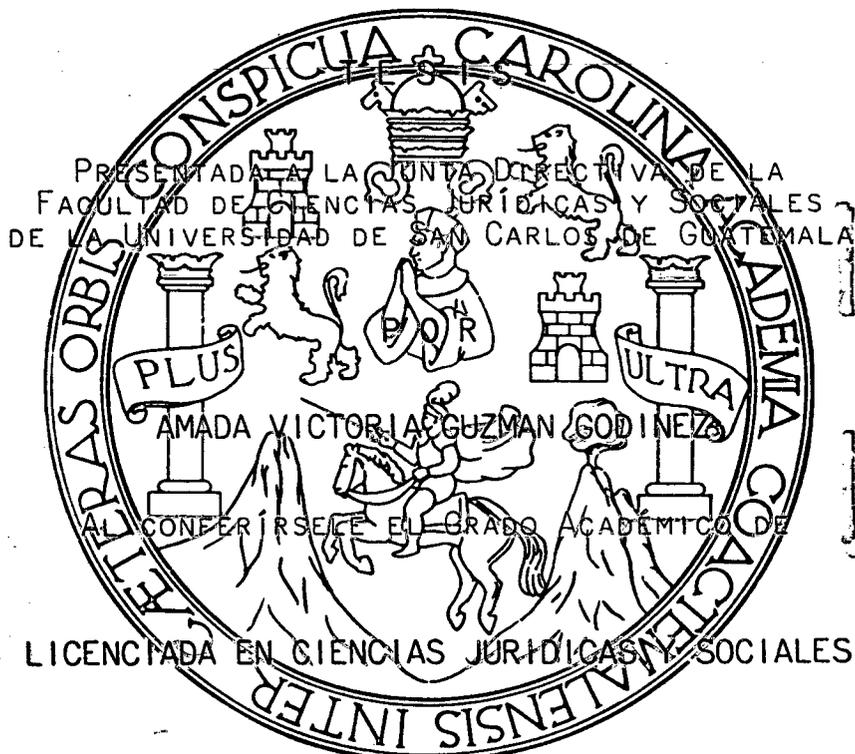


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"LA INTERPRETACION Y LA APLICACION DEL CRITERIO
DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL"



Y LOS TÍTULOS PROFESIONALES DE

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, JULIO DE 1994.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(1423)

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

PARA TRABAJOS DE TESIS PENDIENTES DE IMPRESION

Se ruega tomar nota que la JUNTA DIRECTIVA de esta Facultad, está integrada actualmente por las siguientes personas:

- | | |
|------------|--|
| DECANO | <u>Lic. Juan Francisco Flores Juárez</u> |
| VOCAL I | <u>Lic. Luis César López Peralta</u> |
| VOCAL II | <u>Lic. José Francisco de Mata Vela</u> |
| VOCAL III | <u>Lic. Roosevelt Guevara Padilla</u> |
| VOCAL IV | <u>Br. Erick Fernando Rosales Orizabal</u> |
| VOCAL V | <u>Br. Fredy Armando López Fajó</u> |
| SECRETARIO | <u>Lic. Carlos Humberto Handoa Sathancourt</u> |

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

- | | |
|-----------------------|--|
| DECANO (en funciones) | <u>Lic. Javier Román Hinestroza López.</u> |
| EXAMINADOR | <u>Lic. César Rolando Solares Salazar.</u> |
| EXAMINADOR | <u>Lic. Edgar Mauricio García Rivera.</u> |
| EXAMINADOR | <u>Lic. César Augusto López Avila.</u> |
| SECRETARIO | <u>Lic. Maura Ofelia Paniagua Corzantes.</u> |

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico - Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



Guatemala ciudad,
21 de JUNIO de 1994.
SECRETARIA

23 JUN. 1994
RECIBIDO
Hora 12 Minutos 20
OFICIAL

Señor Decano de la
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales,
Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez.

Señor Decano:

Por resolución del Despacho, fechada el 1 de octubre -
de 1993, fui designado Consejero en el trabajo de tesis de la seño-
rita AMADA VICTORIA GUZMAN GODINEZ, cuyo título es LA INTERPRETA-
CION Y LA APLICACION DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL.

La referencia es al Decreto Número 51-92 del Congreso
de la República, que contiene el nuevo Código Procesal Penal, aun-
que la ponente hace relaciones con legislación comparada de algunos
países de América Latina.

El criterio o principio de oportunidad sigue siendo -
excepcional en el nuevo Código, con mayores limitaciones para el -
acusador u ofendido, puesto que el Ministerio Público, por medio -
del Fiscal General de la Nación, monopolizará la acción pública pe-
nal y la parte afectada sólo será sujeto adhesivo. De la misma ma-
nera se centraliza en la Fiscalía la investigación y, por supues-
to, la persecución penal, dándosele facultades para sugerir sobre-
seimientos o archivo de expedientes o para iniciar o no el proce-
so, en una especie de presupuestos procesales, a los que, sin du-
da, se acomodarán los jueces, dándose, así, una contradicción al -
principio de indisponibilidad, aparte de que con el régimen de con-
versión a acción privada, según el inciso 3) del artículo 26, ha-
bría un claro desfase con la ley penal sustantiva vigente, que ha-
ce calificaciones de delitos patrimoniales sujetos a acción públi-
ca y, por tanto, no susceptibles de conversión.

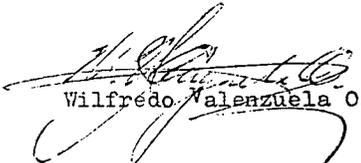
La señorita Guzmán Godínez comparte esas opiniones -
y, en encuestas que realizara, cuestiona el hecho de que el crite-
rio de oportunidad, tal como se regula en el nuevo Código Procesal
Penal, podría determinar la continuación de la impunidad.

.....

Estimo que el trabajo es importante para la futura aplicación del nuevo Código, sobre todo por las oportunas sugerencias de la señorita Guzmán Godínez, respecto a la preparación y capacitación de Fiscales y, desde luego, de jueces, de modo que adquieran condiciones de eficacia; se reestructure administrativamente la Fiscalía para lograr verdadera carrera fiscal, que habrá también que trasladarse a la carrera judicial, bajo el adiestramiento, estudio y conocimiento exacto en el trazo de la política criminal que el Estado todavía no ha formulado con claridad, así como tomar conciencia de los factores criminológicos y económicos de nuestra sociedad, de manera que esos elementos hagan posible una administración para la justicia técnicamente planificada y realizada, y una administración de justicia con celeridad, indiscriminada y, sobre todo, justa, equitativa y socialmente proyectada.

El trabajo de la señorita Guzmán Godínez es un buen aporte en el estudio de la institución que habrá de aplicarse en la actividad procesal penal del país y, una vez el señor Revisor emita dictamen, se lleve a la discusión en el acto académico respectivo.

Atentamente.

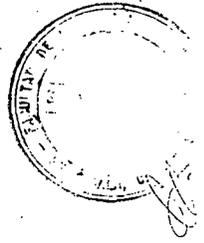

Wilfredo Valenzuela O.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, junio veintitres, de mil novecientos noventa-
cuatro. -----

Atentamente pase a la Licenciada ROSA MARIA RAMIREZ SOTO
DE ESPINOZA, para que proceda a revisar el trabajo de te-
sis de la Bachiller AMADA VICTORIA GUZMAN GODINEZ y en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente. -----



Ramirez



Rosa María Ramírez Soto de Espinoza

ABOGADA Y NOTARIA

OFICINA: 13 Calle 18-08, Zona 1 - Teléfono: 80-6-36

Guatemala, C. A.



2230-94

Guatemala,
13 de julio de 1,994.-

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Su Despacho-

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

13 JUL 1994

RECIBIDO
Hora: _____ Minutos: _____
OFICIAL: _____

Estimado Señor Decano:

Por este medio, ante usted muy respetuosamente me dirijo, con el objeto de informarle que procedí a revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller AMADA VICTORIA GUZMAN GODINEZ, el que se denomina "LA INTERPRETACION Y LA APLICACION DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL"

El trabajo contiene un estudio acucioso sobre una institución realmente novedosa para nosotros y que se incorporó a la Legislación Penal Guatemalteca a través del Decreto número 51-92 del Congreso de la República por lo que constituye un aporte valioso que servirá de guía a aquellos que tienen que llevar a la práctica las normas de la nueva legislación procesal penal, el mismo se fundamenta en bibliografía suficiente.

Por lo que cumpliéndose con los requisitos establecidos para el efecto recomiendo su impresión.

Quedo del señor Decano como su atenta servidora,

LICDA. ROSA-MARIA RAMIREZ SOTO DE ESPINOZA
ABOGADA Y NOTARIA

LICDA. ROSA MARIA RAMIREZ SOTO DE ESPINOZA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, julio catorce, de mil novecientos novecicuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis de la Bachiller AMADA VICTO
RIA GUZMAN GODINEZ intitulado "LA INTERPRETACION Y LA APLI
CACION DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL" Ar -
tículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesiona
les y Público de Tesis. -----

ACTO QUE DEDICO A:

- A DIOS: Porque "El principio de la sabiduría es el temor a -
Jehová" Prov. 1:7. Guía de mi vida y quien me ha permiti-
do este triunfo.
- A MIS MADRECITAS: OLIVIA VICTORIA FUENTES DE GODINEZ (QEPD)
EMILIA HIRLANDA GODINEZ FUENTES DE
CONSUEGRA.
Cuyo amor, abnegación y sacrificio me impul-
saron por la senda de la superación, grati-
tud eterna para ellas por el apoyo completo-
que me han brindado.
- A MI ESPOSO : Dr. MARCO ANTONIO ZUÑIGA ARGUETA
A quien el Señor puso en mi camino, y ha si-
do Bendición para mi vida, gracias por su a-
mor, comprensión y apoyo durante toda mi vi-
da estudiantil universitaria, como amigo, --
prometido y ahora esposo; y cuyo ejemplo me-
ha incentivado.
- A MIS HERMANAS : OLIVIA ARACELY Y KARLA CRISTELL.
Gracias por su amor y comprensión incondi-
cional, como muestra innegable de mi cariño.
- A MI ABUELO Y
PADRE : ALBERTO GODINEZ MONZON Y CARLOS ENRIQUE CON-
SUEGRA FAJARDO.
Por el apoyo moral en cualquier momento de -
mi vida.
- A MIS SOBRINOS : TORAL ALEJANDRO, JONATHAN ESTUARDO Y MADAI-
DODANIM a quienes amo con todo el corazón.
- A MIS SUEGROS : ESTHER ARGUETA DE ZUÑIGA Y MARCO ANTONIO ZU-
ÑIGA GARCIA.
Por el amor sincero y apoyo que me han brin-
dado.
- A MIS CUÑADOS : HECTOR ALFREDO, ANDY OTTONIEL, SILVANA ESTHER
Y ERICK ESTUARDO.
Por el apoyo moral, amor sincero y respeto -
que me han dado.
- A LOS AMIGOS DE
SIEMPRE : Lupita, Mildred, Blanca, Nidia, Rony, Salva-
dor, Beatriz, Carmelita, Don Gerzon, Veróni-
ca, Lucrecia, Gladis Lara, Claudia, Aracely,
José Joaquín, y Gladis de García.
- A MIS PADRINOS DE GRADUACION.
A LA IGLESIA " LLUVIAS DE GRACIA ".
A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, fuente del saber.

INTRODUCCION

En nuestro país la delincuencia ha proliferado sensiblemente, lo cual ha producido altos índices de criminalidad, sin contar con la cifra negra, a tal extremo que el Sistema de Administración de Justicia Penal, es inoperante ante tal fenómeno delincencial. El principio de legalidad imperante en el sistema penal, el cual es insuficiente, las condiciones actuales demuestran que es una farsa pretender que el Ministerio Público ejerza la persecución penal e investigue todos los hechos delictivos que se le presenten, es imposible económica y humanamente, pretender que con la misma fuerza e interés investigue todos los delitos.

Por lo precedente, el principio de legalidad está en crisis, necesita escapes para poder lograr estabilidad en su aplicación, de ahí, la incorporación en la legislación alemana del principio de oportunidad, como excepción al de legalidad. En América Latina, nuestro país va a la vanguardia en lo que ha transformación del sistema de administración de justicia se refiere, y dentro de la misma, incorpora el principio de oportunidad, otros países tienen actualmente proyectos de Código Procesal Penal, en el cual introducen también dicho principio.

La incorporación del principio de oportunidad en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, siguiendo el esquema del Código Procesal Modelo para Iberoamérica y de la Ordenanza Procesal Penal de Alemania Federal, en forma limitada, constituye una innovación, y esto, porque de hecho o informalmente, siempre se ha aplicado la selección espontánea por parte de los operadores directos del sistema, siendo ésta arbitraria, sin seguir ninguna directriz, por lo que, la regulación de criterios específicos de selección de casos, es un avance para intentar acabar con la selección irregular que se practica dentro del sistema.

El criterio de oportunidad, así denominado en el Decreto 51-92, va dirigido a los delitos insignificantes o de poca frecuencia que no afecten gravemente el interés público, cuando la culpabilidad del sindicado sea mínima, etc., regulando ciertos controles formales para su aplicación.

Sin embargo, debe quedar claro, que no depende únicamente de una moderna institución, la efectiva administración de justicia, pues se requiere de toda una dinámica en donde el elemento humano juega un rol determinante, puesto que las leyes no movilizan a las personas, sino que las personas agilizan y ponen en práctica las leyes. Para finalizar, hago énfasis que con el criterio de oportunidad, así denominado en el Decreto 51-92, no se trata de autorizar al Ministerio Público para transar o conciliar a su antojo, sino de reconocer superiores intereses jurídicos, que hacen innecesario el proceso penal y la pena.

LA AUTORA.

**INTERPRETACION Y APLICACION DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN
LA NUEVA LEGISLACION PROCESAL PENAL**

	PAG.
INTRODUCCION	
CAPITULO I	ASPECTOS TEORICOS FUNDAMENTALES
1.	Sistemas procesales penales 3
1.1	Sistema acusatorio 3
1.2	Sistema inquisitivo 5
1.3	Sistema mixto 7
1.4	Sistema Procesal Penal introducido en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 9
2.	Sistemas de Interpretación Jurídica 9
3.	La Función de Ministerio Público en el Sistema Procesal Penal Mixto Moderno 13
3.1	Principios orientadores de la función acusadora 17
3.1.1	Principio acusatorio formal 17
3.1.2	Principios de unidad y jerarquía 18
3.1.3	Principio de independencia 20
3.1.4	Principios de imparcialidad y objetividad 23
3.1.5	Principio de legalidad 24
3.1.5.1	Crisis del principio de legalidad 26
3.1.6	Principio de oportunidad 28
3.1.6.1	Fundamentos del principio de oportunidad 32
CAPITULO II	LA PERSECUCION PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
1.	Antecedentes del principio de oportunidad en el proceso penal anglosajón 39
2.	Antecedentes del principio de oportunidad en América Latina 41
3.	Introducción del Principio de oportunidad en el sistema de administración de Justicia Penal guatemalteca 45
3.1	Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala (Maier-Binder) 46
3.2	Decreto número 51-92 del Congreso de la

República de Guatemala	49
3.2.1 Facultad del acusador oficial	52
3.2.2 Condiciones	53
3.2.3 Control Judicial	54

CAPITULO III	CONDICIONES NECESARIAS QUE COADYUVARAN PARA LA CORRECTA INTERPRETACION Y APLICACION DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD	58
1.	Condiciones técnicas	59
1.1	La profesionalización de los fiscales	60
1.1.1	Carrera fiscal por oposición	61
1.1.2	Conocimientos necesarios	62
	a) Política criminal	62
	b) Criminología	65
	c) Sociología criminal	66
	d) Criminalística	67
2.	Condiciones administrativas	69
2.1	Reorganización de la Sección de Fiscalía	69
2.1.1	Organización de una Dirección de Política Criminal	70
3.	Unidad de Criterio: Ministerio Público-Órgano Jurisdiccional	71
3.1	Importancia del efectivo control judicial	72

ANALISIS DE RESULTADOS

REPRESENTACION GRAFICA DE RESULTADOS

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

ASPECTOS TEORICOS FUNDAMENTALES

1. Sistemas procesales penales

La historia del proceso penal nos presenta el desenvolvimiento del mismo, el cual ha pasado por diversos sistemas, cada uno con sus respectivas peculiaridades y características propias, siendo éstos: inquisitivo, acusatorio y mixto, citando a continuación cada uno de ellos.

1.1 Sistema acusatorio

En general ésta forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal dominó el mundo antiguo. La Licenciada Gladis Yolanda Albeño Ovando, en su trabajo de tesis expone: " Es el que aparece primero en la historia del proceso penal, y tiene sus indicios en las comunidades primitivas, dándose con certeza en los pueblos orientales, tal como China e India, floreciendo en Grecia, en el Derecho germánico, de apogeo en Roma". (1).

Es indudable, y así nos lo enseña el estudio de la historia del proceso penal, que existe una gran relación entre las ideas políticas propias de una sociedad y, el sistema que utiliza para juzgar a quienes se les atribuye la comisión de hechos delictivos. El Doctor Luis Paulino Mora Mora, en el Congreso Regional sobre Reforma de la justicia penal, expuso al respecto lo siguiente: " El Sistema acusatorio resulta propio de regímenes liberales, sus raíces las encontramos en la Grecia democrática y la Roma republicana, en donde la libertad y la dignidad del ciudadano -no nos referimos a quienes no tenían esta categoría- ocupan un lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico". (2).

El nombre del Sistema se justifica por la importancia que en él adquiere la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio, veremos luego, que la pasividad del juez es característica de este sistema, por ello le resulta imposible actuar de oficio, debe ser legalmente excitada su actuación, la cual puede proceder de cualquier ciudadano cuando se trata de delitos públicos.

Otros principios importantes de este sistema son la oralidad, la publicidad y el contradictorio. Tanto en Grecia, como en Roma la oralidad fue consustancial al proceso, dado que la escritura no había alcanzado el desarrollo y utilización que más tarde lograría, la forma de expresión dominada por toda la gente, necesariamente fue la oral, es por ello, que tanto frente al Areópago como ante el

Senado, se hicieron de viva voz los planteamientos y, seresolvían de la misma forma los asuntos llevados al conocimiento de dichas instancias.

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio, reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el Tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan, y condicionan unos con otros, el principio fundamental, que le da el nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito, y los límites de su decisión, están condicionados al reclamo de un acusador y al contenido de este reclamo: "Nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio" y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del inculgado frente a la imputación que se le atribuye.

Generalmente, en los regímenes políticos democráticos, se utilizan sistemas procesales en los que se aplican la mayoría de los principios que informan este sistema, por posibilitar en mayor medida el respeto a los Derechos de los ciudadanos y porque el pueblo tiene una mayor ingerencia en la administración de justicia.(3)

Características del Sistema Acusatorio:

a) La jurisdicción penal reside en Tribunales populares, en ocasiones verdaderas asambleas del pueblo, constituido por un gran número de ciudadanos.

b) La persecución penal se coloca en manos de una persona física (no de un órgano del Estado) el acusador, sin él y la imputación que se dirige a otra persona, no existe el proceso, el Tribunal tendrá como límites de su decisión el caso y las circunstancias en él planteadas.

c) El acusado, es un sujeto de Derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el proceso no varía, hasta la condena, en relación al poder penal del Estado, si bien se conciben medidas de coerción, su privación de la libertad durante el enjuiciamiento, es una excepción.

d) El proceso, en lo fundamental, consiste en un debate público, oral, continuo y contradictorio, escuchando los jueces que integran el Tribunal los medios de prueba, los fundamentos y los alegatos. En la antigüedad incluso el juicio se llevaba a cabo al aire libre, en el foro o plaza pública, más tarde, sin renegar de la publicidad popular, fue

de casos que a él ingresan; pero, al no existir control alguno, lo hacen en forma caótica, informal e irracional, en manos de operadores ignotos, y sin que resulte posible conocer el criterio utilizado para realizar la selección". (6)

La oportunidad como excepción, es el sistema utilizado y adoptado por la Ordenanza Procesal Penal alemana, que consagra como regla al principio de legalidad (Artículo 152, párrafo 2o.), constituyendo la aplicación del principio de oportunidad un supuesto de excepción a este principio general (Artículos 153 y 154), siguiendo este esquema el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que como indiqué anteriormente, ha servido de antecedente en América Latina para la transformación de la política criminal en nuestro país.

Asimismo, las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se hallan taxativamente enumeradas en la ley, sea procesal o sustantiva, la Ordenanza Procesal Penal alemana, regula directamente los presupuestos de aplicación del principio de oportunidad, y por regla general, su aplicación al caso concreto se encuentra sujeto a la aprobación del Juez competente. Sintetizando, el modelo descrito, limita considerablemente las facultades discrecionales del Ministerio Público (diferente el caso del modelo norteamericano, con fuerte influencia del Derecho anglosajón), al establecer la aplicación excepcional del principio de oportunidad, sobre la base de criterios expresamente determinados en la ley y sujetando su aplicación al control jurisdiccional.

La transformación de la administración de justicia en Guatemala, que implica un cambio integral, ha servido de antecedente a su vez para proyectos presentados en latinoamericanos, como El Ecuador, siendo sus redactores los Doctores Fabián Guido Flores, Rodrigo Buchelimer y Alberto M. Binder, con la asistencia técnica de ILANUD; y entre otros, el anteproyecto salvadoreño, en el cual participó también el Doctor Binder, siguiendo en lo fundamental las directrices del modelo guatemalteco.

