello los resultados del juicio, así como dejar con pronta acción su libertad a las personas, garantizando el principio de inocencia.
3. La prisión preventiva es un mecanismo de control social que debe ser utilizado en casos excepcionales, pues la regla es la libertad, toda vez que una persona es inocente mientras no se le demuestre lo contrario en juicio.
4. Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva constituyen uno de los medios idóneos para resolver el grave problema de la superpoblación en los centros de prisión.
5. Aplicar las medidas sustitutivas a las personas que cometen el ilícito penal de posesión para el consumo, contemplado en el Artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, es de beneficio para los sindicados ya que se les puede otorgar ayuda para lograr curarlos y así evitar que vuelvan a cometer el mismo ilícito, y ayuda a descongestionar los centros preventivos.
6. La medida sustitutiva es mal aplicada en relación al delito de portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, toda vez que es un delito que tiene gran trascendencia social, y una persona que se le sindeque de portar un arma

de fuego sin la debida autorización para hacerlo, tiene en su mente usarla en forma indebida, consecuentemente esta persona es de alta peligrosidad, y no debe ser beneficiado con medidas sustitutivas, por lo contrario se les debe aplicar la medida de coerción de prisión preventiva.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe de velar por el bien común, (es un precepto constitucional) otorgándoles a los ciudadanos que han cometido el delito de posesión para el consumo una oportunidad de rehabilitación, creando para el efecto centros de rehabilitación para esos, los cuales deben de prestar sus servicios en forma gratuita.
2. Las medidas sustitutivas llevan implícito un derecho fundamental como el de garantizar la libertad de todo ciudadano, que esté sindicado de algún delito, sin que haya discriminación alguna ya que va en contra de lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, por tal razón los jueces antes de emitir una resolución deben de recordar el principio constitucional de igualdad.
3. El Artículo 39 del Decreto 48-92 de la Ley Contra la Narcoactividad vigente, y el Artículo 264 del Código Procesal Penal, y 97A de la Ley de Armas y Municiones, deben ser reformados por el congreso de la República.
4. El sistema judicial debe de aplicar la prisión preventiva únicamente cuando se tenga el límite absolutamente indispensable para asegurar la presencia del imputado al proceso y éste se niegue a comparecer, o cuando se presuma el peligro de fuga o de obstaculización a la averiguación de la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ELIZARDI, Mario, **Técnicas de estudio e investigación**. Edición estudiantil Fénix, cooperativa Ciencias Políticas, Universidad de San Carlos de Guatemala, 4ta edición, Guatemala 1990, 90 págs.
- ANTOLISEI, Francisco, **Manual de derecho penal**. Ed. Uteha, Argentina 1960, 603 Págs. (s.e).
- BAVABESCO DE PRIETO, Ana Marina, **Las técnicas de investigación**. manual para la elaboración de tesis monográficas e informes. España 1980, 340 Págs.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. Heliasta, Buenos Aires 1974 CV. (s.e.) (s.E.).
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, Prólogo del Doctor Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta S.R.L.(s.l.i.). (s.f.)
- CASTELLANOS, Carlos, Derecho Procesal Guatemalteco. **Curso de procedimientos penales**. Tipografía Nacional Guatemala. 1938. (s.e.).
- CUELLO CALON, Eugenio, **Derecho penal**. Ed. Borch 13 a. España 1975, 2V en 4t. (s.e.).
- DE MATAVELA, José Francisco y De León Velasco, Aníbal, **Derecho penal Guatemalteco**. Imprenta el Ditto de oro, 7ª Edición Guatemala 1995.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, **Manual de derecho penal guatemalteco**. Parte general. (s.e.). (s.E.).(s.l.i.) (s.f.).
- FUNDACIÓN TOMAS MORO, Fundación "**Diccionario jurídico Espasa**". Editorial Espasa Calpe, S. A. España, 2001. (s.e.).

- HURTADO AGUILAR, Hernan, **Derecho penal compendiado**. Ed. Landivar Guatemala, 1974, 177 Págs. (s.e.).
- JIMENES DE ANSUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Editorial Losada, Buenos Aires 1963, 6V. (s.e.).
- JURGEN, Bauman, **Derecho procesal penal, Conceptos fundamentales y Principios**. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989. (s.e.)
- GARRONE, José Alberto. **Diccionario manual jurídico Abeledo-Perrot**. Nicaragua, Buenos Aires Argentina.(s,e,) (s.E.) (s.l.i.) (s.f.)
- LIGNED, Lavastrini, M y V.V. Stancio, **Compendio de criminología**. Editorial jurídica mexicana, México 1959, 420 Págs. (s.e.).
- MANUAL DEL FISCAL. Ministerio Público de la República de Guatemala. Centro América, 2001, 2ª Edición (s.E.) (s.l.i.).
- MANZINI, Vincenzo, **Tratado de derecho penal**. Primera parte, teoría general, editorial Ediar, Buenos Aires 1948, 320 Págs. (s.e.).
- MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso, **Introducción al derecho penal guatemalteco**. Ed. Gardiza. Guatemala 324 Págs. (s.e.).
- MORGAN SANABRIA, Rolando, **Material de apoyo, para el curso planeación del proceso de investigación Científica**. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala 2,000, 53 Págs. (s.e.).
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**. Ed. Heliasta, Argentina, 1999 Microsoft. Enciclopedia Microsoft Encarta 2007, Estados Unidos, 2006. (s.e.).
- PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. Nauta, Quinta edición, Barcelona España, 1959. 4v. (s.E.).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Editorial Espasa Calpe, S.A. España, 1999. (s.e.).

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, **Criminología**. Editorial Parrera, S.A. México 1982, 546 Págs. (s.e.).

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional constituyente, 1986.

Convención americana sobre Derechos Humanos. Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica, 1969.

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto 62-98, 1998.

Ley Contra la Narcoactividad. Congreso de la República, Nuevo Decreto 62-98, 1998

Ley de Armas y Municiones. Congreso de la República, Decreto 39-89, 1989.