En el proyecto de Código de procedimiento penal para la República de Ecuador, en el artículo 34, se refiere al principio de oportunidad en el ejercicio de la persecución penal, pero el epígrafe indica: "Discrecionalidad"; se busca de este modo controlar la discrecionalidad ya existente (que está en manos de policías, funcionarios o empleados subalternos) y, al mismo tiempo, tratar de resolver el problema de la sobrecarga endémica de trabajo de los tribunales, si no se intenta resolver ese problema, las bondades de cualquier sistema corren el peligro del fracaso. El artículo citado, se funda en las ideas de economía procesal, y de búsqueda de ideas alternativas para los casos de menor importancia, el efecto buscado es que, los siempre escasos recursos de la administración de justicia se apliquen a los casos que

afecten más gravemente a la sociedad, y acabar con la ficción de que los tribunales se ocupan de todos los casos, cuando en realidad, se ocupa de unos pocos y generalmente, de los de menor importancia. El artículo 34 del proyecto citado, prescribe: "Discrecionalidad: En las acciones que deben ser ejercidas de oficio, el Ministerio Público o el imputado, pueden solicitar al juez o al Tribunal, hasta el momento de la clausura del juicio, que se prescinda de la acción penal, total o parcialmente, limitarla a alguna de las infracciones, o a alguna de las personas que participaron en el hecho, en los casos siguiente: 1) Cuando se trate de un acto que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por la mínima culpabilidad del autor o cómplice, no afecte el interés público; 2) Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del delito o la contravención, o hubiere contribuido decisivamente al esclarecimiento del hecho o de otro hecho más grave; 3) Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del acto, un daño físico o moral grave; 4) Cuando la pena que se espera por el acto o infracción del cual se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes actos o infracciones, o la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero".

Es importante analizar el artículo precedente, el cual no exige el consentimiento del agraviado, si lo hubiere, y tampoco la necesidad que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado, o bien, un acuerdo con el agraviado en ese sentido, lo cual puede resultar perjudicial para la víctima, puesto que prácticamente está excluida. Otra observación, es que en el proyecto ecuatoriano, no se excluyen a los empleados o funcionarios públicos que cometen delitos en el ejercicio de su cargo, de la aplicación del principio de oportunidad (al que denomina de Discrecionalidad), quienes cometen los delitos llamados de "Cuello blanco" o no convencionales, y a quienes no es prudente que se le aplique el principio de oportunidad, para acabar con la delincuencia privilegiada. El único caso en el cual el Ministerio Público puede reanudar el ejercicio de la acción penal, se contempla en el inciso 4) del artículo 34 del del proyecto ecuatoriano. Para finalizar el comentario sobre la regulación del principio de oportunidad en el proyecto mencionado, es interesante lo referente a que en las acciones que deben ser ejercidas de oficio, tanto el Ministerio Público como el imputado, pueden solicitar al Juez o Tribunal, hasta el momento de la clausura del juicio, que se prescinda del ejercicio de la persecución penal, dando oportunidad al imputado de solicitarlo; en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se regula que la aplicación del criterio de oportunidad sólo será posible, antes del comienzo del debate (artículo 286 primer párrafo), prescripción distinta al proyecto ecuatoriano supra indicado.

Ahora me permito hacer un análisis a la regulación del principio de oportunidad, en el anteproyecto del Código Procesal

Penal de la República de El Salvador (1993). Insisto en que a los proyectos comentados, el proyecto de Código Procesal Penal para Guatemala, ha servido de antecedente inmediato. El artículo 22 de dicho anteproyecto, establece lo relativo a la oportunidad de la acción pública, y que textualmente determina: "En las acciones públicas, el fiscal puede solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal, total o parcialmente; limitarla a alguna de varias infracciones; o alguna de las personas que participaron en el hecho, en los casos siguientes: 1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partcipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público; 2) Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del delito o la falta, o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el hecho o de otro más grave; 3) Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave; y, 4) Cuando la pena que se espera por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. Si el juez de oficio, considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, debe solicitar la opinión del Fiscal, quien debe dictaminar dentro de los tres días siguientes. El juez no puede aplicar un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal". La redacción del anterior artículo, es muy parecida a la del proyecto ecuatoriano, con la diferencia que no le da la facultad al imputado, para solicitar que se prescinda del ejercicio de la persecución penal.

El último párrafo del artículo ut supra citado, es más claro, al establecer que el juez no puede aplicar un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal, siendo el dictamen del fiscal obligatorio; en el artículo 286, último párrafo, del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, no se encuentra esa regulación en una forma tan determinante, porque dice que el juez competente (Juez de primera instancia o de paz, en su caso), podrá requerir el dictamen del Ministerio Público sobre la conveniencia de aplicar algún criterio de oportunidad, de donde si se interpreta restrictivamente, el dictamen del Ministerio Público no es esencialmente vinculante, puesto que al tenor de dicho artículo, el requerimiento es facultativo del juez.

3. Introducción del Principio de oportunidad en el sistema de administración de Justicia Penal guatemalteco.

Como expone el Doctor José I. Cafferata Nores, profesor de la Universidad de Córdoba, Argentina: " Quienes integramos la Comisión de reforma al Código de Procedimientos Penales de la Nación -creada en 1985 en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Educación-, coincidimos en concluir que era imprescindible

flexibilizar el principio de legalidad, si realmente queríamos el triunfo del nuevo sistema de enjuiciamiento que proponíamos". (7)

En el proyecto argentino aludido, se regula el principio de legalidad como regla general y el de oportunidad como excepción a aquél. En la exposición de motivos del proyecto del Código Procesal Penal aludido, en el punto X, señala que "Ningun sistema penal procesa todos los casos que se producen en una sociedad; por el contrario, las estadísticas universales y nacionales demuestran la escasa cantidad de casos que solucionan los diversos sistemas. Nuestro sistema se aferra todavía al llamado "Principio de legalidad", que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes". (8)

Con la introducción del Principio de oportunidad en la legislación procesal penal guatemalteca, se persigue, desde mi particular punto de vista, lograr una mejor persecución penal, cualitativamente considerada, priorizando la persecución de los delitos de mayor gravedad, y procurando con respecto de los delitos más leves, formas más económicas (economía procesal) de prescindir de la promoción o ejercicio de la acción penal, y en consecuencia, la readaptación social del sujeto activo del delito.

3.1 Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala (Proyecto Maier-Binder).

Incluí el análisis del principio de oportunidad en el proyecto original, debido a que se le hicieron varios cambios en la aprobación final, y las cuales considero importante plantear.

La redacción original preceptuaba literalmente lo siguiente: "Artículo 10. Oportunidad. En las acciones que deban ser ejercidas de oficio, se trate de delitos o de faltas, el Ministerio Público o la autoridad requirente (art. 414), con la autorización del Tribunal podrá prescindir de la persecución penal total o parcialmente, limitarla a alguna de varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, en los casos siguientes:-----

1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución o por la responsabilidad mínima del agente, no afecte el interés público, salvo que la pena mínima alcance los tres años de prisión o haya sido cometido por funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

2. Cuando la pena o medida de seguridad que se espera por el

hecho o infracción de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que probablemente se aplicará por los hechos o infracciones restantes.

3. Cuando la pena o medida de seguridad que se espera por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en otro país, si procede la extradición y entrega del imputado al país extranjero. En este mismo caso se podrá prescindir de la extradición activa.

4. Cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el Tribunal está autorizado a prescindir de la pena (perdón judicial), cuando el imputado hubiere hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución de un delito o falta, o sus consecuencias nocivas, o hubiere contribuido decisivamente al esclarecimiento del hecho, o cuando, como consecuencia del hecho, hubiere sufrido un daño físico o moral considerable y de mayor gravedad en relación a la pena que le correspondería.

5. Cuando durante el procedimiento se debe dar publicidad a hechos, datos o actuaciones que, según la ley, deben quedar en secreto, su divulgación afecte seriamente a la seguridad de la República de Guatemala y no existiere forma de evitar su difusión.

La decisión que prescinde de la persecución penal, hará caducar la acción pública correspondiente al hecho y en relación al partícipe en cuyo favor se decide; cuando ella se funde en la insignificancia del hecho sus efectos se extenderán de pleno derecho a todos los partícipes. Si dentro del plazo de tres meses la víctima no ejerciere la acción privada, conforme el artículo 17, inciso 1, se extinguirá la acción penal.

Sin embargo, por resolución judicial, en el caso de los incisos 2 y 3, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción penal hasta que se dicte la sentencia correspondiente, momento en el cual se decidirá definitivamente, con audiencia del Ministerio Público o de la autoridad requirente en el caso de las faltas. Si la sentencia no satisficere las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal, se podrá reanudar su trámite.

Quando, en el caso del inciso 4, la decisión se funda en la contribución del imputado al esclarecimiento del hecho o de otro hecho más grave, se podrá condicionar la extinción de la persecución penal al cumplimiento de la colaboración prometida o a la eficacia de la información. En ese caso, cumplida la condición se resolverá conforme el párrafo anterior, aplicado analógicamente".

La redacción original en lo relativo al Principio de oportunidad, transcrita, era más amplia, abarcando más criterios de selección que como fue efectivamente aprobado.

En opinión personal, el regulado en el inciso 4), referido anteriormente, hubiera sido un criterio de selección muy utilizado para lograr el esclarecimiento de hechos delictivos de mayor gravedad, sobre todo por los jueces de Narcoactividad, para atrapar a la delincuencia organizada y muchas veces privilegiada. Asimismo, el principio de oportunidad en el proyecto original, se aplicaba a delitos y a faltas, en el Decreto 51-92 sólo lo prescribe para delitos. A priori, enfatizo que la aplicación del principio de oportunidad a las faltas, hubiese sido de sumo beneficioso para descongestionar los Juzgados de Paz y la reparación rápida del daño causado a la víctima.

El artículo 248 y 249 del proyecto en análisis, ampliaba lo relativo al principio de oportunidad, y un aspecto que llama la atención, es que cuando el Ministerio Público considerase procedente en un caso concreto aplicar el principio de oportunidad solicitaría la autorización al órgano jurisdiccional competente, quien resolvería, y dicha resolución era inimpugnable. Era atinada dicha regulación, a mi parecer, debido a que la ley le daba la facultad al Juez, para requerir previamente la opinión de la víctima sobre la cuestión. La notificación de la resolución era obligatoria en todos los casos, a la víctima que hubiere denunciado el hecho.

En el Decreto 51-92, el auto que resuelva la aplicación del principio de oportunidad (al cual denomina Criterio de oportunidad) sí será recurrible, mediante el Recurso de apelación (Artículo 404 inciso 5, y último párrafo). Uno de los propósitos de incluir en la legislación el principio de oportunidad, es lograr la celeridad de los procesos, y por ende, el descongestionamiento de trabajo en los tribunales, por lo que el legislador hubiera prescrito la audiencia previa a la víctima en forma obligatoria, y no facultativa, siendo el control judicial de gran trascendencia, y entonces, la resolución correspondiente irrecurrible.

La tarea de incluir formalmente estos mecanismos de selección, obedece a un doble cometido: Canalizar jurídicamente la selección (para evitar el proceso selectivo espontáneo, que acentúa la concentración de la persecución penal en las capas sociales más bajas), y, excluir del sistema de administración de justicia penal, la selección irregular, sin parámetros concretos, racionalizándola.

A continuación desarrollaré la regulación del Principio de oportunidad en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, para lograr establecer los posibles contrastes, y sobre conclusiones importantes de esta institución.

3.2 Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

En el Decreto en cuestión, cuya vacatio legis fue prorrogada mediante el Decreto número 45-93 del Congreso de la República de Guatemala, que reformó el artículo 555 del Decreto 51-92, indicando que dicho Código entrará en vigencia el uno de julio de 1994, en dicho Código se introduce el principio de oportunidad, al cual le da la denominación de "Criterio de oportunidad"; doctrinariamente se le denomina principio de oportunidad.

Un aspecto muy importante que sí se regula en el referido Decreto, es la participación de la víctima, quien debe dar su consentimiento para la aplicación del Criterio de oportunidad (en el proyecto no se regulaba la necesidad dedicho consentimiento), siendo condición sine qua non que el imputado repare el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado en ese sentido, lo cual es justo para la víctima, que de otra forma estaría totalmente desprotegida, ante las facultades del Ministerio Público.

La autorización del Juez competente (Juez de primera instancia, generalmente, y, excepcionalmente Juez de paz, artículo 44 y 308, último párrafo) en principio fundamental, puesto que el Ministerio Público sólo propondrá abstenerse del ejercicio de la acción penal, con consentimiento del agraviado en su caso, al Juez, y éste en última instancia resolverá; en mi opinión debió el legislador prever una última audiencia a la víctima ante el Juez competente, similar a una RATIFICACION DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, previo a resolver en definitiva, y de esta manera evitar la regulación del Recurso de Apelación (Arto. 25) por dicha aplicación.

Además, se permite la institución de la CONVERSION, es decir, que las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme el procedimiento especial previsto (Arto. 474 al 483), y siempre que no produzca impacto social, en los casos taxativamente enumerados en el artículo 26 del Decreto relacionado; siendo uno de ellos, el del inciso 1) que preceptúa: " 1) Cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el CRITERIO DE OPORTUNIDAD"; en consecuencia, en el Decreto 51-92, se establece que la resolución sobre la solicitud de aplicación del criterio de oportunidad, es recurrible (lo que entorpecerá la celeridad deseada), y además, permite la conversión, no estableciendo un plazo máximo para solicitarla, el cual en el proyecto se determinaba en tres meses (artículo 10) y si la víctima no ejerciere la acción privada en la forma prevista, producía la extinción de la acción penal.

Los criterios regulados en el artículo 25 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, son los siguientes:-----

" Criterio de oportunidad. El Ministerio Público con consentimiento del agraviado, si lo hubiere, y autorización del Juez de primera instancia o de paz que conozca del asunto, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

1) Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando a pedido del Ministerio Público, el máximo de la pena privativa de libertad supere dos años de prisión, o se hubiere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo.

2) Cuando la culpabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo.

3) Cuando el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada.

En los casos anteriores es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado en ese sentido.

Si la acción penal hubiere sido ya ejercida, el juez de primera instancia o Tribunal podrá a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso".

El anterior artículo se complementa con lo prescrito en los artículos 285 y 286 principalmente.

De cualquier forma, la aplicación de un criterio de oportunidad, sólo será factible antes del comienzo del debate, de donde se colige que la autorización para su aplicación, al tenor del último párrafo del artículo 25, será hecha según el caso, por el Juez de Primera Instancia en el procedimiento preparatorio y el intermedio, pero remitidos los autos al Tribunal de sentencia, en la fase de preparación del debate aún se puede solicitar la aplicación del Criterio de oportunidad, y en éste caso, el control judicial lo ejercerá el Tribunal de sentencia (artículo 286, primer párrafo). Iniciado el debate, precluye el momento procesal para solicitudes de tal naturaleza.

En la exposición que precede, se observa que la regulación del principio de oportunidad, fue realizada realmente en forma tímida, se podría decir, omitiéndose varios de los originalmente propuestos por los Doctores Maier y Binder; y en comparación con los criterios de selección regulados en la Ordenanza Procesal Penal de Alemania

Federal, es verdaderamente restringida; sin embargo, en el proceso penal alemán, se han introducido en forma gradual una serie de reglas que han limitado la vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal.

El principio de oportunidad regulado en la Ordenanza Procesal Penal alemana, establece los siguientes criterios de selección: a) En casos absolutamente irrelevantes, de mínima culpabilidad del autor e insignificancia del hecho (artículo 153 y 153 b OPP, caso si regulado en el artículo 25 incisos 1 y 2 del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala). b) En casos relativamente irrelevantes, cuando carezca de importancia la consecuencia jurídica a imponer al lado de la ya impuesta; c) En casos de hechos cometidos en el extranjero o por extranjeros, en los que el interés público sea mínimo (artículo 153 c OPP; este caso se contemplaba en el Proyecto original, pero no fue incluido en la aprobación final); d) En caso de delitos leves, sustituyéndose por condiciones y mandatos la pena (artículo 153 a OPP); e) Cuando se den los motivos políticos, es decir, cuando la realización del proceso provocara el peligro de una grave desventaja para la República Federal de Alemania, o cuando se opusieren a la persecución otros intereses públicos superiores (artículo 153 d OPP. Se incluía en el inciso 5 del artículo 10, del Proyecto; se omitió en el Decreto 51-92). f) Cuando se de el arrepentimiento activo (artículo 153 e de la OPP); g) Si hubiera sido cometida una coacción o chantaje por medio de la amenaza de revelar un hecho punible, podrá abstenerse la fiscalía de la persecución del hecho cuya revelación hubiera sido amenazada, cuando a causa de la gravedad del hecho no fuera imprescindible la expiación (artículo 154 c de la OPP); h) En caso de cuestión prejudicial civil o administrativa (artículo 154 d de la OPP. Este caso se encuentra regulado en el Decreto 51-92 como obstáculo a la persecución penal, en los artículos 291 y 292, y no como un Criterio de oportunidad); i) Tratándose de delitos de acción privada, rige el principio de oportunidad también, porque depende de la discrecionalidad de la Fiscalía la persecución de esos delitos o no (artículo 376 y 377 de la OPP). En el proceso penal alemán, rige el principio acusatorio, dado que la persecución penal no está en manos de particulares, sino del Estado, es netamente un proceso acusatorio, pues es distinta la persona encargada de decidir, de la encargada de acusar, en el primer caso es el juez, en el segundo el Ministerio Fiscal. (9).

El principio de oportunidad se traduce en estos casos en la posibilidad de archivo, no cabe hablar de sobreseimiento, sino de archivo, porque en el proceso penal alemán ello es facultad también del Ministerio Fiscal, cabe además la posibilidad de que la sentencia definitiva de fondo sea de archivo; en muchos casos la Fiscalía puede: 1) Archivar directamente el proceso; 2) En otros casos, hasta el ejercicio de la acción, requiere la aprobación del Tribunal; 3) Después del ejercicio de la acción, sólo puede archivar generalmente el Tribunal, aunque se requiere la aprobación o solicitud del Fiscal. (10)

Como se infiere en la legislación procesal penal alemana, rige como principio rector de la persecución penal, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, regla general, pero concientes de la crisis actual en la aplicación práctica de tal principio, han ido introduciendo gradualmente el principio de oportunidad, contando en la actualidad con amplios criterios de excepción, para prescindir del ejercicio de la persecución penal.

Por lo precedente, considero que al entrar en vigencia el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, la institución del criterio de oportunidad, será controvertida y asimismo jugará un papel trascendental para la eficacia de la transformación de la justicia penal en nuestro país, empero unido a las demás instituciones procesales reguladas, puesto que es una transformación integral de la política criminal del Estado, coadyuvando junto con otras instituciones incluídas, como el procedimiento abreviado, a la celeridad del proceso penal. Por consiguiente, tanto los fiscales del Ministerio Público, como los Jueces que serán competentes, los primeros para solicitar su aplicación al caso concreto, y los segundos, para autorizar dicha aplicación, deben tener conciencia de la importancia de estas reglas de selección, debiendo apegarse estrictamente al tenor de la ley, para evitar corrupción en su aplicación, en perjuicio de las víctimas.

3.2.1 Facultad del acusador oficial

En el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, como indiqué, se introduce tímidamente el principio de oportunidad, pero no hay que olvidar que si bien es cierto, en la Ordenanza Procesal Penal alemana, hoy se regulas muchas más criterios de selección que los regulados en el artículo 25 del Decreto aludido, los mismos fueron introducidos gradualmente, extendiendo las facultades del Ministerio Público en la misma forma, dependiendo dichos cambios, a las necesidades del Estado a transformaciones en su Política criminal. El artículo 24 del Decreto 51-92, preceptúa: "Acción pública (oficialidad). La acción penal corresponde al Ministerio Público. Sin perjuicio de la participación que este Código concede al agraviado, deberán ser perseguidos de oficio todos los delitos, con excepción de los siguientes:
1) Los perseguibles sólo por instancia de parte.
2) Aquellos cuya persecución esté condicionada a instancia particular o autorización estatal".

Posteriormente, el artículo 107 del mismo ordenamiento jurídico, prescribe: "Función. El ejercicio de la persecución penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar, conforme las disposiciones de este Código. Tendrá a su cargo específicamente el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía en su función investigativa".

Y, el artículo 108 refiere: "Objetividad. En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Deberá formular los requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio, aún en favor del imputado".

De los artículos precitados, se establece que el Ministerio Público tendrá al empezar su vigencia el Decreto 51-92 del Congreso de la República, el monopolio del ejercicio de la acción penal pública, siendo un órgano imparcial, en protección o tutela de intereses colectivos.

El Ministerio Público tendrá a su cargo la solicitud ante el órgano jurisdiccional, sobre la conveniencia de la aplicación del criterio de oportunidad, debiendo previamente analizar el caso, y ubicarlo dentro de cualquiera de los presupuestos que señala el artículo 25 del Decreto 51-92, y, de esta forma, pedir la aprobación para prescindir de la promoción y ejercicio de la persecución penal. Si la acción penal hubiere sido ya ejercida, el órgano jurisdiccional competente, podrá a petición del Ministerio Público, dictar AUTO DE SOBRESEIMIENTO EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO (hasta antes del comienzo del debate, artículo 286).

Sin embargo, al ejercitar las facultades indicadas por parte del Ministerio Público (aplicación del llamado Criterio de oportunidad), no lo eximirá de continuar con la investigación, para asegurar los elementos de prueba imprescindibles sobre el delito y sus partícipes (regulado así en el artículo 289 del Decreto relacionado). Tal regulación viene a redundar, y siendo realista, pienso que esta norma será parte del Derecho vigente no positivo; además, estando reguladas las condiciones necesarias para aplicar un criterio de selección, y siendo parte de los fundamentos del principio de oportunidad, lograr la celeridad de los procesos y descongestionar el trabajo en los tribunales, con dicha prescripción no se cumplirían.

En el proyecto del Código Procesal Penal, se regulaba como uno de los motivos de extinción de la persecución penal, la aplicación y aprobación del criterio de oportunidad, en los casos y formas previstos en el artículo 10 del referido proyecto (artículo 18 inciso 5); en el Decreto 51-92, el artículo 32 establece los motivos de extinción de la persecución penal, y en el mismo, no se incluyó tal motivo.

En conclusión, el Ministerio Público en el ejercicio y promoción de la persecución penal, se regirá fundamentalmente por el principio de legalidad (regla general) y, excepcionalmente por el principio de oportunidad.

3.2.2 Condiciones.

Los presupuestos imprescindibles para que el Ministerio

Público solicite la aplicación del Criterio de oportunidad, se encuentran determinados en el artículo 25 del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

El consentimiento del agraviado, si lo hubiere, resulta ser un presupuesto muy importante para evitar aplicaciones arbitrarias, y, en consecuencia, la reparación del daño ocasionado, o bien, exista un acuerdo satisfactorio con el agraviado en ese sentido.

Otra condición sumamente trascendental, es la autorización del juez de primera instancia o de paz (pero también la puede dar el Tribunal de sentencia, si se solicita en la fase de preparación del debate) que conozca del asunto.

Que el caso concreto se pueda encuadrar dentro de cualquiera de los supuestos de selección enumerados. En opinión personal, es urgente la sanción de un nuevo Código Penal, que determine taxativamente cuales serán los delitos que no causen impacto social (concepto muy relativo), y establezca los delitos susceptibles de aplicación del Criterio de oportunidad, en base a los presupuestos enumerados en el artículo 25 del Decreto 51-92.

La solicitud de aplicación por parte del Ministerio Público, o en su caso, la aplicación de oficio realizada por el Juez competente (previo dictamen del Ministerio Público), debe realizarse antes del comienzo del debate, después de iniciado el debate, precluye el momento procesal oportuno para solicitar su aplicación.

3.2.3 Control Judicial.

La aprobación final sobre la posibilidad de prescindir de la acción penal, en virtud de un criterio de oportunidad, la realizará ante el órgano jurisdiccional competente.

Al decir órgano jurisdiccional competente, es necesario relacionar algunos artículos. Tendrán competencia para dar dicha autorización los jueces de primera instancia, por regla general, pero excepcionalmente los jueces de paz (artículo 46), puesto que en los municipios de la República, cuando no haya o no pueda hacerlo el Juez de Primera Instancia, la autorización sobre la aplicación del Criterio de oportunidad, la realizará el Juez de paz (resolución recurrible mediante el Recurso de Apelación, artículo 404 último párrafo); ello se colige del artículo 308 del Decreto 51-92, último párrafo.

Si la aplicación de un criterio de oportunidad sólo será posible antes del comienzo del debate, aún puede ser solicitado en la preparación del debate ante el Tribunal de sentencia (artículos 25, último párrafo, 286 y 346).

Si el Ministerio Público solicita prescindir de la acción penal, no iniciada, cumpliendo los requisitos, y es autorizada, se produce el archivo del expediente. Pero si ocurriere lo contrario, ya se hubiere promovido la acción penal, el Juez de primera instancia o el Tribunal podrá, a solicitud del Ministerio Público, dictar un auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso (artículo 25).

En este sentido, para asegurar la eficacia del control judicial, debió regularse una audiencia al agraviado ante el órgano jurisdiccional correspondiente, previo a resolver en definitiva, puesto que, la última palabra la tendrá el Juez.

El órgano jurisdiccional, puede actuar de oficio, es decir, si él considera conveniente la aplicación de un criterio de oportunidad, previo dictamen del Ministerio Público, que podrá solicitar, resolverá. En este caso podría acontecer, que el Ministerio Público dictaminara que no es procedente la aplicación del criterio de oportunidad en dicho caso, pero como el Juez decide en última instancia, podría resolver aprobando su aplicación, es decir, opino que dicho dictamen no es necesariamente vinculante para la decisión del juez al respecto, la ley no explica este extremo, por lo que prácticamente vendría a ser una aplicación de oficio, en cuyo caso hay una laguna legal, además que me pregunto ¿Qué pasará con el agraviado, si lo hubiere, y la reparación del daño ocasionado?. Se infiere que en este caso dictará el Juez, un auto de sobreseimiento; enfatizo en que dicha actividad es facultativa del juez. El segundo párrafo del artículo 286 del Decreto relacionado, es muy controvertido, indicando que si la aplicación del criterio de oportunidad, no supone la caducidad de la persecución penal pública, el Ministerio Público, podrá reiniciarla cuando lo considere conveniente; pero dicho artículo no estipula cuando cáduca y en que casos procede la caducidad; en este sentido, el Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala, en el artículo 10, si establecía que criterios de selección producirían caducidad.

Las consecuencias que atraerá la aplicación del criterio de oportunidad (principio de oportunidad) en el sistema de administración de justicia guatemalteco, es sin lugar a dudas trascendental para la política criminal del Estado.

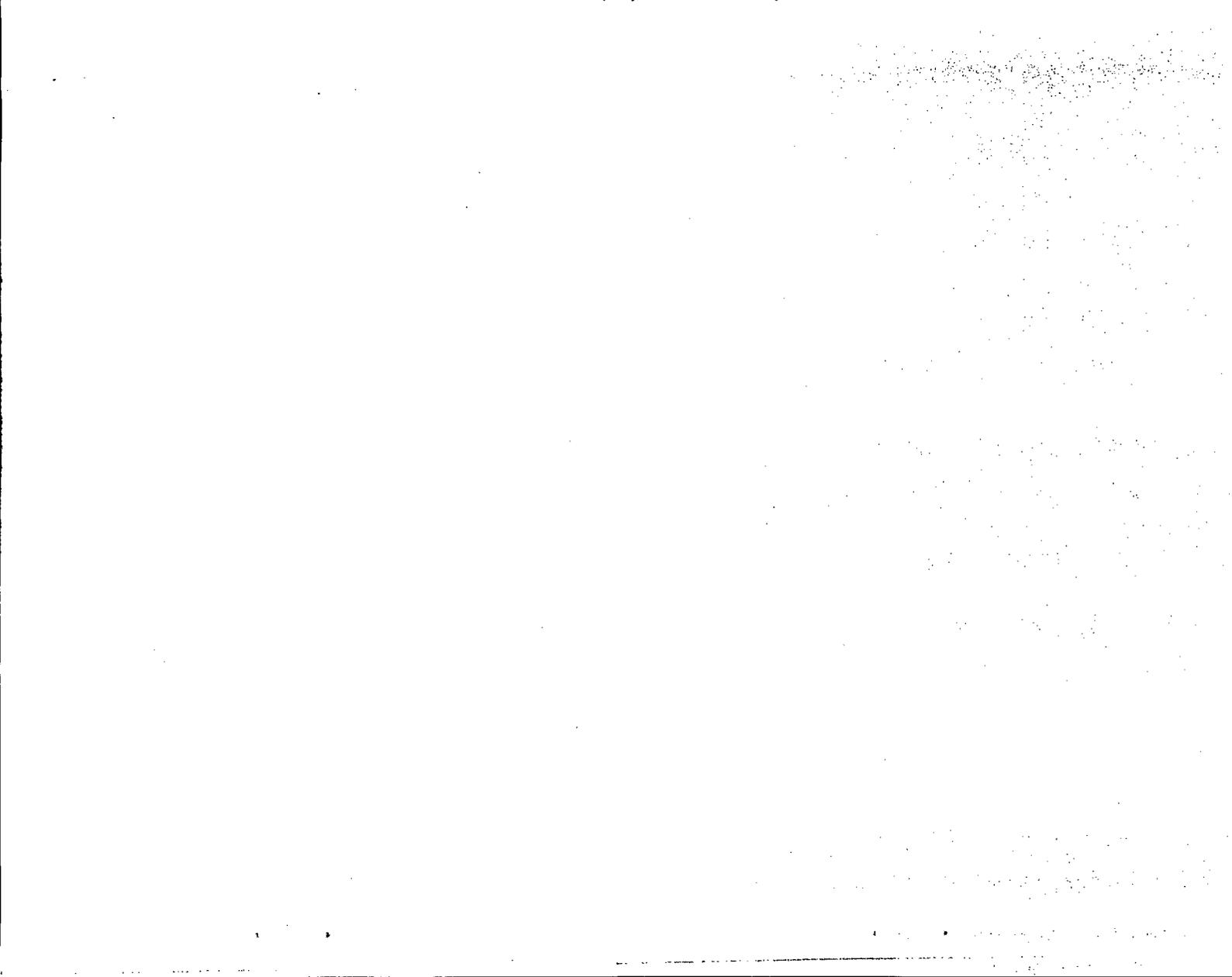
CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II

- (1) Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal argentino. Tomo I, Vol. b. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1989. Pág. 557.
- (2) Stark, James H. y Goldstein, Howard W. The rights of the crime-victims, Nueva York. Págs. 19 y ss. Citado por Guariglia, Fabricio O. Facultades discrecionales del Ministerio Público e Investigación preparatoria: El principio de oportunidad. En: El Ministerio Público en el proceso penal. Primera edición, Copyright by Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina. JUNio, 1993. Pág. 90.
- (3) Guariglia, Fabricio O. OP. CIT. Pág. 91.
- (4) Stark, James H. y Goldstein, Howard W. OP. CIT. Pág. 62,64. Citado por Guariglia, Fabricio O. OP. CIT. Pág. 91.
- (5) Cafferata Nores, José I. La persecución penal: Legalidad y oportunidad; criterios y formas de selección. En: Hacia una Nueva Justicia Penal. Symposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal. Presidencia de la Nación Consejo para la consolidación de la democracia. Tomo I. República Argentina. 1989. Pág. 21.
- (6) Binder, Alberto M. Ideas para una discusión sobre el fundamento de la Reforma de la Justicia Criminal. En: Revista Plural No. 12. Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 99.
- (7) Cafferata Nores, José I. Op. Cit. Pág. 21.
- (8) IBIDEM. Pág. 22.
- (9) Gómez Colomer, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Editorial Bosch S.A. Barcelona, España. Pág. 47.
- (10) IBIDEM. Pág. 48.

Derecho Comparado.

- Proyecto de Código de procedimiento Penal para la República de Ecuador (1992).
- Anteproyecto del Código Procesal Penal para la República de El Salvador (1993).
- El Código de Procedimiento penal de la República de Italia.
- Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala (1991).
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.
- Ordenanza Procesal Penal alemana.

- Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público para la República de Guatemala.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala.
- Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.



CAPITULO III

CONDICIONES NECESARIAS QUE COADYUVARAN PARA LA CORRECTA INTERPRETACION Y APLICACION DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD.

La aplicación del criterio de oportunidad requiere, por parte de los Fiscales del Ministerio Público, una preparación completa, empero no sólo para ejercer dicha facultad, sino lo exige en sí, la transformación de la justicia penal en nuestro país. Las enormes posibilidades que puede abrir la inclusión del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal, permitirán si es utilizado correctamente, avanzar hacia un modelo de administración de justicia penal más racional y eficiente.

A este respecto el tratadista Heinz Zipf, expone: "...dada la magnitud de la selección dentro del procedimiento penal, el principio de oportunidad ya no resulta apto para canalizar y que, por tanto, las excepciones al principio de legalidad no pueden quedar libradas a los órganos de persecución penal, sino que ellas deben ser formuladas como impedimentos procesales generales" (1).

A pesar de lo expuesto por Zipf, es indudable que la adopción del principio de oportunidad ayudará de manera ostensible a nuestro fracasado sistema de administración de justicia, además si aún con ello no se lograra racionalizar el proceso selectivo espontáneo existente, y que hace énfasis en la persecución penal de las capas sociales más bajas, tratando de aparentar un mínimo de eficiencia, siempre habrá la posibilidad de intentar nuevos y más modernos métodos correctivos.

En opinión del tratadista Fabricio Guariglia, el principio de oportunidad debe operar juntamente con otros medios materiales o procesales de encaminar la selectividad.(2). En este sentido, en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se regula el principio de oportunidad, al cual como indiqué le da el nombre de criterio de oportunidad, dicha institución operará independientemente de las otras figuras procesales; empero se introduce el procedimiento abreviado y la suspensión condicional de la persecución penal (suspensión del proceso a prueba), que apesar de ser instituciones distintas, coadyuvarán al descongestionamiento de trabajo en el sistema de administración de justicia (artículo 27 y 464).

La adopción del Principio de oportunidad considerado como excepción, así regulado en el artículo 25 del Decreto 51-92, y como tal sujeto a criterios normativos determinados y a un control jurisdiccional, esperando que sea eficiente, constituye entonces el medio más idóneo para intentar erradicar la arbitrariedad de los procedimientos de selección espontánea existentes dentro del

sistema de administración de justicia penal.

Por lo precedente, es importante que se establezcan controles internos dentro de la estructura del Ministerio Público, para establecer uniformemente el procedimiento a seguir para prescindir de la promoción o ejercicio de la persecución penal. En consecuencia, se requieren condiciones necesarias para que el Principio de oportunidad sea utilizado con miras a sus fines, evitando caer en la arbitrariedad y en la corrupción de los funcionarios que tienen a su cargo su aplicación y control.

1. Condiciones técnicas.

Es sabido en el medio forense, que la actual organización del Ministerio Público es ineficiente. De acuerdo a las reformas a la Constitución Política, contenidas en el Acuerdo Legislativo Número 18-93, se incorpora la figura del Fiscal General de la Nación, quien será el jefe del Ministerio Público, encargado del ejercicio de la acción penal pública, separando la institución de la Procuraduría General de la Nación, de la cual será jefe el Procurador General de la Nación, siendo diferentes sus funciones (dichas reformas entraron en vigencia el 8 de abril de 1994). Esa reforma esta acorde con la transformación de la Justicia Penal, porque las funciones del Ministerio Público en la nueva legislación penal requiere la actualización en su organización, y especialmente su ley orgánica.

Se regula en el artículo 75 del Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, nueva Ley Orgánica del Ministerio Público; la carrera en el Ministerio Público por oposición, dicha norma a simple vista, es magnífica, pero escueta, porque sólo se refiere al ingreso a la institución, además, se debió normar taxativamente, las áreas del conocimiento que deberían dominar los aspirantes a fiscales; de la redacción se colige una apreciación muy subjetiva por parte del jurado (Tribunal de concurso), y lo subjetivo no es recomendable, sobre todo, ante las actividades que desarrollarán los fiscales dentro del proceso penal. En la referida norma se establece que se evaluará al aspirante sobre aspectos vinculados a los principios constitucionales y la legislación vigente, y ¿Dónde queda entonces la DOCTRINA?; no se debe olvidar que varias instituciones incorporadas en la transformación de la legislación penal, se necesitan interpretar a la luz de las doctrinas existentes, avanzando con las modernas teorías, para poder hacer propuestas fundamentales tanto en la teoría, como en la práctica, y no caer en el error de ser autómatas y fríos aplicadores de la ley.

El cuerpo de fiscales, juntamente con el Fiscal General de la Nación, serán elementos claves para la aplicación de la Política Criminal del Estado, y de sus conocimientos, constantemente actualizados, dependen propuestas concretas de cambios dentro de dicha política criminal.

1.1 La profesionalización de los Fiscales.

Hago énfasis en este aspecto, debido a las amplias facultades que le asigna el Decreto 51-92 del Congreso, al Ministerio Público. El artículo 81 del Decreto 40-94 del Congreso, establece lo relativo a la unidad de capacitación, la cual estará a cargo del Consejo del Ministerio Público, y, será la encargada de promover, ejecutar y organizar cursos de capacitación y especialización para los integrantes del Ministerio Público y los aspirantes a cargos en la institución, así también asignará becas de estudios, conforme concurso de oposición; dicha norma es saludable, para lograr que los fiscales realmente se profesionalicen, y no continúen siendo simples observadores del proceso penal o presentar memoriales mediocres, debido a su escasa formación profesional, el escasísimo control del Superior jerárquico sobre sus funciones y los compadrazgos en sus nombramientos, salvo honorables y contadísimas excepciones.

El artículo 85 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, prescribe: "Síndicos. En los municipios del interior de la República, cuando no hubieren fiscales del Ministerio Público actuarán los síndicos municipales en representación del Ministerio Público para la aplicación del criterio de oportunidad, salvo que el Fiscal de distrito ejerza la función por sí mismo o designe un agente fiscal o auxiliar fiscal para que se haga cargo de los asuntos".

Con respecto a este artículo, sabemos que las calidades requeridas para ocupar el cargo de síndico municipal son: ser guatemalteco de origen y vecino inscrito del distrito municipal, saber leer y escribir y estar en el goce de sus derechos políticos (artículo 42 del Código Municipal, Decreto 58-88 del Congreso de la República); no exige profesión alguna del síndico municipal, por consiguiente el adjudicar la facultad de aplicar el criterio de oportunidad a los síndicos municipales, ni como excepción es factible. Adelantándome a los acontecimientos, considero que ésta facultad que se otorga a los síndicos municipales excepcionalmente, va a ser derecho vigente no positivo, opor el contrario, llegar a una aplicación arbitraria, debido al desconocimiento jurídico, y una puerta abierta a la corrupción. Si bien es cierto siempre regirá la autorización jurisdiccional, la fundamentación doctrinaria y jurídica de la solicitud de aplicación del Criterio de oportunidad a un caso concreto, por parte del fiscal, servirá en buena manera de base para la aprobación del órgano judicial.

En mi opinión, este artículo en su parte final, es más realista, y debe dejarse al fiscal del distrito que ejerza la función, o en su caso la delegue a un agente fiscal o auxiliar fiscal. No obstante lo regulado en el artículo 63

inciso d) del Código Municipal, insisto en que el síndico municipal no está en capacidad jurídica para intervenir en el nuevo sistema penal, además, esto es contradictorio con las exigencias actuales de profesionalización y especialización de los fiscales. Aunque el artículo 85 aludido, es una disposición transitoria, es más congruente el artículo 89 del Decreto 40-94, en el sentido de que el Fiscal suscriba convenios con las distintas Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales del país, a efecto que los estudiantes que ya hubieren cerrado pensus de estudios, puedan desarrollar actividades dentro de la institución; por un período que no podrá exceder de dos años a partir de la vigencia de la ley, dichos estudiantes podrán ser nombrados por el Fiscal General como auxiliares fiscales, asistidos por un Agente Fiscal; pudiendo actuar en el procedimiento preparatorio, y en el interior de la República estarán facultados para requerir la aplicación del criterio de oportunidad. Como se puede observar, un estudiante que ya ha cerrado pensus de estudios de la carrera de Abogacía y Notariado, podrá ejercer el cargo de auxiliar fiscal, pero por un limitado tiempo y además asistido por un Agente Fiscal, no obstante sus conocimientos jurídicos, para poder aplicar el Criterio de oportunidad en el interior de la República; y, entonces, ¿Cómo se pretende dejar tal aplicación a un síndico municipal?.

En países como Alemania, el abogado particular nunca podría competir con el prestigio del Fiscal, representante de la institución más objetiva, como se le denomina en el lenguaje oficial "Kirchheimer" (3); el prestigio del Fiscal alemán, se debe, sin lugar a dudas, a su preparación profesional y su capacidad para el ejercicio de sus funciones dentro del proceso penal, de ahí las amplias facultades que al Ministerio Público se le han otorgado, inclusive con respecto al principio de oportunidad. En la Ordenanza Procesal Penal de Alemania, el control jurisdiccional de las facultades discrecionales del Ministerio Público asume distintas formas, y llega, incluso, a desaparecer en algunos casos.(4)

1.1.1 Carrera Fiscal por Oposición.

Este aspecto se encuentra íntimamente ligado al anterior, y como expuse el Decreto 40-94, Ley Orgánica del Ministerio Público, sí contempla la carrera fiscal por oposición, esperando que haya realmente voluntad política para cumplirlo, y sea una norma respetada.

La opción al cargo de Fiscal General de la Nación, en mi opinión, también debió regularse por OPOSICION, lo que vendría a acentuar el PRESTIGIO de dicho funcionario, su capacidad e idoneidad para el cargo público; y borrar en algo la imagen de manipulación política en el nombramiento de dicho funcionario, que ha imperado en nuestro país.

El concurso debe ser un procedimiento formal y bien estructurado, evaluando conocimientos del área relativa al Derecho Penal sustantivo y adjetivo, y además, sobre Política Criminal, psicología criminal, criminología, criminalística, conciliación y arbitraje, etc., claro está que conocimientos generales, sin pretender sea un especialista en cada área, pero si lo debe ser en Derecho Penal y Procesal Penal (Doctrina, legislación y práctica).

Los conocimientos aludidos, les serán útiles a los fiscales para poder dirigir eficientemente a la policía, la que estará bajo sus órdenes en la investigación (Procedimiento preparatorio). La introducción del principio de oportunidad, es de trascendental envergadura en la promoción y ejercicio de la persecución penal por parte del órgano oficial, siendo parte importante de la transformación de la Política Criminal en nuestro país. El criterio de oportunidad normado es bastante mínimo, y esto debido a la arraigada tendencia al principio de legalidad, y por qué no, a la desconfianza en el órgano de persecución oficial; empero de su correcta interpretación y aplicación dependerá incluir gradualmente otros criterios de oportunidad, ampliando las facultades del Ministerio Público, y ello se logrará en la medida que dicha institución esté formada por profesionales concientes, que hayan logrado el ingreso a la institución y sus ascensos por oposición, y sea un prestigio pertenecer a la misma. La asignación de becas por oposición, a fiscales, es una forma de actualizar sus conocimientos, sobre todo en Derecho y legislación comparada, siendo un método encaminado, entre otras cosas, a mejorar la propia legislación.

1.1.2 Conocimientos necesarios para los Fiscales del Ministerio Público.

a) Política Criminal

Es de nuestro conocimiento que el número de fiscales y jueces, es y será insuficiente para cubrir la demanda de causas penales, produciéndose hasta la fecha una selección natural de aquellos que llegarán a juicio, dándose prioridad a los que involucraren procesados privados de su libertad que, generalmente, están constituidos por delitos convencionales.

El tratadista Gustavo A. Bruzzone, escribió un documento intitulado "Fiscales y política criminal", y en el cual hace una clara vinculación de los conceptos aludidos, exponiendo al respecto: " La cuestión política que nos debemos representar, y que se encuentra en la base de todo este planteo, atiende a la selección de las conductas criminales sobre las que habremos de destinar todos los recursos humanos y materiales con los que cuenta el sistema de administración de justicia para perseguir y juzgar. En este esquema los fiscales penales son una de las piezas más importantes de todo el andamiaje de órganos que alguna influencia tiene en llevar a la práctica la

política criminal del Estado. Con independencia de la misión y función que se le ha venido asignando hasta hoy, en diversos textos legales como custodios del orden público, de la legalidad o (co)responsables, junto con los jueces penales, en la obtención de "la verdad", en el marco del proceso penal, natural y esencialmente, son operadores directos para la implementación de una cierta política criminal".(5)

En nuestro país, no han existido claras directrices de Política criminal, entre ello la ausencia de carrera fiscal. Con el Decreto 51-92 del Congreso de la República, se inicia una línea clara de Política Criminal, que al entrar en vigencia el próximo 1 de julio del presente año, debe contar con una mejor organización del cuerpo de fiscales, para lograr objetivos políticos criminales trazados.

"Se puede decir que la misión político-criminal de los fiscales, para intentar hacer creíble y operativa la nueva ley procesal, viene dada, básicamente, por la decisión relativa a la selección de las conductas que habrán de perseguir hasta llevarlas al juicio oral. De lo que se trata es de hacer que la nueva "herramienta"...sea viable y no conduzca al descrédito del juicio oral". (6)

Ya hemos señalado la existencia subterránea de los procesos de selección espontánea, concentrándose en consecuencia la persecución penal por delitos convencionales, siendo una selección antojadiza por parte de los operadores del sistema, este fenómeno ha sido minuciosamente descrito por la criminología, particularmente en la teoría del LABELLING APPROACH o teoría del "Etiquetamiento" (7); por lo que la formalización de los criterios de selección, era inevitable dentro de la transformación de la administración de justicia penal, canalizando jurídicamente la selección. Si no cabe discutir la selección dentro de la persecución penal, resulta para la Política Criminal una doble tarea: canalizar jurídicamente la selección y - relacionada con ello- excluir una selección irregular y deformante. Ello hace imprescindible considerar nuevamente la función del principio de legalidad. (8)

Como expuse, el principio de legalidad se encuentra en absoluta contradicción con la realidad imperante (sobre todo si recordamos la cifra negra, la selección de hecho e irregular que efectúa la policía, etc.); la persecución penal estatal es insuficiente, y por ello, se ha visto obligada a la selección espontánea de casos penales.

La Política Criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas jurídico-penales, de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal, entre otros, delimitar el contenido de la Política

criminal es muy complejo, determina el cometido y función de la justicia criminal, elaboración de un determinado modelo de organización en este campo, decisiones político-criminales, su realización práctica, y esto conlleva a su frecuente revisión, buscando posibilidades de mejoramiento, elaborándose nuevos modelos que permitan la eficacia del sistema.

La Política criminal moderna puede ser caracterizada por la humanización y liberación del ordenamiento legal, de la justicia penal y, sobre todo, de la ejecución penitenciaria. Entre otras notas, se advierte la descriminalización, la despenalización, la disminución de los marcos legales de las penas, por parte de los tribunales la dulcificación en la inflicción de penas, la desaparición de la pena de muerte, la aplicación generosa de la multa en lugar de la pena privativa de la libertad, reconocida progresivamente como última ratio. La represión como objeto de la pena, en los países democráticos, al menos en principio, ha sido superada, el tratamiento de los delincuentes y su resocialización aparecen en primer plano.(9)

En el caso de nuestro país, la transformación de la Política Criminal es impostergable, y así se intenta en el sistema de administración de justicia penal, la introducción del principio de oportunidad, con criterios de selección de causas penales, tiene como objetivo el descongestionamiento en la administración de justicia y, su racionalización; entonces como métodos de selección el órgano de persecución oficial deberá aplicarlos al tenor de la ley, a los casos que lo ameriten, delitos de bagatela principalmente, los criterios regulados en el artículo 25 del Decreto 51-92, son realmente mínimos (en Derecho comparado, la Ordenanza Procesal Penal de Alemania Federal, tiene una regulación muy amplia a este respecto), el problema de la criminalidad de bagatela, se hace imprescindible político-criminalmente solucionarlo mediante nuevos métodos.

Lo que se persigue al aplicar el Criterio de oportunidad, como alternativa político criminal ante la crisis del principio de legalidad existente, es afrontar el caos de que el órgano de persecución oficial no tiene la capacidad para investigar con la misma intensidad todos los hechos delictivos de que tiene conocimiento, y por ello, si aplica a un caso concreto cualquiera de los criterios de selección enumerados en la ley, es para descongestionar en alguna manera el trabajo, siendo los criterios regulados mínimos, omitiéndose la mayoría del Proyecto original Maier-Binder, se debió regular la autorización del órgano jurisdiccional competente (control judicial) irrecurrible, es decir no sujeta a Recurso de Apelación; y en el caso que el agraviado, si lo hubiere, estuviere en desacuerdo con la aprobación judicial, la cual se le debería notificar y, entonces, se le informaría su derecho

a la CONVERSION, evitando en estos casos la mayor actividad del Ministerio Público.

Pero en la forma en que se regula el Criterio de oportunidad, opino, el Ministerio Público continuará casi en la misma farsa, de tratar de intervenir e investigar en todos los hechos delictivos que se cometan y, de los cuales tenga conocimiento; sobre todo por lo establecido en el artículo 289 último párrafo del Decreto 51-92, que indica: "...El ejercicio de las facultades previstas en los tres artículos anteriores no lo eximirá de la investigación para asegurar los elementos de prueba imprescindibles sobre el hecho punible y sus partícipes".

Una condición sine qua non para que el Ministerio Público pueda aplicar un criterio de oportunidad, es el CONSENTIMIENTO DEL AGRAVIADO, SI LO HUBIERE, o sea, que si el agraviado no da tal consentimiento, aunque se encuadre el delito en cualquiera de los criterios regulados, el Ministerio Público tendrá que promover y ejercer la acción penal, y luego, se regula en el Decreto 51-92, como motivo de conversión la aplicación del Criterio de oportunidad, y entonces ¿Cómo se debe interpretar el consentimiento del agraviado?. En mi criterio, tal regulación es paradójica, por una parte exige el consentimiento del agraviado, y por la otra, le da la facultad al mismo agraviado para la conversión de la acción penal, sin estipular un plazo para ejercer dicha facultad.

Por lo precedente, es muy importante la relación fiscales y política criminal, como operadores directos de la misma, deben hacer propuestas concretas para el mejoramiento de los modelos, inclusive posibilidades de lege ferenda, según los logros obtenidos de ampliación del principio de oportunidad.

b) Criminología:

"El interés por los estudios de criminología a nivel internacional en general y latinoamericano en especial, ha sido grande; hasta 1974 sólo la Sociedad internacional de Criminología había impartido un total de 24 cursos internacionales en distintos países del mundo, especialmente en América". (10)

Cabe en este apartado hablar sobre la "cifra negra", que como indica el tratadista Zipf: "Se designa como "cifra negra" la diferencia entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocerse oficialmente. Esta latencia de los hechos punibles es un problema político-criminal de primera magnitud. Si el conocimiento de los órganos de persecución penal sobre los hechos punibles efectivamente perpetrados es sólo fragmentario, resulta de ello para la criminología la apremiante tarea investigadora de

eliminar este déficit de información" (11). Esta ciencia se propone la disminución de la criminalidad, propone el estudio completo del criminal y del crimen, considerando éste último, no como una abstracción jurídica, sino como una acción humana, como un hecho natural y social. La criminología se ha dedicado más intensamente al problema de la cifra negra, con proyectos de investigación empírica en los últimos años.

Como indica Rosa del Olmo: "La criminología formula recomendaciones de profilaxis delincencial, estudia la conducta particular de un individuo que ha infringido las normas que ha creado la sociedad. Estudia la personalidad del delincuente, señala no sólo penas, sino otra clase de sanciones adecuadas a su personalidad".(12)

Los fiscales en su función deben poseer conocimientos también de criminología, para poder proponer investigaciones en este sentido imprescindibles, cuyos resultados coadyuvarán en los cambios de las directrices de la política criminal del Estado. Es una lástima que en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, se haya suprimido la cátedra de criminología (13), conocimientos que hubiesen sido beneficiosos para las futuras generaciones de fiscales, pero en su defecto, será responsabilidad del Ministerio Público y de cada fiscal su autopreparación, mediante la actualización intelectual constante en doctrina existente, y, para ello, requiere la conciencia de la importante función que ejercerá en el sistema de enjuiciamiento penal. Con respecto a la criminalidad de bagatela, contra la cual la reacción excesiva, con frecuencia, del enjuiciamiento criminal, provoca mayores gastos al Estado, que el daño realmente ocasionado a la víctima, por lo que la investigación criminológica, en este sentido coadyuvará al aumento gradual y controlado de criterios de oportunidad, aumentando o disminuyendo las facultades del Ministerio Público, etc., proponiendo en base a resultados cualitativa y cuantitativamente comprobables, nuevas configuraciones político-criminales.

c) Sociología Criminal:

La Teoría del "Labelling Approach (o social reaction)", teoría que ha sido desarrollada en las últimas dos décadas en la sociología criminal americana; esta teoría ha sido enfrentada fuertemente a las investigaciones criminológicas, se reprocha a éstas investigaciones el haber tomado fundamentalmente, al delincuente enjuiciado, como punto de partida de la indagación criminológica de las causas.(14)

La sociología criminal se ocupa del estudio del delito, la pena y la criminalidad como un fenómeno puramente social. (15) La problemática de la selección en la persecución penal

(espontánea), cobra importancia con la teoría supra indicada, la cual es denominada del Etiquetamiento, ésta teoría estableció grados de selección en el sistema, así en las averiguaciones de los órganos de persecución penal (selección de la policía); la selección también tiene lugar en el tratamiento judicial (se engaventan causas penales conciente e inconcientemente); función selectiva de la opinión pública. De ello resulta evidente que la mera integración de la figura delictiva no hace del autor un criminal, sino que tiene lugar un proceso de selección muy complejo, que se basa en la conducta privada, ya en la conducta estatal. Por ello, para la criminología representa el Labelling approach un estimulante trascendental en orden a la investigación de los procesos de selección. (16)

La teoría descrita, fue importante para consideraciones y nuevos modelos dentro de la Política Criminal, la cual no podía seguir negando o encubriendo la selección en la persecución penal, y una alternativa, fue la introducción como excepción, para prescindir de la promoción y ejercicio de la acción penal, del principio de oportunidad, y que motivó la toma de conciencia de la problemática de la selección.

En conclusión, la sociología criminal aporta aspectos importantes tanto a la criminología, como a la Política Criminal, y por ende, su conocimiento también ayudará a los fiscales en su función.

d) Criminalística:

La criminalística es una disciplina totalmente práctica, tiene como objetivo una mayor eficiencia en el descubrimiento del delincuente y la investigación del delito. En el segundo Congreso Nacional de Criminología, celebrado en la ciudad de Colima, de la República mexicana, en febrero de 1988, se expuso: "Que la criminalística es la ciencia que con su método de estudio nos garantiza la resolución de muchos casos en los que se aplique independientemente de la naturaleza del hecho, ya que estudiando la escena o lugar de los hechos, buscando o relacionando las evidencias encontradas en el lugar, en la víctima, en el victimario o sospechoso, podrá asegurarse la participación de éste, su culpabilidad o inocencia, la participación de uno o más sujetos en el hecho, etc. El crimen perfecto no existe, y puede serlo porque no se investigue o porque las investigaciones no se concluyan; es función de la criminalística investigar y determinar, quién o quiénes, cómo, cuándo, dónde, por qué, a quién o quiénes; nos permite llegar a la reconstrucción de los hechos y demostrar la verdad objetiva. La criminalística o Policía científica, resulta ser un necesario auxiliar en la administración de justicia para el verdadero esclarecimiento de los delitos".(17)

Al entrar en vigencia el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, el ejercicio de la persecución penal corresponderá al Ministerio Público como órgano auxiliar, tendrá a su cargo y responsabilidad el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía en su función investigativa; en consecuencia, para poder dirigir a la policía, debe tener presentes los conocimientos sobre la criminalística, para impartir órdenes congruentes con el caso (artículos 107, 112, 113, 114 y 115 del referido Decreto).

La investigación criminal comprende el conjunto de diligencias, indagaciones y pesquisas, tendientes a establecer un hecho criminal, a identificar y localizar a sus autores o partícipes y, llegar a los elementos de prueba de su presunta responsabilidad penal. (18) El Ministerio Público dirigirá a la policía en su función investigativa en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, responsabilidad muy delicada. El artículo 40 del Decreto 40-94 del Congreso de la República, preceptúa: "Dirección de Investigaciones Criminalísticas. La Dirección de Investigaciones Criminalísticas, estará integrada por un cuerpo de peritos en distintas ramas científicas dependerá directamente del Fiscal General de la República. Tendrá a su cargo el análisis y estudio de las pruebas y otros medios de convicción que coadyuven al esclarecimiento de los hechos delictivos los órganos del Ministerio Público. Sus funciones las desarrollarán siempre bajo la conducción del fiscal a cargo del caso. Para ocupar un cargo en la Dirección de Investigaciones Criminalísticas se deberá poseer título en la disciplina correspondiente y haber ejercido la actividad por más de dos años, debiendo ser nombrados conforme concursos por oposición, conforme lo establecido para la carrera del Ministerio Público. El Ministerio Público deberá instalar el equipo necesario para el funcionamiento de los laboratorios de la Dirección de Investigaciones Criminológicas. Los laboratorios y equipos fijos y móviles de la policía nacional, así como su personal estarán a disposición de los fiscales".

Con esta Dirección, pienso, el Ministerio Público determinará los lineamientos en la investigación de la policía, bajo el control del fiscal a cargo del caso, porque si con ello el Ministerio Público persigue tener su propio cuerpo de investigadores, sería inconveniente, caro y disfuncional, el Ministerio Público debe buscar la tecnificación y profesionalización de la policía, porque no debe existir duplicidad de funciones, ya que la investigación será tarea de la policía, y la dirección de la misma, del órgano de persecución oficial. Si se pretende que la función policial sea eficaz y satisfactoria para la comunidad, se requiere su profesionalización. Esto exige buenos salarios, ya que es una actividad profesional que debe hacerse atractiva para jóvenes cuya capacidad mejoraría la calidad del servicio policial. (19) En la mayoría de casos se le da excesiva

importancia a la preparación física del policía, especialmente en cuanto a la defensa personal. Sin embargo, existen otros aspectos a los que debería dárseles prioridad.

Por ejemplo, a la capacitación en métodos de análisis de la criminalidad, criminalística, ética profesional (20), juicio equilibrado y elementos de juicio que le permitan entablar una buena comunicación con el ciudadano. (21) La policía debe conocer bien el funcionamiento de todo el sistema penal, abarcando las áreas en las que no ejerce su función, como ocurre con el sub-sistema judicial y el subsistema penitenciario. (22)

Los procedimientos de adiestramiento empleados por el FBI (Federal Bureau of Investigations) Oficina Federal de Investigaciones, dependiente del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ha demostrado plenamente la conveniencia de seleccionar, capacitar y entrenar a los investigadores, antes y durante su actuación en el terreno, y todas las policías de los países más avanzados de la tierra imparten cursos a sus elementos, tanto básicos o de formación, como de perfeccionamiento o especialización. En México, existe ya la tendencia en adiestrar técnica y profesionalmente a la policía, tanto de parte de las Direcciones de Policía o de seguridad pública, como de la Procuraduría General, de la del Distrito, así como las de los Estados. (23)

2. Condiciones Administrativas.

2.1 Reorganización de la Fiscalía.

Otro factor que coadyuvará para la correcta interpretación y aplicación del criterio de oportunidad, para prescindir de la promoción y ejercicio de la persecución penal, y en realidad, para todas las funciones que desplegará el Ministerio Público al entrar en vigencia el Decreto 51-92 del Congreso de la República, será la reorganización de la Fiscalía. A este respecto, el Decreto 40-94 del Congreso de la República, establece una nueva organización de la Fiscalía General de la República, integrada por un Consejo del Ministerio Público, Fiscales de Distrito, Fiscales de Sección, Agente Fiscal, Auxiliar Fiscal y Secretarios (artículos 24 a 46). Asimismo, estarán a cargo de un Fiscal de Sección: Fiscalía de delitos administrativos, fiscalía de delitos económicos, fiscalía de delitos de narcoactividad, fiscalía de delitos contra el ambiente, fiscalía de asuntos constitucionales, amparos y exhibición personal, fiscalía de menores o de la niñez, fiscalía de ejecución y fiscalía de la mujer (artículo 30). Lo regulado en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público es plausible, pero a mi criterio, hace falta dentro de la institución una Dirección especializada en Política Criminal, que tenga a su cargo, entre otras cosas,

las investigaciones de campo (criminológicas), que sirvan luego para determinar las decisiones sobre cambios en la política criminal del Estado.

2.1.1 Organización de una Dirección de Política Criminal.

Con mucha antelación a que el Fiscal del juicio pueda decidir qué asunto llevará al debate, se encuentra una serie de instancias formales e informales, que limitarán su campo de acción en la individualización de causas "graves" y "complejas". El riesgo que se corre si no se acentúa coordinadamente, está constituido por el hecho de que sean los asuntos "menos graves" y "simples" los que se ventilen oralmente; asuntos que, por otra parte, interesan casi exclusivamente a los delitos convencionales, cometidos por personas ubicadas, generalmente, en los estratos sociales menos favorecidos. (24)

Determinar en qué medida los delitos que llegan a conocerse, coinciden con los efectivamente realizados ocupa los estudios criminológicos, desde hace mucho tiempo. Conocemos que sólo una pequeña parte de los hechos punibles llega a conocimiento de los órganos de prevención y control, denominándose a éste fenómeno como la cifra negra del delito. Este aspecto, es central para el diseño de cualquier política criminal, ya que el carácter fragmentario que se tiene de la cifra negra, impide conocer su verdadera extensión.

Con la introducción del principio de oportunidad, corresponderá a los Fiscales la tarea de selección, todo lo atinente al proceso de selección de conductas criminales y, a la identificación cuidadosa de las causas "más graves", "complejas", "impacto social", etc, estará en manos en primer lugar del Ministerio Público (sin olvidar, desde luego la autorización y control jurisdiccional), y por ello, se hace necesaria la organización de la Dirección de Política Criminal, integrada por especialistas, que tenga como objetivo dar lineamientos orientadores, con relación al respeto al principio de legalidad, indicar sobre qué asuntos se debe concentrar la mayor cantidad de recursos materiales y esfuerzos humanos, incluso, sobre solicitudes en la determinación de la pena y la libertad del imputado durante el proceso. Y, especialmente, tenga dicha Dirección la función de emitir los dictámenes que le soliciten sobre la conveniencia de la aplicación del Criterio de oportunidad, bien fundamentados.

La propuesta realizada, es con miras a que en un futuro, en nuestro país haya inquietudes sobre la formación de una Dirección Nacional de Política Criminal, que ejecute investigaciones criminológicas, las que ayudarán a hacer

propuestas concretas y tomar decisiones político-criminales, buscando avanzar a un modelo de política criminal que, se adecúe a la idiosincracia de nuestra sociedad, creando modelos originales, y, no seguir copiando o importando instituciones sobre esta materia. Y con ello, se tomen decisiones legislativas y sirva de base informativa del Congreso en ese sentido.

La Dirección de Política Criminal, cumpliría satisfactoriamente con lo prescrito en el artículo 286 último párrafo del Decreto 51-92, que indica: "... El juez competente podrá requerir el dictamen del Ministerio Público sobre la conveniencia de aplicar algún criterio de oportunidad". Esto permitirá que los fiscales actúen al aplicar el criterio de oportunidad coordinadamente, evitando posibles conflictos entre fiscales, o bien, entre fiscales y jueces.

3. UNIDAD DE CRITERIO: Ministerio Público-órgano jurisdiccional.

En la redacción del artículo 25 del Decreto 51-92, hay demasiada discrecionalidad en cuanto a la determinación de los delitos a los que se les aplicará el criterio de oportunidad, determinando directrices generales de selección, lo cual puede crear conflicto entre el órgano de persecución oficial estatal y el órgano jurisdiccional competente.

Mientras no se apruebe un nuevo Código Penal, acorde con la transformación procesal penal; sus instituciones procesales novedosas, el caso del criterio de oportunidad, existirán problemas de interpretación y aplicación, los parámetros regulados para la aplicación del criterio de oportunidad, en mi opinión, son subjetivos, lo que para el fiscal del Ministerio Público, sea insignificante y delito poco frecuente, para el órgano jurisdiccional puede no encuadrar en tales lineamientos dados, puesto que no basta el consentimiento del agraviado y reparación del daño ocasionado, o un acuerdo entre imputado y agraviado en ese sentido, debe aplicarse cualquiera de los presupuestos regulados, de modo que, para que el Juez dicte su aprobación, debe cumplirse con todos los requisitos legales. Pero, en todo caso, de conflictos de interpretación, el Juez tendrá el monopolio de aprobación. La ley no estipula nada con respecto al caso de que haya agraviado, y el Fiscal le solicite su consentimiento para solicitar la aplicación del criterio de oportunidad, y éste, se manifieste apático e indiferente; en este caso, lo conveniente sería que el Fiscal solicite la aplicación del Criterio de oportunidad, manifestando que, no obstante haber agraviado, éste no prestó consentimiento, mostrando absoluto desinterés, quedando a decisión del Juez la aprobación o no.

Con un nuevo Código penal sustantivo, que establezca taxativamente los delitos en los cuales se flexibilice el principio

de legalidad, permitiendo la aplicación del criterio de oportunidad, siguiendo el legislador los lineamientos generales establecidos en la ley penal adjetiva, que únicamente establece el procedimiento, se evitarán conflictos en su interpretación y aplicación.

3.1 Importancia del efectivo control judicial

En la Ordenanza Procesal Penal alemana, el control jurisdiccional de las facultades discrecionales del Ministerio Público, asume distintas formas, y llega incluso, a desaparecer en algunos casos. El tribunal competente debe brindar su consentimiento para el cierre del procedimiento en el supuesto de culpabilidad mínima del autor o infractor; si existe la posibilidad de prescindir de la pena, el Tribunal debe autorizar, no ya el cierre del procedimiento, sino la pretensión del Ministerio Público de prescindir de la acción penal. En cambio, en el supuesto contemplado sobre la prescindencia de persecución penal para hechos políticos, las facultades del Ministerio Público, se ven sensiblemente aumentadas, ya que no se requiere la conformidad del Tribunal para prescindir de la promoción de la acción penal; la ausencia de toda traba formal hace que en este caso, la actuación del Ministerio Público se asemeje a la que realiza el fiscal en el modelo estadounidense. (25)

En el Decreto 51-92, se establece el control judicial imperativamente, en cualquier caso, ya que el fiscal sólo hará la selección de casos y hará el pedimento al Juzgado competente, justificando en base a los lineamientos dados en la ley procesal penal, la posibilidad de aplicación del criterio de oportunidad, citando a la víctima para que exprese su consentimiento, y llegar a un acuerdo entre imputado y agraviado, sobre la reparación del daño ocasionado (se le dará amplia participación a la víctima, si no da su consentimiento se interpreta que el Ministerio Público, no podrá prescindir de la acción penal en dicho caso); pero, el análisis final lo hará el Juez competente, quien dará la autorización.

En mi opinión, en el Decreto 51-92, se establecen demasiados controles para aplicar el Criterio de oportunidad, por ejemplo: exige el consentimiento del agraviado, si lo hubiere, la reparación del daño ocasionado o un acuerdo en este aspecto, entre imputado y agraviado (es importante que el Fiscal en esa especie de conciliación, actúe como un arbitro para evitar abuso o desproporción en el acuerdo a que lleguen síndico y víctima, puesto que, al decir la ley acuerdo", puede dar lugar a la arbitrariedad, por ser un concepto demasiado amplio), este requisito es conveniente, en base a corrientes modernas que impulsan la participación en el sistema de enjuiciamiento penal de la víctima, y su

consiguiente protección; es de hacer alusión que en los proyectos sobre la ley penal adjetiva de Ecuador y El Salvador, no se le da participación al agraviado, ni reparación del daño ocasionado, cuando se considera conveniente la aplicación del Principio de oportunidad.

Otro requisito es el control judicial, mediante una autorización (concretizada en un auto), el cual es conveniente, pero a ello, hay que agregar que dicha resolución es susceptible del Recurso de Apelación, lo cual es excesivo, y deformará, en buena medida el objetivo que la introducción del principio de oportunidad persigue: descongestión de trabajo en los Juzgados competentes y, por ende, la racionalización de la administración de justicia, concentrando los recursos humanos y financieros, en los casos sobre delitos de mayor gravedad.

Otro control es la conversión, siendo uno de los motivos para la conversión, cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad (Artículo 26), no establece un plazo mínimo para que haga uso de esta facultad el agraviado. Esta regulación sería conveniente, si no se hubiera dado participación a la víctima, previo a aplicar el criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público, solicitando su consentimiento en ese sentido, pero en la forma establecida en el artículo 25 de Decreto 51.92, es un exceso, y aún más si no establece un plazo para ejercer la conversión (el Proyecto establecía tres meses, artículo 10).

Ahora, con relación a los efectos que producirá la autorización para prescindir de la acción penal, por la aplicación del criterio de oportunidad, en el Decreto 51-92, no se regula como motivo de extinción de la acción penal pública (el proyecto si lo regulaba así), en el anteproyecto salvadoreño, si se establece que la decisión que prescinde de la persecución penal, extingue la acción penal pública, en relación al partícipe en cuyo favor se decide, asimismo, si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los partícipes (artículo 23).

La regulación sobre el criterio de oportunidad, no establece en forma clara los efectos que produce, no indica si constituye o no cosa juzgada, esto, en el caso que ya ejercida la acción penal pública, el Ministerio Público solicite la aplicación del criterio de oportunidad, el Juez si lo aprueba, dictará un auto de sobreseimiento, no indica los efectos de ese sobreseimiento. Luego no establece en qué supuesto se produce caducidad y en cuáles no, (artículo 286, hay una laguna legal en este aspecto); por ejemplo, en el supuesto del inciso 3) del artículo 25 del Decreto 51-92, que se encuadra en el caso de pena natural, se debió establecer

que produciría el efecto de caducidad de la acción penal, de manera que no pudiera ser reiniciada ni por el ofendido, ni por el Ministerio Público. Desde luego, en otros casos, sobre todo cuando se ha prescindido de la acción penal, bajo ciertas condiciones, debe esperarse el cumplimiento de éstas, para que opere la caducidad, de manera que si las condiciones no se han cumplido, no se han producido, siempre existiría la posibilidad de reiniciar la acción penal, pero a mi criterio, este segundo caso, no es aplicable a ninguno de los criterios de selección regulados en el Decreto 51-92; pero si era aplicable a algunos de los supuestos del proyecto original Maier-Binder.

El artículo 286 del Decreto 51-92, párrafo segundo, establece: "...Si la aplicación del criterio de oportunidad no supone la caducidad de la persecución penal pública, el Ministerio Público podrá reiniciarla cuando lo considere conveniente". En este sentido, haciendo aplicación del artículo 14, párrafo segundo, del referido Decreto, el cual es un método de interpretación en materia procesal penal, y que indica: "...Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan al ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades..."; por lo que los criterios de oportunidad regulados en el artículo 25 del Decreto 51-92, producen los efectos de caducidad de la persecución penal, en este caso, si se puede hacer una interpretación extensiva, porque favorece al imputado; como la ley no prescribe taxativamente en que casos la aplicación del criterio de oportunidad produce la caducidad indicada. No debe olvidarse que en el Proyecto original Maier-Binder, si se regulaban los casos en los que nose producía el efecto de caducidad de la acción penal, pero ninguno de esos criterios se incluyeron en el Decreto 51-92. El legislador mutiló y agregó a la regulación del criterio de oportunidad, sin pensar en los efectos que producirán, y ello por la falta de indagación doctrinaria sobre la institución.

Entre los supuestos que contenía el Proyecto original del Código Procesal Penal para Guatemala, sobre el Criterio de oportunidad, y que no producían caducidad de la acción penal (artículo 10), estaban: "2. Cuando la pena o medida de seguridad que se espera por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que probablemente se aplicará por los hechos o infracciones restantes. 3. Cuando la pena o medida de seguridad que se espera por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en otro país, si procede la extradición

y entrega del imputado al país extranjero. En este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa. 4. Cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado a prescindir de la pena (perdón judicial), cuando el imputado hubiere hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución de delito y falta, y sus consecuencias nocivas, o hubieren contribuido decisivamente al esclarecimiento del hecho,... La decisión que prescinde de la persecución penal hará caducar la acción pública correspondiente al hecho y en relación al participe a cuyo favor se decide; cuando ella se funde en la insignificancia del hecho sus efectos se extenderán de pleno derecho a todos los partícipes. Si dentro del plazo de tres meses la víctima no ejerciere la acción privada conforme el artículo 17, inciso 1, se extinguirá la acción penal. Sin embargo, por resolución judicial, en el caso de los incisos 2 y 3, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción penal hasta que se dicte la sentencia correspondiente, momento en el cual se decidirá definitivamente, con audiencia del Ministerio Público o de la autoridad requirente en el caso de las faltas. Si la sentencia no satisficere las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal, se podrá reanudar su trámite. Cuando, en el caso del inciso 4, la decisión se funda en la contribución del imputado al esclarecimiento del hecho o de otro hecho más grave, se podrá condicionar la extinción de la persecución penal al cumplimiento de la colaboración prometida o a la eficacia de la información. En este caso, cumplida la condición se resolverá conforme el párrafo anterior...". Los casos transcritos, fueron omitidos en el Decreto 51-92, y en esos casos la caducidad de la persecución penal era condicionada, para los demás casos si tenía dicho efecto (entre los demás casos, se encontraban los regulados en el artículo 25 del Decreto 51-92).

La forma en que se regulaba el Principio de oportunidad en el Proyecto original, es muy diferente a la aprobación final, inclusive no se daba participación a la víctima (consentimiento, reparación del daño), y la autorización judicial era irrecurrible, facultando al Juez para requerir previamente la opinión de la víctima sobre la cuestión, si lo consideraba conveniente (artículo 249 del Proyecto); además que, se aplicaba a delitos como a faltas.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO III

- (1) Zipf, Heinz. Introducción a la política criminal. Edición española EDERSA. Editoriales de Derecho reunidas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1979. Pág. 125.
- (2) Guariglia, Fabricio O. Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. En: El Ministerio Público en el proceso penal. Primera edición. Copyright by Ad-hoc. S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Junio, 1993. Pág. 93.
- (3) Rusconi, Maximiliano A. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. En: El Ministerio Público en el proceso penal. Primera edición. Copyright by Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Junio, 1993. Pág. 102.
- (4) Guariglia, Fabricio O. OP. CIT. Pág. 92,93.
- (5) Bruzzone, Gustavo A. Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán a juicio oral. En: El Ministerio Público en el proceso penal. Primera edición. Copyright by Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1993. Págs. 157, 158.
- (6) IBIDEM. Págs. 159,160.
- (7) Zipf, Heinz. OP. CIT. Págs. 116 y ss.
- (8) IBIDEM. Pág. 123.
- (9) Por Georges Racz,. Ex presidente de la Cámara de la Corte Suprema de Hungría. ¿Un antagonismo insoluble en la Política Criminal contemporánea? En: Revista de Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año No. 6, No. 21 al 24. 1983. Págs. 81.82.
- (10) Reyes Calderón, José Adolfo. Criminología. Talleres gráficos del Centro de reproducciones de la Universidad Rafael Landivar. Guatemala, 1986. Pág. 80.
- (11) Zipf, Heinz. OP. CIT. Pág. 112.
- (12) Del Olmo, Rosa. América Latina y su criminología. Siglo veintiuno. Editores primera edición. México, 1981. Pág. 244.
- (13) IBIDEM. Pág. 231.
- (14) Zipf, Heinz. OP. CIT. Pág. 116.
- (15) De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor Aníbal.

Curso de Derecho Penal guatemalteco. (Parte general y especial). Librería Jurídica. Guatemala, enero 1989. Págs. 38,39.

- (16) Zipf, Heinz. OP. CIT. Págs. 117, 118,119 y 120.
- (17) Citado por De Mata Vela, J.F. y De León Velasco, H.A. OP. CIT. Pág. 41.
- (18) Valderrama Vega, C. Enrique. Manual de Investigación criminal. Técnico-jurídico. Cuarta edición. Como guía de la Policía judicial y los funcionarios de investigación. Bogotá, Colombia. 1983.Pág. 19.
- (19) Clark, Ramsey. Crime in América. (E.U.A. Ed. Simón and Schuster N.Y.) 1970. Pág. 149.
- (20) Cruz Castro, Fernando. La Función acusadora en el proceso penal moderno. La policía judicial. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento de delincuente. ILANUD. Unidad Modular V. Departamento de capacitación. San José, Costa Rica. 1989.Pág. 75.
- (21) Vighola, Henri Paul. La administración de los servicios de policía. En: Policía y sociedad democrática. Edición Alianza Universidad. España. 1983. Pág. 163.
- (22) Beristain, Antonio. La policía se relaciona con la sociedad y la Universidad. En: Ciencia penal y criminología. Edición Tecnos. España. 1985. Págs. 238,239.
- (23) Sotelo Régil, Luis F. La investigación del crimen. Un curso para la policía profesional. Editorial Limusa S.A. Tercera reimpresión. México D.F.1984. Pág. 26.
- (24) Bruzzone, Gustavo A. OP. CIT. Pág. 189.
- (25) Guariglia, Fabricio O. OP. CIT. Pág. 94.

ANALISIS DE RESULTADOS

Se iniciará el análisis indicando que el trabajo de campo se realizó mediante entrevistas a fiscales y jueces, tanto en la Fiscalía del Ministerio Público, como en los Juzgados de Paz, de Primera Instancia de Instrucción y de Sentencia, de la Torre de Tribunales, ciudad capital. Los fiscales y jueces en términos generales fueron renuentes a colaborar con la investigación, aduciendo exceso de trabajo, el cual, indicaron, no les permite prepararse convenientemente para el nuevo sistema de administración de justicia penal, siendo insuficientes los cursos de capacitación que se han impartido en ambas instituciones. De la Fiscalía, solamente colaboró el 37.5 % y, de los jueces un 47.83 %.

ANALISIS DE RESULTADOS DE ENTREVISTAS A FISCALES.

1. El 33.33% opinó que la introducción del criterio de oportunidad, es una innovación en el ejercicio de la persecución penal del Ministerio Público, que permitirá descongestionar de trabajo a los tribunales, permitiendo la solución rápida de conflictos y la reparación del daño, dirigido a los delitos insignificantes que no causen impacto social; un 22.22 % indicó que será una institución procesal aplicada a los casos de poca importancia, para prescindir de la persecución penal pública, mediante la aprobación de una transacción entre imputado y agraviado.
2. Con respecto a si el criterio de oportunidad podrá provocar arbitrariedad o corrupción en su aplicación, el 88.89 % de los fiscales entrevistados, indicaron que no, argumentando un 55.55 % que lo impedirá el control jurisdiccional obligatorio que establece la ley. Solamente un 11.11 %, respondió que sí, pero no fundamentó su respuesta.
3. El 88.89 % indicó que no podrán acontecer conflictos de interpretación sobre el artículo 25 del Decreto 51-92, entre fiscales y jueces, argumentando un 33.33 % que el artículo es claro en su redacción. Únicamente el 11.11% respondió que sí, pero sin fundamentar su posición.
4. El 33.33 % opinó que el efecto positivo que provocará la aplicación del criterio de oportunidad, será el descongestionamiento de trabajo en los tribunales; el 22.22 % indicó que, con su aplicación se logrará una rápida reparación del daño causado al agraviado.
5. En relación a posibles efectos negativos al aplicar el criterio de oportunidad, el 88.89 % opinó que no se producirán, el 55.55 % no fundamentó su respuesta en ese sentido. El 11.11 % argumentó que la aplicación del criterio de oportunidad, no producirá efectos negativos en la

administración de justicia, en virtud, que se aplicará a aquéllos delitos de poca importancia, dándose participación al agraviado, si lo hubiere, y bajo el control jurisdiccional. Un 11.11 %, respondió afirmativamente, argumentando que los delincuentes al conocer lo relativo al criterio de oportunidad, cometerán delitos insignificantes sin temor, fomentando la impunidad.

6. El 77.78 % de la población entrevistada, opinó que sería conveniente la organización de una Dirección de Política Criminal, dentro de la Fiscalía General de la Nación, argumentando que dicha Dirección, se encargaría de analizar profesionalmente los casos que se le remitan y emitir dictamen sobre la conveniencia de aplicarle el criterio de oportunidad, coordinando y unificando criterios sobre su aplicación. El 11.11 % señaló que dicha organización no sería funcional y retardaría los procesos.
7. Un 77.78 % de los entrevistados, opinó la conveniencia de eliminar el Recurso de Apelación en contra de la autorización judicial, argumentando que previamente a aprobar el Juez, la aplicación del criterio de oportunidad al caso concreto, deberán cumplirse con requisitos, puesto que al aplicarlo se persigue el descongestionamiento y racionalización de la administración de justicia, para que el Ministerio Público le preste más atención a otros casos de delitos de mayor gravedad, y con el Recurso de apelación, no se logrará ese objetivo totalmente. El 22.22 % indicó en forma negativa, y de ellos, sólo el 11.11 % fundamentó su posición, aduciendo que la eliminación del Recurso de Apelación violaría el debido proceso.
8. En relación a si el procedimiento establecido para la aplicación del criterio de oportunidad, será efectivo para lograr el descongestionamiento de trabajo en tribunales, la racionalización de la administración de justicia y la concentración de los recursos humanos y materiales del Ministerio Público en la persecución penal de los delitos de mayor gravedad; el 77.78 % opinó que sí, el 33.33 % fundamentó su afirmativa en que, con dicho criterio de oportunidad, solamente se llevarán a juicio penal los casos de delitos de grave impacto social, descongestionando el sistema de administración de justicia penal; otro 33.33 % indicó, que será efectiva su aplicación, siempre y cuando, haya unificación de criterios y políticas claras al respecto, así como comunicación profesional entre fiscal y juez. El 22.22% respondió negativamente sin argumento alguno.
9. El 55.55 % de la población entrevistada, opinó que si sería conveniente, incluir como motivo de extinción de la acción penal pública, la aplicación del criterio de oportunidad, argumentando que si el agraviado ha dado su consentimiento, se ha reparado el daño, o bien, se ha establecido un acuerdo en ese sentido, se trata de delitos insignificantes, de poca

frecuencia, en donde la culpabilidad del imputado en mínima, etc., el Ministerio Público en consecuencia, no debe seguir prestándole atención, dirigiendo sus esfuerzos a delitos de impacto social. El 22.22 % expresó que no, pero no fundamentó su negativa.

10. Un 77.78 % de los fiscales entrevistados, opinaron que es improcedente y poco funcional, la aplicación del criterio de oportunidad por los síndicos municipales, debido al escaso nivel de preparación profesional de los mismos, por carecer de conocimientos jurídicos. El 22.22 % respondió en forma incongruente.

ANALISIS DE RESULTADOS DE ENTREVISTAS A JUECES.

1. El 54.55 % de la población entrevistada, opinó que la introducción del criterio de oportunidad en el Decreto 51-92, es un avance en materia procesal penal, que regula criterios de selección, que va dirigido a delitos insignificantes, con el consentimiento del agraviado, si lo hubiere, la reparación del daño y bajo el control jurisdiccional, quien a solicitud del fiscal, en definitiva autorizará su aplicación al caso concreto. El 27.27 % dio respuesta incongruente.
2. Con respecto a la opinión sobre posible arbitrariedad o corrupción en la aplicación del criterio de oportunidad, por parte de los fiscales del Ministerio Público, el 72.73 % de los entrevistados, dieron respuestas negativas e incongruentes; un 18.18 % indicó que no se dará arbitrariedad o corrupción, fundamentando su respuesta en que el control que tendrá el juzgador sobre la investigación y aplicación del criterio de oportunidad, evitará que se den. Un 9.01 % respondió que sí, argumentando que si puede darse, si el fiscal manipula al agraviado para que acepte cualquier acuerdo, en relación a la reparación del daño, o bien, para que dé su consentimiento.
3. El 36.36 % de los entrevistados consideraron que no se producirán conflictos de interpretación con respecto del artículo 25 del Decreto 51-92, entre fiscales y jueces, fundamentando su respuesta en que la redacción de tal artículo es clara, y si ocurrieren, en definitiva quien autorizará su aplicación será el juez competente. Otro 27.27 % también respondió que no, no fundamentándose. Un 18.18 % opinó afirmativamente, argumentando que el conflicto podrá suscitarse en la incongruencia del Código Penal con la transformación procesal penal, sobre todo, en la determinación de delitos insignificantes o que no causen impacto social, por lo que sería conveniente que el Código Penal determinara a que delitos se les podrá aplicar el criterio de oportunidad.
4. Con respecto a cuáles serán los efectos positivos que podrán ocurrir con la aplicación del criterio de oportunidad; el 54.55 % indicó que provocará el descongestionamiento de trabajo en tribunales. Y, un 27.27 % respondió que provocará la reparación rápida del daño causado como consecuencia del delito al agraviado.
5. En relación a opiniones sobre efectos negativos que puedan producirse con la aplicación del criterio de oportunidad; el 54.55 % respondió que no se producirán, pero no fundamentaron su negativa. El 18.18 % dió respuestas incongruentes; el 18.18 % opinó que sí, fundando su respuesta en que el criterio de oportunidad, fomentará la impunidad, los delincuentes convencionales verán la facilidad para quedar sin castigo.

6. Con respecto a la conveniencia de organizar una Dirección de Política Criminal, dentro de la Fiscalía General de la Nación, que concentre la emisión de dictámenes sobre la aplicación del criterio de oportunidad, persiguiendo unidad de criterio en interpretación y aplicación del mismo; el 54.55 % respondió favorablemente, indicando que dicha Dirección coadyuvaría para unificar criterios y coordinar la selección de casos y aplicación del criterio de oportunidad. Un 36.36 % dió respuestas incongruentes; y un 9.09 % opinó que una Dirección de Política Criminal, coadyuvará a establecer políticas criminales acordes con la idiosincracia de nuestra sociedad.
7. El 63.64 % de los entrevistados, expresaron que no es conveniente eliminar el Recurso de Apelación en contra de las autorizaciones judiciales, por la aplicación del criterio de oportunidad, en virtud, que el recurso de alzada cumple una función contralora de la actividad de los jueces. Un 18.18 % respondió afirmativamente, fundamentándose en que el Recurso de apelación es innecesario, puesto que si la víctima tiene interés en continuar con la acción penal, tendrá derecho a la conversión, además, previamente a aplicarlo se ha solicitado su consentimiento.
8. Un 45.45 % de los fiscales entrevistados, consideran que el procedimiento establecido en la ley, para aplicar el criterio de oportunidad, no será efectivo totalmente para descongestionar de trabajo a los tribunales, racionalizar la administración de justicia y concentrar los recursos materiales y humanos en la persecución de los delitos de mayor gravedad; porque además de exigir varios requisitos, el auto de aprobación es susceptible de Recurso de Apelación y no produce la extinción de la acción penal, puesto que la misma ley obliga al Ministerio Público, a que, no obstante su aplicación, no esta eximido de continuar con la investigación. Un 18.18 % opinó que el procedimiento establecido será efectivo; y, un 36.36 % dieron respuestas incongruentes.
9. Un 54.55 % indicó que en un futuro será conveniente la incorporación del criterio de oportunidad como motivo de extinción de la acción penal, y establecer un plazo para que el agraviado ejerza su derecho a la conversión. Un 18.18 % expresó que no es conveniente, puesto que el Ministerio Público deberá continuar con la investigación de estos casos; y, un 27.27 % dió respuestas incongruentes.
10. Con respecto al artículo 85 del Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, sobre la aplicación del criterio de oportunidad por los síndicos municipales, en los municipios del interior de la República; el 45.45 % no tenía conocimiento de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, y no opinaron al respecto. Otro 45.45 % indicó que no era conveniente, debido a su falta de preparación y capacidad jurídica, lo que podrá dar lugar a la corrupción.



REPRESENTACION GRAFICA DE RESULTADOS

ENTREVISTA REALIZADA A FISCALES DEL MINISTERIO PUBLICO

1. Cuál es su opinión sobre la introducción del Principio de oportunidad 51-92 del Congreso de la República ?

Opiniones:

A) Institución procesal que innova el ejercicio de la persecución penal, que permitirá descongestionar el trabajo en los tribunales permitiendo la solución rápida de conflictos y la reparación del daño causado al agraviado, en aquellos casos que no trate de delitos que causen impacto social, o sea, casos sin trascendencia o insignificantes.

B) El criterio de oportunidad lo aplicará el Ministerio Público para prescindir de la acción penal pública, mediante la aprobación de una transacción de daño debiendo tal aplicación ser autorizada por el juez competente.

C) Es acertada la introducción del criterio de oportunidad en el sistema de administración de justicia, prescribiendo la ley presupuestos aplicables, puesto que la selección informal de casos se ha venido dando siempre, siendo antojadizas y arbitrarios.

D) La introducción del criterio de oportunidad dentro de la transformación de justicia penal en nuestro país, es catalogada como un método de desjudicialización para que el nuevo sistema penal sea efectivo y viable, adquiriendo importancia la participación de agraviado mediante su consentimiento y un acuerdo con el imputado con respecto a la reparación del daño.

E) Respuesta incongruente.

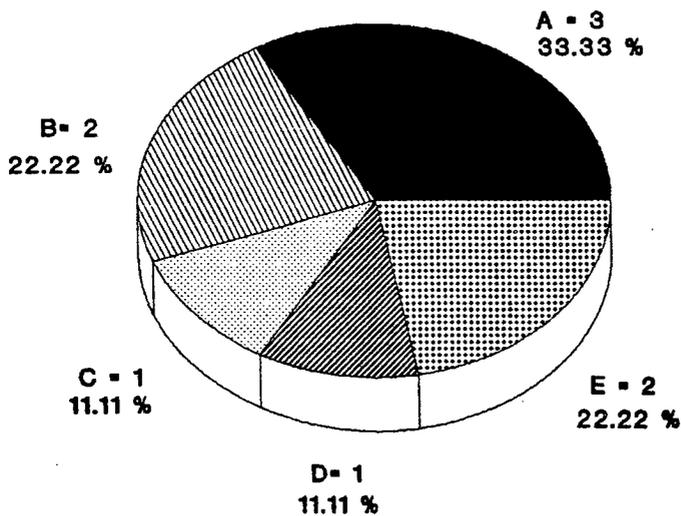


CUADRO No. 1

OPINION	FRECUENCIA	%
A	3	33.33
B	2	22.22
C	1	11.11
D	1	11.11
E	2	22.22
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 1



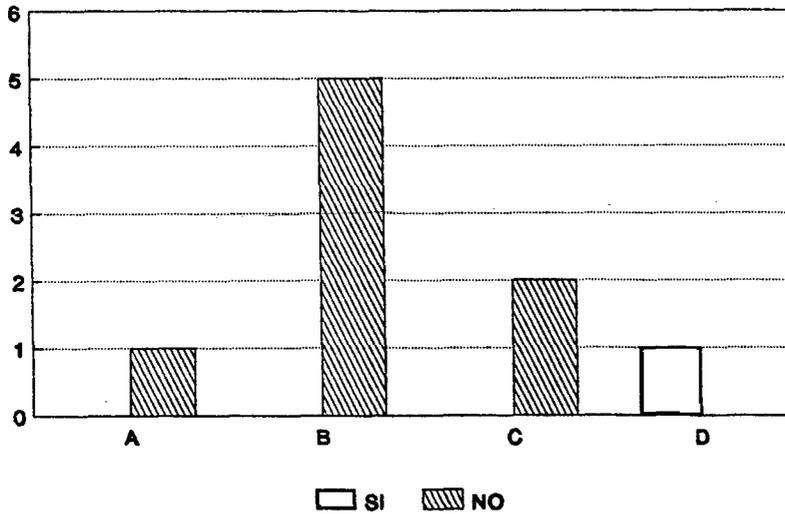


CUADRO No. 2

OPINION	SI	NO
A	0	1 11.11 %
B	0	5 55.55 %
C	0	2 22.22 %
D	1 11.11 %	0
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 2





3. Cuál es su opinión con respecto a la posibilidad de conflictos de interpretación del artículo 25 del Decreto 51-92, al aplicar el criterio de oportunidad a un caso concreto entre fiscales y jueces?

NO HABRAN [] SI HABRAN []

Por que?

A) No habrán, porque la redacción del artículo 25, es clara y no provocará conflictos de interpretación.

B) No habrán conflictos de interpretación entre fiscales y jueces, porque la última palabra sobre la interpretación y aplicación al caso concreto la tendrá el juez competente.

C) La regulación sobre el criterio de oportunidad no es del todo clara y puede dar lugar a diferentes interpretaciones.

D) Podrán haber conflictos de interpretación, esto dependerá de la capacidad y preparación jurídica de fiscales y jueces.

E) Respuesta Incongruente.

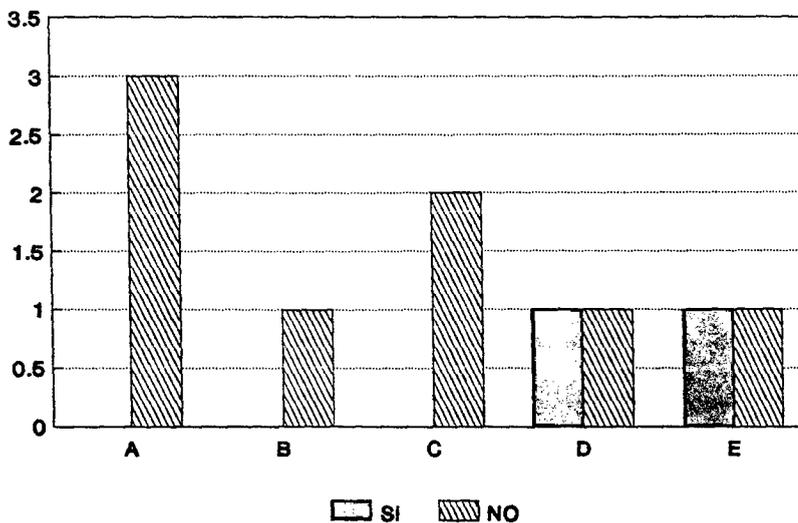
CUADRO No. 3



OPINION	SI	NO
A	0	3 33.33 %
B	0	1 11.11 %
C	0	2 22.22 %
D	0	1 11.11 %
E	1 11.11 %	0
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 3





4. Cuáles serán los efectos positivos según su criterio, que ocasionará el criterio oportunidad?

Opiniones:

A) La desjudicialización de casos insignificantes o intrascendentes que no provocan impacto social, lo que permitirá encauzar o concentrar los esfuerzos y recurso humanos y materiales en la persecución penal de los delitos de mayor gravedad.

B) La economía procesal mediante la solución de conflictos.

C) Se establece en la ley procesal penal, los presupuestos necesarios para aplicar el criterio de oportunidad al caso concreto, lo que *es saludable *, porque la selección informal se ha dado siempre.

D) Provocará el descongestamiento de trabajo en los tribunales.

E) Los arreglos entre imputado y agraviado ya no serán extrajudicialmente, como se hace, con la aplicación del Criterio de oportunidad, al agravio, si le hubiere, se le solicitará su consentimiento y se establecerá un acuerdo para la reparación del daño, quedando sujeto a la aprobación jurisdiccional.

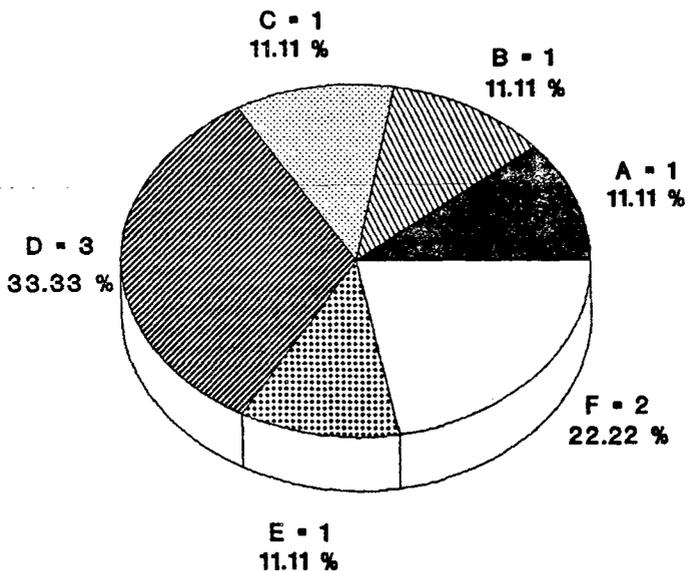


CUADRO No. 4

OPINION	FRECUENCIA	%
A	1	11.11
B	1	11.11
C	1	11.11
D	3	33.33
E	1	11.11
F	2	22.22
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 4





5. Opina usted, que la aplicación del criterio de oportunidad ocasione efectos negativos dentro de la administración de justicia?

SI []

NO []

Cuáles?

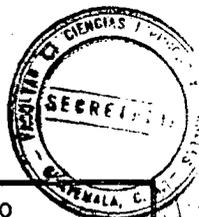
A) La aplicación del Criterio de oportunidad, no producirá efectos negativos en la administración de justicia, en virtud que se aplicará en aquellos delitos de poca importancia, dándose participación a la víctima, en delitos de acción pública y bajo control jurisdiccional.

B) Un efecto negativo será que los delincuentes al conocer lo que relativo al criterio de oportunidad cometerán delitos insignificantes sin temor, fomentará la impunidad.

C) Respuesta incongruente.

D) Respuesta sin fundamento.

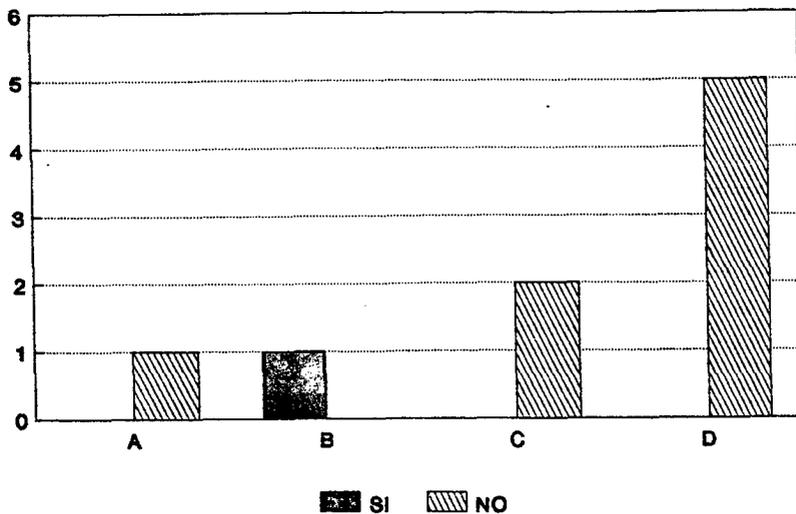
CUADRO No. 5



OPINION	SI	NO
A	0	1 11.11 %
B	1 11.11 %	0
C	0	2 22.22 %
D	0	5 55.55
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 5





- 6) Cuál es su opinión, sobre la organización de una Dirección de Política General de la Nación que coadyude, dentro de sus funciones, coordinar y unificar criterios sobre el artículo 25 del Decreto 51-92 en la selección de casos?

Opiniones:

A) Una dirección de Política Criminal dentro de dicha institución, formada por profesionales aptos, encargada de emitir dictámenes sobre aplicación del Criterio de oportunidad a casos concretos, es lo más técnico para coordinar y unificar criterios sobre la selección de casos. Además, en base a resultados dicha dirección podría proponer en forma concreta el aumento de Criterios de oportunidad .

B) No sería funcional y únicamente retardaría procesos.

C) Respuesta incongruente.

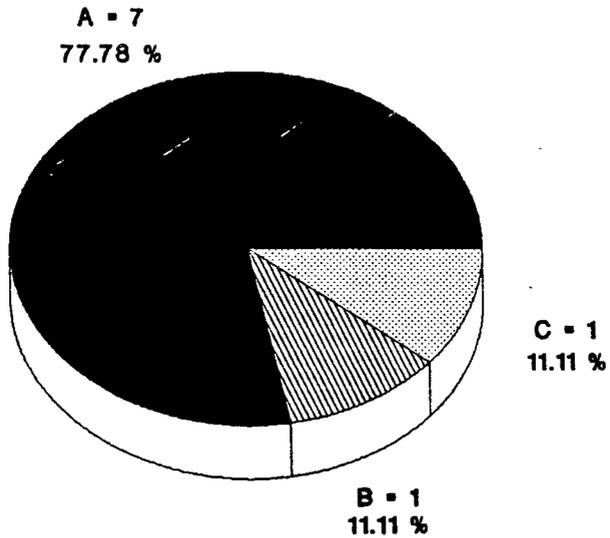
CUADRO No. 6



OPINION	FRECUENCIA	%
A	7	77.78
B	1	11.11
C	1	11.11
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 6





7. Considera usted, conveniente la eliminación del Recurso de Apelación en contra de las autorizaciones judiciales sobre aplicación del Criterio de oportunidad?

SI [] NO []

Por qué ?

A) No, la eliminación del Recurso de apelación violaría el debido proceso.

B) Sí, el auto que dictará el Juez competente sobre la aplicación, o no, del criterio de oportunidad al caso concreto, no debería ser recurrible, en virtud que para solicitar su aplicación, se requieren varios presupuestos, y, al aplicarlo se persigue el descongestionamiento de trabajo en tribunales, y prestar menos atención a los delitos de poca importancia, * con el Recurso de Apelación se perderá ese objeto. Además, aún tendrá el agraviado la facultad de conversión.

C) Respuesta incongruente.

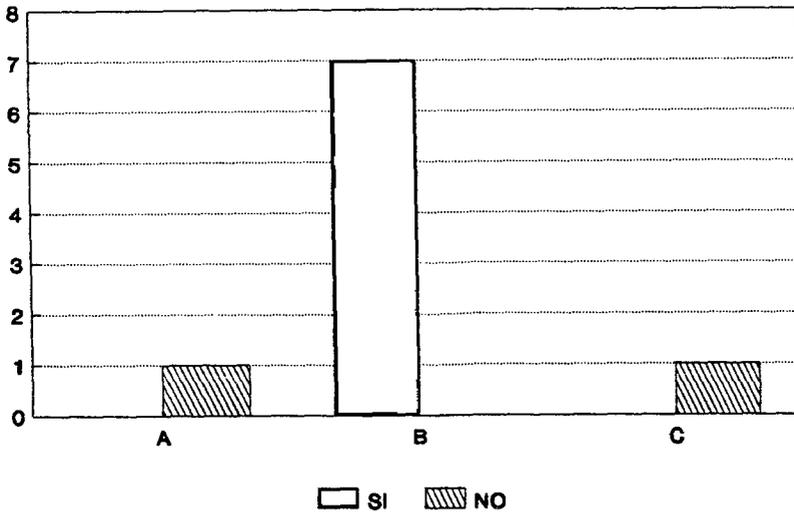
CUADRO No. 7



OPINION	SI	NO
A	0	1 11.11 %
B	7 77.78 %	0
C	0	1 11.11 %
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 7



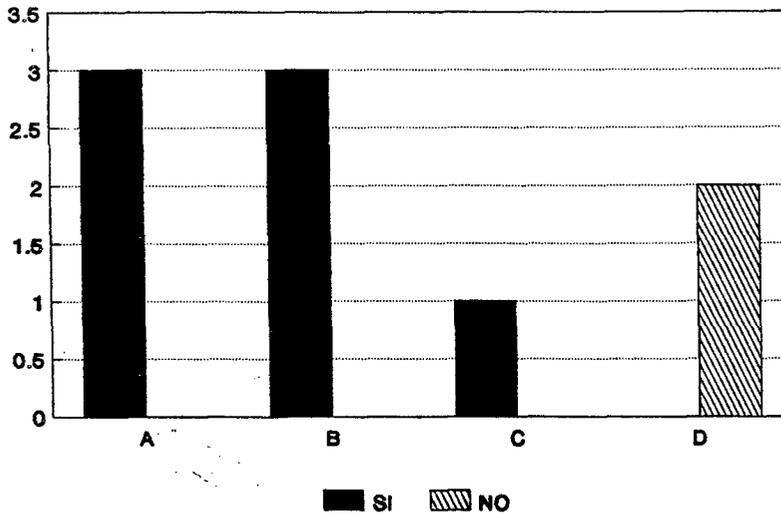
CUADRO No. 8



OPINION	SI	NO
A	3 33.33 %	1 11.11 %
B	3 33.33 %	0
C	1 11.11 %	0
D	0	2 22.22 %
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 8





9. Considera usted, conveniente incluir como motivo de extinción de la acción penal pública, la aplicación del criterio de oportunidad?

SI []

NO []

Por qué?

A) Sí, al aplicar un criterio de oportunidad al caso concreto, previamente se ha pedido el consentimiento del agraviado para la reparación del daño causado, siendo delito de poca importancia o insignificante, la culpabilidad del imputado es mínima, debe evitarse, entonces, que el M.P. continúe poniendo atención a esos casos en su investigación, para que los concentre en los delitos de mayor gravedad.

B) Respuesta incongruente.

C) Respuesta sin fundamento.

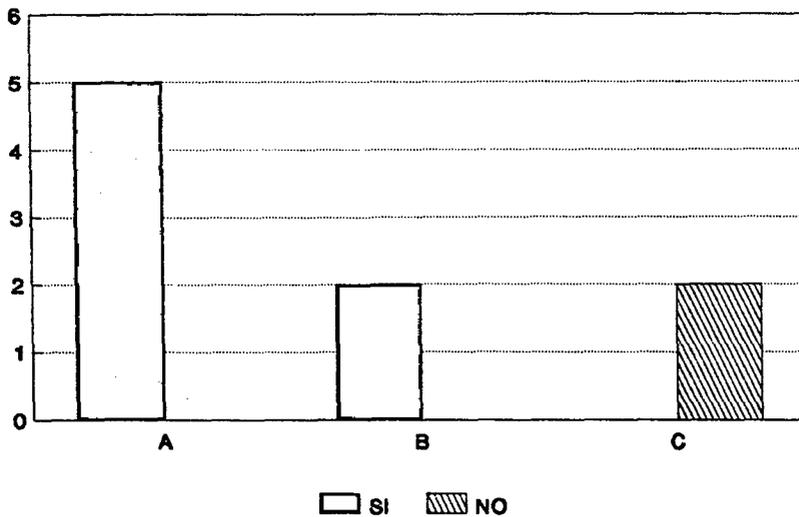


CUADRO No. 9

OPINION	SI	NO
A	5 55.55 %	0
B	2 22.22 %	0
C	0	2 22.22 %
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 9





10. Exponga su criterio con respecto a la aplicación del criterio de oportunidad por los síndicos municipales en representación del Ministerio Público ausencia de fiscales en el interior de la república regulado en artículo 85 de la Ley Orgánica del Ministerio público, Decreto 40-94.

Criterios:

A) Es improcedente y poco funcional debido al nivel cultural de la mayoría de síndicos municipales no tienen conocimientos Jurídicos .

B) Respuesta Incongruente.

CUADRO No. 10

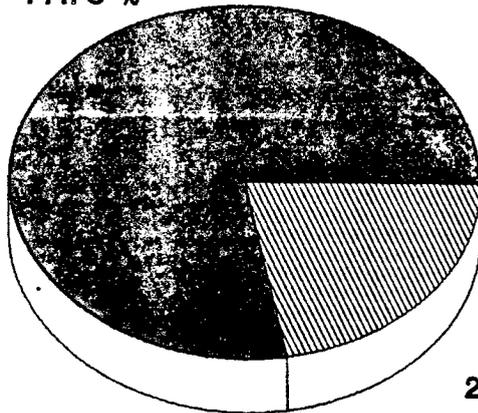


OPINION	FRECUENCIA	%
A	7	77.78
B	2	22.22
TOTAL	9	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 10

A = 7
77.78 %



B = 2
22.22 %



ENTREVISTA REALIZADA A JUECES DE PAZ,
DE PRIMERA INSTANCIA DE INSTRUCCION
Y DE SENTENCIA

- 1.Cuál es su opinión sobre la introducción del Principio de oportunidad 51-92 del Congreso de la República ?

CRITERIOS:

A) La introducción del Criterio de oportunidad en la nueva Legislación procesal penal, es un innovación, que regula criterios de selección de casos, va dirigido a aquellos delitos insignificantes o de poca frecuencia que se cometan, procurando el consentimiento del agraviado y la reparación del daño que se le ocasiono, como consecuencia del delito, bajo el control jurisdiccional, quien a solicitud de fiscal en definitiva autorizara la aplicación del criterio de oportunidad al caso concreto.

B) Su introducción obedece a la necesidad de que los recursos humanos y materiales del Ministerio Público, se concentren en la persecución penal de los delitos que causen grave impacto social.

C) Respuesta incongruente.

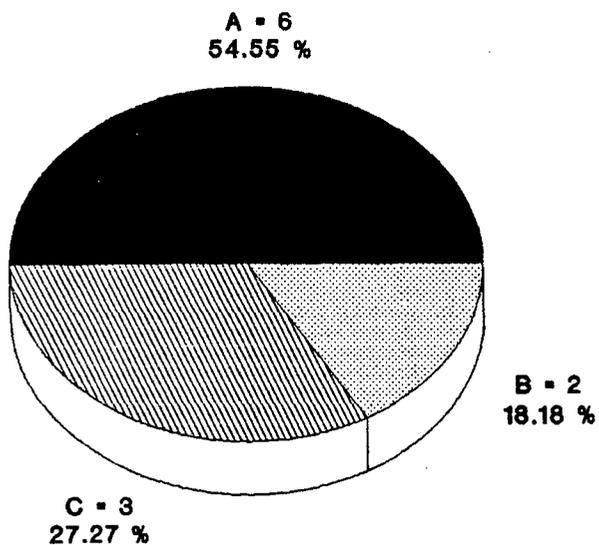
CUADRO No. 1



OPINION	FRECUENCIA	%
A	6	54.55
B	2	18.18
C	3	27.27
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 1





2. Considera usted que el Criterio de oportunidad pueda provocar corrupción o arbitrariedad en su aplicación, por parte de los fiscales del Ministerio Público.

SI [] NO []

Por que?

A) No, porque con el control que tendrá el juzgador sobre la investigación y aplicación del criterio de oportunidad, se evitara que se de corrupción o arbitrariedad.

B) El criterio de oportunidad Si puede dar ocasión de corrupción o arbitrariedad, si los fiscales manipulan al agraviado para que acepte cualquier acuerdo en relación a la reparación del daño, o bien, para que de su consentimiento.

C) Respuesta incongruente.

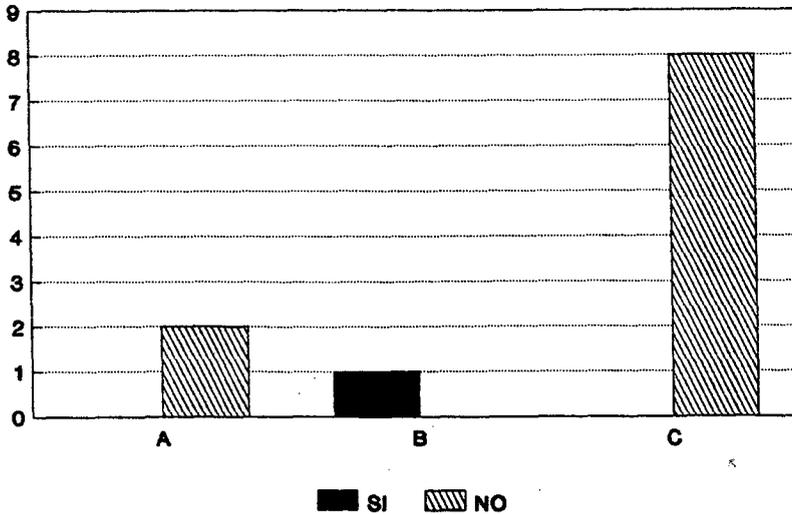


CUADRO No. 2

OPINION	SI	NO
A	0	2 18.18 %
B	1 9.09 %	0
C	0	8 72.73 %
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 2





3.Cuál es opinión con respecto a la posibilidad de confli interpretación del artículo 25 del Decreto 51-92, al aplicar el criterio de oportunidad a un caso concreto entre fiscales y jueces?

NO HABRAN [] SI HABRAN []

Por que?

A) No habran conflictos de interpretación con respecto a la regulación del criterio de oportunidad, porque la misma es clara, y si llegaren a acontecer diferencias de interpretación entre fiscal y juez, en definitiva quien lo aplicara y aprobara será el órgano jurisdiccional competente.

B) Si y podrá suscitarse el conflicto con respecto a cuales delitos se aplicara el criterio de oportunidad específicamente. Lo mas acertado seria aprobar un nuevo código penal, que estableciera taxativamente los delitos que no causen impacto social, termino muy relativo, y que por su insignificancia sean susceptibles de aplicación del criterio de coportunidad, y seguir el procedimiento establecido en el código procesal penal (consentimiento del agraviado, si lo hubiere, reparación del daño, etc.).

C) Respuesta incongruente.

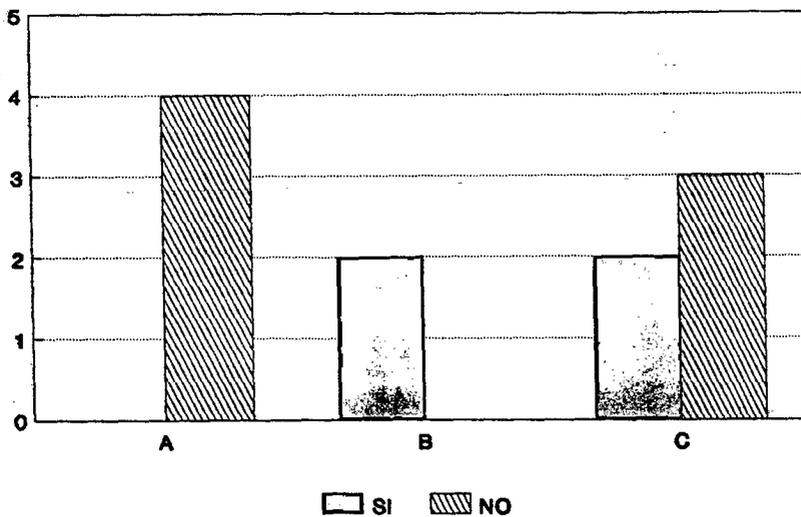


CUADRO No. 3

OPINION	SI	NO
A	0	4 36.36 %
B	2 18.18 %	0
C	2 18.18 %	3 27.27 %
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 3





4. Cuáles serán los efectos positivos según su criterio, que ocasionará el criterio oportunidad?

Opiniones:

A) Descongestionar el trabajo en los tribunales.

B) Reparación mas rápida del daño causado, como consecuencia del delito.

C) Economía procesal tanto para el Estado, como para la víctima e imputado, mediante una solución rápida de conflicto.

D) Evitara el aumento de presos sin condena, provocando la solución rápida de su situación jurídica.

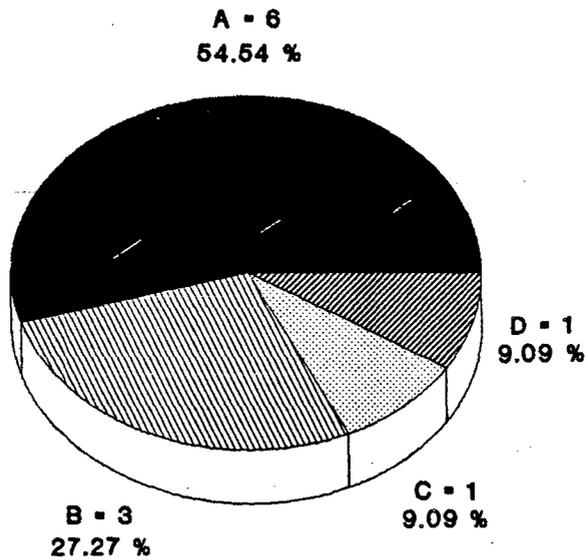


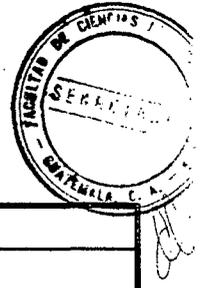
CUADRO No. 4

OPINION	FRECUENCIA	%
A	6	54.54
B	3	27.27
C	1	9.09
D	1	9.09
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 4



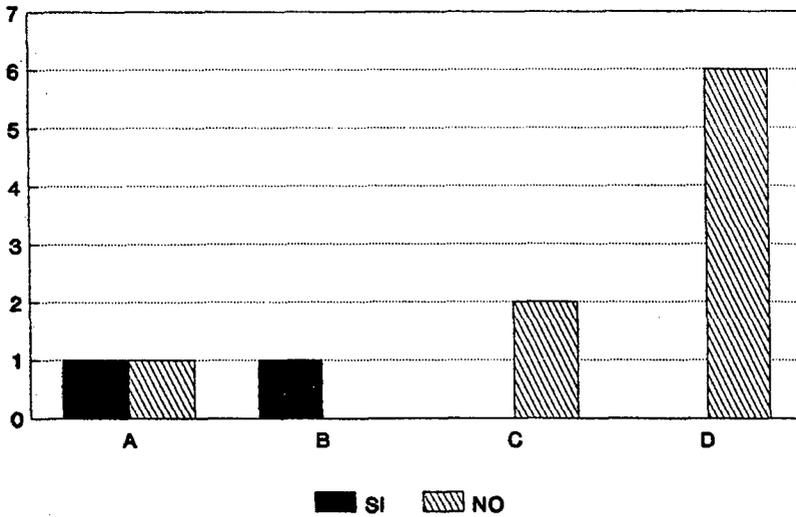


CUADRO No. 5

OPINION	SI	NO
A	1 9.09 %	1 9.09 %
B	1 9.09 %	0
C		2 18.18 %
D		6 54.55 %
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 5





- 6) Cuál es su opinión, sobre la organización de una Dirección de Política General de la Nación que coadyude, dentro de sus funciones, coordinar y unificar criterios sobre el artículo 25 del Decreto 51-92 en la selección de casos?

Opiniones:

A) Una dirección de la política criminal dentro de la organización de la fiscalía general de la nación, coadyudaría para unificar criterios sobre interpretación y aplicación del criterio de oportunidad.

B) Una dirección de política criminal, ayudaría a llegar a establecer políticas criminales acordes a la idiosincrasia de nuestro país.

C) Respuesta incongruente.

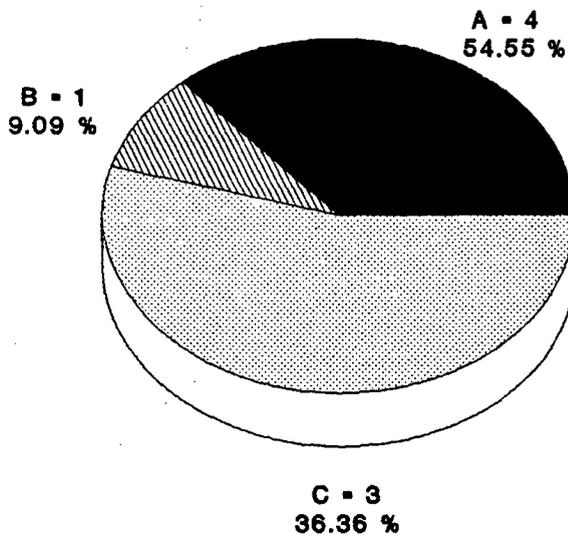


CUADRO No. 6

OPINION	FRECUENCIA	%
A	4	54.55
B	1	9.09
C	6	36.36
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 6



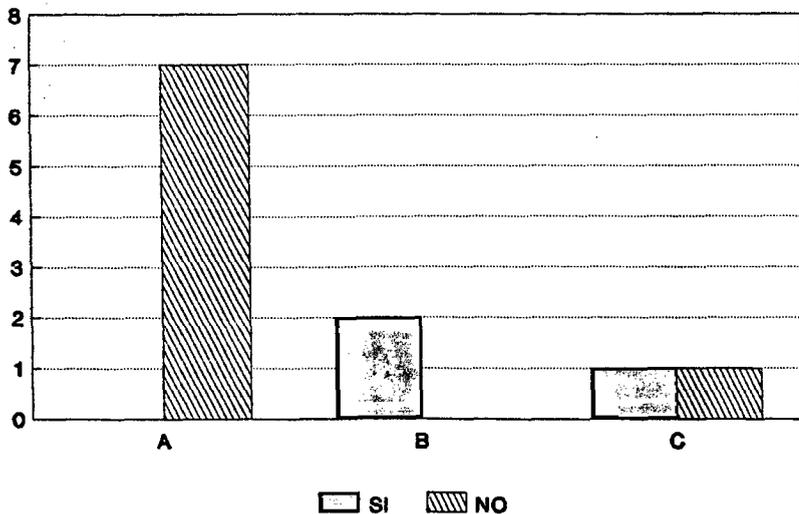


CUADRO No. 7

OPINION	SI	NO
A	0	7 63.64 %
B	2 18.18 %	0
C	1 9.09 %	1 9.09
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 7





8. Considera Usted , que el procedimiento establecido para la aplicación del Criterio de oportunidad será efectivo para lograr el descongestionamiento del trabajo en tribunales, la racionalización de la administración de justicia y la concentración de los recursos humanos y materiales del Mp. en el ejercicio de la persecución penal de los delitos de mayor gravedad?

SI []

NO []

Por qué?

A) No porque el procedimiento establecido en la ley para aplicar el criterio de oportunidad, no permitirá totalmente concentrar los recursos materiales y humanos en la persecución penal de los delitos de mayor gravedad o de grave impacto social, en virtud de que además de estar sujeto a varios requisitos el auto de aprobación de su aplicación, es recurrible y no produce la extinción de la acción penal pública, puesto que la misma ley obliga al ministerio publico a continuar con la investigación, no obstante ser delitos de bagatela.

B) Si porque el procedimiento establecido es correcto, y si coadyudará a descongestionar y desjudicializar el trabajo de los tribunales.

C) Respuesta sin fundamento.

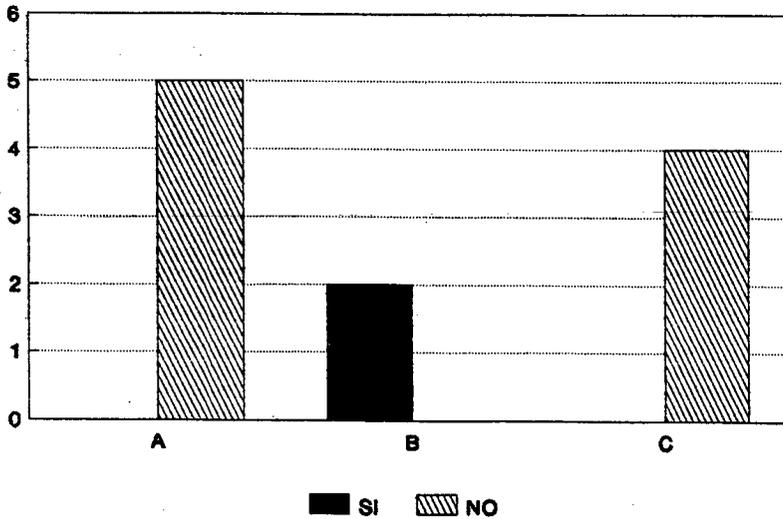


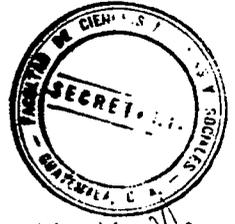
CUADRO No. 8

OPINION	SI	NO
A	0 55.55 %	5 45.45 %
B	2 18.18 %	0
C	0	4 36.36 %
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 8





9. Considera usted, conveniente incluir como motivo de extinción de la acción penal pública, la aplicación del criterio de oportunidad?

SI []

NO []

Por qué?

A) Si debió regularse como motivo de extinción de la acción penal pública y establecerse un plazo para que el interesado hiciera uso de la facultad de conversión si deseara continuar con la acción penal, para evitar que el ministerio público le preste demasiada atención a la investigación de estos delitos de poca importancia.

B) No conviene incorporarse como motivo de extinción de la acción penal pública, puesto que el ministerio público deberá seguir investigando el caso, no obstante la aplicación del criterio de oportunidad.

C) Respuesta incongruente.

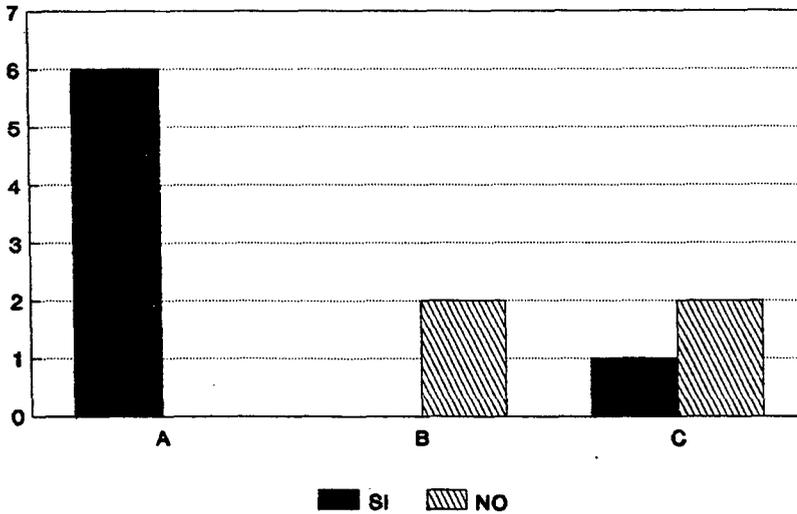


CUADRO No. 9

OPINION	SI	NO
A	6 54.55 %	0
B	0	2 18.18 %
C	1 9.09 %	1 9.09 %
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 9





10. Exponga su criterio con respecto a la aplicación del criterio de oportunidad por los síndicos municipales en representación del Ministerio Público ausencia de fiscales en el interior de la república regulado en artículo 85 de la Ley Orgánica del Ministerio público, Decreto 40-94.

Criterios:

A) No tengo conocimiento de la nueva ley orgánica del ministerio publico.

B) No es conveniente la aplicación del criterio de oportunidad por los síndicos municipales por falta de preparación y capacidad jurídica, además podría dar lugar a corrupción.

C) En los municipios de la República demasiado lejanos, se debe establecer a cargo de ellos, fiscales responsables por regiones, dejando a ellos la aplicación del criterio de oportunidad.

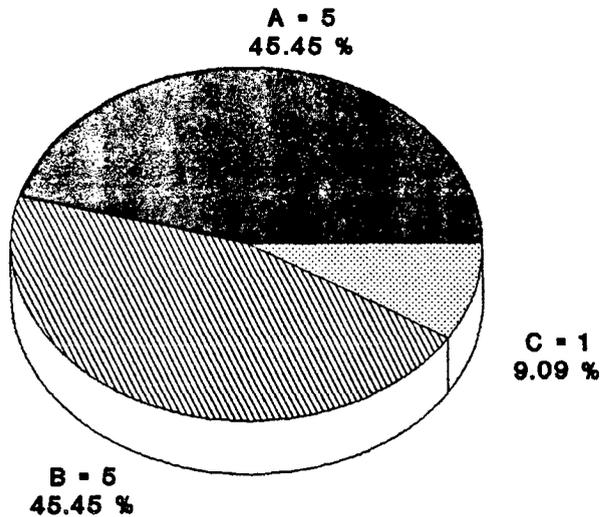


CUADRO No. 10

OPINION	FRECUENCIA	%
A	5	45.45
B	5	45.45
C	1	9.09
TOTAL	11	100 %

FUENTE: ENTREVISTA

GRAFICA No. 10



CONCLUSIONES

- 1) Con la transformación del sistema de administración de justicia penal en nuestro país, se hizo necesario un cambio político sobre la reacción del Estado ante la criminalidad, para que el nuevo sistema penal sea efectivo, de ahí, la incorporación del principio de oportunidad en el Decreto 51-92, al cual denomina Criterio de oportunidad.
- 2) La aplicación rigurosa del principio de legalidad, en el Sistema de Administración de Justicia Penal, es la más grande hipocrecia del sistema, por lo que la introducción, mínima del principio de oportunidad, como excepción, en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, constituye un avance para limitar y establecer una Política Criminal del Estado.
- 3) La introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema de administración de justicia penal, es el inicio para avanzar hacia un modelo de administración de justicia más racional y eficiente; que persigue la concentración de los recursos humanos y materiales del Ministerio Público, en los casos de delitos de mayor gravedad, lo que permitirá, se espera y desea, que llegue su persecución a la criminalidad privilegiada.
- 4) La adopción de criterios de oportunidad constituye uno de los mecanismos para canalizar la selección espontánea del sistema penal, ésta siempre ha existido, dicha selectividad ha sido irracional, deformante y desigual, puesto que depende de la discrecionalidad de la policía, el fiscal o del Juez, por lo que era necesario llegar a regularlo, para tratar de alguna manera controlarla, e intentar erradicar la arbitrariedad que domina actualmente la selección que opera dentro del sistema.
- 5) De los dos modelos de oportunidad existentes, como regla (modelo anglosajón) y como excepción (modelo alemán), es aceptable el segundo, basado en criterios expresamente determinados en la legislación y sujeta a controles formales. Dicho modelo es el adoptado en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- 6) Tanto jueces como fiscales, tienen la opinión que el criterio de oportunidad, es un método de desjudicialización, concepto que no comparto, porque el juez siempre intervendrá controlando su aplicación, considero más apropiado: método de despenalización, porque con su incorporación, se transforma la política de las penas para delitos insignificantes, será una transformación en lo relativo a la reacción del Estado, en el ejercicio del IUS PUNIENDI, ante la criminalidad.

- 7) En la aplicación que se hará del criterio de oportunidad se dará participación al agraviado, si lo hubiere, solicitando el fiscal a cargo del caso, su consentimiento y la reparación del daño, o un acuerdo en ese sentido, el cual será aprobado por el Juez, competente. Pero no obstante las condiciones indicadas, la ley insiste en que el Ministerio Público, a pesar de la aplicación del criterio de oportunidad, no estará eximido de continuar con la investigación y podrá ejercer la acción penal pública cuando lo considere conveniente; esta disposición tiene una fuerte influencia del principio de legalidad, que impedirá que el criterio de oportunidad surta los efectos esperados, o será por el contrario, otra norma vigente, no positiva.
- 8) Los efectos que producirá la aplicación del criterio de oportunidad al caso concreto, no se encuentran claramente determinados en el Decreto 51-92, porque no establece que presupuestos de los contemplados en el artículo 25, producirán caducidad o no de la persecución penal, siendo una laguna legal.
- 9) Un buen porcentaje de los entrevistados (jueces y fiscales), no tienen fundamento doctrinario sobre el principio de oportunidad, el cual les será difícil aplicar, según los presupuestos dados, si no tienen una base doctrinaria, hasta que un nuevo Código Penal facilite su aplicación señalando los delitos susceptibles de aplicación del criterio de oportunidad, y cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley penal adjetiva; ésto para evitar conflictos de interpretación.
- 10) La aplicación del criterio de oportunidad en faltas, hubiese sido muy saludable para el descongestionamiento de trabajo en los Juzgados de Paz.

RECOMENDACIONES

- 1) La autorización del juez competente, con respecto a la aplicación del Criterio de oportunidad a un caso concreto, deberá ser regulada en el Decreto 51-92, no susceptible de recurso alguno, porque si la víctima realmente tiene interés en que se continúe la acción penal tendrá el derecho a la CONVERSION.
- 2) La institución procesal de la conversión, regulada en el Decreto 51-92, deberá ser el control a favor del agraviado, cuando se aplique el criterio de oportunidad en su perjuicio, transformando de esta forma la acción penal pública en privada, evitando el Recurso de Apelación. Con lo cual se logrará que, se cumplan los objetivos de la introducción del principio de oportunidad en el sistema de administración de justicia; puesto que, el órgano de persecución oficial concentrará los recursos humanos y materiales en los delitos más graves o de impacto social, prestando menos atención a los casos de delitos insignificantes.
- 3) Es necesario que se emita un Código Penal acorde con la transformación procesal, que establezca los delitos que serán susceptibles de aplicación del Criterio de oportunidad y, se les aplique el procedimiento establecido en Decreto 51-92.
- 4) Una posibilidad de lege ferenda, es que la ley señale en forma clara y específica los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad, indicando si constituye o no cosa juzgada (caso de sobreseimiento), en que supuesto es posible reiniciar o no la acción penal, etc.
- 5) Debido a los fundamentos que impulsaron la aparición del criterio de oportunidad, deberá incorporársele dentro de los motivos que provocarán la extinción de la acción penal pública, dejando al agraviado el derecho a la conversión y por un plazo específico.
- 6) Es necesaria la organización de una Dirección de Política Criminal en la Fiscalía General de la Nación, que establezca coordinación entre los fiscales sobre aplicación del criterio de oportunidad, con base en los presupuestos dados en la ley, emita dictámenes y haga las recomendaciones en base a investigaciones concretas, según la situación político-cultural del país, sobre la ampliación del principio de oportunidad, con respecto a incorporación de más criterios de selección, o en su caso, la conveniencia de eliminarlo de la legislación procesal penal, y ello, con fundamentos sólidos. Y de esta manera, se llegó en nuestro país a crear la propia política criminal del Estado, y no sólo importarla totalmente.

7. Los exámenes de oposición que sustentarán los aspirantes a fiscales para ingreso a la institución, procedimiento que también deberá aplicarse para ascensos dentro de la misma, deberán contener aspectos de Política Criminal, Criminología, Criminalística y principalmente Derecho Penal, Derecho Procesal Penal (Doctrina y legislación) y Constitucional, entre otras. Los conocimientos anteriores coadyuvarán para que el fiscal haga un análisis profesional de los casos, y especialmente, en la selección de los casos a los cuales considera conveniente la aplicación del criterio de oportunidad.

8. Que en la ley se establezca que actitud tomará el fiscal, en el caso de incomparecencia del agraviado para dar su consentimiento, sobre aplicación al caso concreto del criterio de oportunidad, el cual no podrá omitirse simplemente, cuando haya agraviado. En este sentido, sugiero que en caso de incomparecencia después de tres citaciones, el fiscal en la solicitud que dirigirá al Juez competente, adjunte dichas citaciones, para que lo considere, haciendo una última citación al agraviado, sin apremio alguno, y si persistiere su incomparecencia, resuelva aprobando la solicitud, siempre que se encuadre en cualquiera de los presupuestos dados en el artículo 25 del Decreto 51-92.

BIBLIOGRAFIA

- Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Universitaria. USAC, 1973.
- Aparicio, Julio Enrique. Panorama criminológico. Editorial Dimas. Córdoba, República de Argentina.
- Baumann, Jürgen. Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1986.
- Bergalli, Roberto. Criminología de América Latina. Cambio social, normatividad y comportamientos desviados. Editorial Astrea, ediciones Pannedill. Buenos Aires, Argentina. 1972.
- Beristain, Antonio. Derecho penal y criminología. Editorial Tamis S.A. Bogotá, Colombia. 1986.
- Bertolino, Pedro J. El funcionamiento del Derecho Procesal Penal. Interpretación, determinación, integración y aplicación. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- Bielsa, Rafael. Derecho Constitucional. 3ra. edición. Bs.As. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1957.
- Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. 4ta. Edición. Editorial Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

- Cafferata Nores, José I. Temas de Derecho Procesal Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.1988.
- Cruz Castro, Fernando. La Función Acusadora en el proceso penal moderno. ILANUD.San José, Costa Rica. 1991.
- La Defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. ILANUD. San José, Costa Rica. 1989.
- Claria Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Ediar S.A. Editora Comercial, industrial y financiera. 1960.
- Derecho Procesal : Estructura del proceso. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1983.
- Chacón Corado, Mauro. El enjuiciamiento penal guatemalteco y la necesidad de regular el juicio oral. V-1 Centro Editorial Vile. Guatemala. 1991.
- Delmas-Marty, Mireille. Modelos actuales de Política Criminal. Colección temas penales serie No. 4 Centro Publicaciones de la Secretaría General técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, España.1986.
- Dolz Lago, Manuel de Jesús. Los Principios de actuación del Ministerio Público.(Según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos) Antología del ILANUD.1989.
- De Mata Vela, José Francisco, De León Velasco, Héctor Aníbal. Curso de Derecho Penal guatemalteco. (Parte general y parte especial) Librería Jurídica. Guatemala. Enero, 1989.

- Del Olmo, Rosa. América Latina y su criminología. Siglo XXI. Editores México, Argentina, Colombia, España. 1ra. Edición.1981.
- Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal. Editorial Labor S.A. 2da. edición. España, 1952.
- Florián, Eugenio. Elementos del Derecho Procesal Penal. Trad. de Leonardo Prieto Castro y Fernandez. 2da. edición. Editorial Bosch. Barcelona, España.1934.
- Garita Vílchez, Ana Isabel. El Ministerio Público en América Latina. Desde la perspectiva del Derecho Procesal moderno: Colombia, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá. ILANUD. San José, Costa Rica. 1991.
- García Ramirez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa S.A. 4ta. edición. México D.F. 1983.
- García Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. 24 edición. México D.F. 1975.
- Gómez Colomer, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Editorial Bosch S.A. Barcelona, España.
- González Alvarez, Daniel. Los Principios del Sistema Procesal Penal Mixto Moderno. ILANUD. Departamento de capacitación. Unidad Modular IV. San José, Costa Rica.1991.
- Herrarte, Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial José de Pineda Ibarra. Guatemala, 1978.

- Hurtado Aguilar, Hernán.
Derecho Procesal Penal práctico guatemalteco. Exposición de motivos del Código Procesal Penal. Editorial Landivar. Guatemala. 1973.
- López Aguilar, Santiago.
Introducción al estudio del Derecho. 1ra. edición. Colección Textos Jurídicos No. 9 USAC. Guatemala, marzo 1983.
- López-Rey y Arrojo, Manuel.
Compendio de Criminología y Política Criminal. Editorial Tecnos S.A. España.
- Maier, Julio B.J.
Derecho Procesal Penal argentino. Tomo I Vol a. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1989.
Derecho Procesal Penal argentino. Tomo I Vol b. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1989.
La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1978.
La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público: Instrucción sumaria o citación directa. Editorial Lerner. Buenos Aires, Argentina. 1975.
Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal. LEA: Buenos Aires, Argentina. 1981.
- Marchiori, Hilda.
Psicología criminal. 4ta. edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1980.

- Middendorff, Wolf. Estudios de Psicología criminal. Teoría y práctica de la prognosis criminal. 2da. edición. Editorial Calpe. Madrid, España. 1983.
- Peláez, Michelangelo. Introducción al estudio de la Criminología. 3ra. edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1982.
- Prieto-Castro y Fernandez, Leonardo. Modelos para la práctica jurídico-procesal penal. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1983.
- Derecho Procesal Penal. Impresión Gráficas Molina. 4ta. edición. 1989.
- Recaséns Siches, Luis. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. 6ta. Edición. México D.F. 1981.
- Rubianes, Carlos J. Manual de Derecho Procesal Penal. El proceso penal, sujetos y actos procesales, la prueba. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1983.
- Sotelo Régil, Luis F. La investigación del crimen. Curso para el policía profesional. Editorial Limusa S.A. México D.F. 1984.
- Taylor, Ian, Walton, Paul. Criminología crítica. 3ra. edición. Siglo XXI. Editores: México, Argentina, Colombia, España. 1985.
- Tiegghi, Oswaldo N. Tratado de Criminología. Editorial Universitaria S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1989.

- Thompson, José. Las garantías penales y procesales, en el Derecho de los Derechos Humanos. 1ra. edición. ILANUD. San José, Costa Rica. 1991.
- Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo I. 1ra. reimpression actualizada por los Doctores: Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores. Editorial Marcos Lerner. Córdoba, Argentina.
- Varios autores. Hacia una nueva Justicia Penal. Symposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal. Presidencia de la Nación, Consejo para la consolidación de la Democracia. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. 1989.
- Varios autores. El Ministerio Público en el proceso penal. Edición Colectiva. Copyright by Ad-Hoc. S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- Valderrama Vega, C, Enrique. Manual de investigación criminal. Técnico-jurídico. 4ta. edición. Publicación para guía de la Policía Judicial y los funcionarios de investigación. Bogotá, Colombia. 1983.
- Valenzuela Oliva, Wilfredo. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1986.
- Zipf, Heinz. Introducción a la Política Criminal. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. Edición española EDESA. Madrid, España, 1979.

REVISTAS

-Baumann, Jürgen.

Artículo: Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el Derecho Procesal argentino y alemán. Revista de Doctrina Penal. Teoría y práctica de las Ciencias Penales. Año 5 No. 17 a 20. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1982.

-Bacigalupo, Enrique.

Artículo: Moderna Política Criminal Latinoamericana. Boletín del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y tratamiento del delincuente. ILANUD AL DIA. Año 1, No. 2. San José, Costa Rica. 1978.

-Binder, Alberto M.

Artículo: Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Revista guatemalteca de Ciencias Penales. Justicia penal y sociedad. No. 0. Publicación semestral del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. 1991.

-Fairén Guillén, Víctor.

Observaciones sobre las bases propuestas por el Profesor Dr. Jorge A. Claría Olmedo. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Número extraordinario. Septiembre, 1984.

Artículo: La situación actual del Ministerio Público. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano. España.

-González Alvarez, Daniel.

Artículo: El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Revista guatemalteca de Ciencias Penales. Justicia penal y sociedad. Año II, No. 3-4. Publicación semestral del Instituto Comparado en Ciencias Penales de Guatemala. Noviembre, 1993.

Artículo: La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica. 1986.

-Gössel, Karl-Heinz.

Artículo: Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía. Revista de Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales. Año 4 No. 13 al 16. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1981.

-Hassemer, Winfried.

Artículo: La persecución penal: Legalidad y oportunidad. Revista IVSTITIA. Mensuario Jurídico -económico. Año 2, No. 21. San José, Costa Rica. Septiembre. 1988.

-Joachín Hirsch, Hans.

Artículo: Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal. Revista guatemalteca de Ciencias Penales. Justicia penal y sociedad. No. 0. Publicación semestral del Instituto Comparado en Ciencias Penales de Guatemala. 1991.

-Killian, Douglas P.

Artículo: Los derechos del acusado en el Sistema Judicial norteamericano. United States Information service embassy of the United States of America. 1993.

-Maier, Julio B.J.

Artículo: Situación de la Justicia Penal y problemas de los sistemas escritos. Revista de Ciencias Penales. Año 3. No. 4. San José, Costa Rica. Junio, 1991.

Artículo: La reforma del Proceso en el marco del Sistema Penal. Revista guatemalteca de Ciencias Penales. Justicia penal y sociedad. No. 0. Publicación semestral del Instituto Comparado en Ciencias Penales de Guatemala. 1991.

-Marcó Del Pont, Luis.

Artículo: La Criminología Latinoamericana (Sus orígenes y el análisis político-criminal). Revista de Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Año 8. No. 29 a 32. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985.

-Racz, Georges.

Artículo: ¿Un antagonismo insoluble en la Política Criminal contemporánea? Revista de Doctrina Penal. Teoría y práctica de las Ciencias Penales. Año 6. No. 21 a 24. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1983.

TESIS

-Albeño Ovando, Gladis Yolanda.

Implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco. Tesis de Grad. USAC. Abogado y Notario. Ediciones Continentales. Guatemala, abril de 1988.

-Alvarez Paz, Cecilia.

La forma oral en el Proceso Penal, posibilidades de su incorporación en la legislación guatemalteca. Tesis de Grad. USAC. Abogado y Notario. Imprenta Centroamericana. Guatemala, marzo de 1990.

-Gálvez Barrios, Flor de María.

El Ministerio Público como sujeto procesal en el Proyecto del Código Procesal Penal para la República de Guatemala. Tesis de Grad. USAC. Abogado y Notario. Ediciones Mayté. Guatemala, mayo de 1991.

-Coromac Ambrosio, Eduardo Antonio.

El actual Proceso Penal con orientación al juicio oral. Tesis de Grad. USAC. Abogado y Notario. Guatemala, febrero de 1990.

-Sierra González, José Arturo.

El Proceso Penal y sus principios formativos. Tesis de Grad. USAC. Abogado y Notario. Editorial PROPSA. 1970.

DICCIONARIOS

-Cabanellas, Guillermo.

Diccionario de Derecho Usual Editorial Heliasta S.R.L. 11 va. edición. Buenos Aires, Argentina. 1976.

-Ossorio, Manuel.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1981.

-Varios autores.

Enciclopedia Jurídica OMEBA. Omeba Jact-lega. Tomo XXIII. Editorial Bibliográfica. Buenos Aires, Argentina. 1963.

introduciéndose lentamente en ambientes cerrados, en las casas de justicia como hoy se practica. (4).

e) En la valoración de la prueba impera el sistema de la íntima convicción, conforme el cual los jueces deciden votando sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y sin exteriorizar el fundamento de su voto.

f) La sentencia es el resultado del escrutinio de los votos, según una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces, según se practica en el jurado anglosajón. (5).

g) Tiene paralelo y correspondencia con el sistema republicano del ejercicio del poder político, lo cual resulta evidente, de ahí, que no sea casualidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las Repúblicas, tanto las antiguas, como Grecia y Roma, cuanto las modernas.

h) La oralidad, la publicidad y la concentración son características propias del sistema acusatorio.

i) Permite al juez tener contacto directo con la prueba, que luego tendrá que valorar, para tener o no como debidamente probados los hechos que deben servir de base al fallo.

j) La oralidad y el hecho de no existir otro ente superior que revise lo resuelto, conlleva a que la instancia única sea otra de las características del sistema.

k) La pasividad del juez, conlleva a que las partes se desempeñen con amplia libertad, para aportarle argumentos que permitan mejor resolver, es por ello, que el contradictorio adquiere marcada importancia.

1.2 Sistema inquisitivo

Surgió en la edad media, en regímenes monárquicos y se perfeccionó en el Derecho canónico. Gramaticalmente, inquirir quiere decir averiguar minuciosamente, pero en la ciencia jurídica tiene otro significado: Inquirir, quiere decir: " Investigar secretamente". Esta es la primera y fundamental diferencia con el sistema acusatorio, que emplea procedimientos jurídicos en contraposición con el inquisitivo. Con el poder absoluto del Emperador y decaimiento del Senado en Roma, cae en desuso el Sistema acusatorio, y se implanta el Sistema inquisitivo, en el cual el poder esta concentrado en el Emperador, que hacía las veces de juez. Florián, expresa: " En este sistema las funciones de acusación, de defensa y de decisión, estan en manos de una sola persona, de un mismo órgano, que es el juez". (6)

La inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, y, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima: "Salus populi suprema lex est", se tradujo al procedimiento penal, reduciendo al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual pierde su consideración como un sujeto de derechos, y en la autorización de cualquier medio, por cruel que fuera, para alcanzar su fin, reprimir a quien perturbara el orden creado. Como indica el Dr. Maier: "De allí las máximas fundamentales que crea el sistema inquisitivo conforme a su fin: la persecución penal pública de los delitos, con la característica de la obligatoriedad (deber) de su ejercicio, para no depender de una manifestación de voluntad particular en la represión, y el procedimiento dirigido a la meta principal de averiguar la verdad, objeto para cuyo cumplimiento no se reparaba en los medios de realización".(7)

La defensa pierde toda su importancia y el sistema no puede ser contradictorio. Durante toda la instrucción, etapa principal del proceso, el imputado queda a merced de los poderes del instructor. Si no le estaba concedido o permitido conocer el contenido del expediente, menos podría ejercer los derechos propios de la defensa. Pero aún, el denunciante o acusador le estaba vedada cualquier actuación. La fase de juicio resulta ser una mera formalidad, una vez recopilada toda la prueba, se le confiere audiencia a las partes, para que, si lo tienen a bien, emitan conclusiones. Conclusiones, que no resultan indispensables para resolver, pues el juez siempre se pronunciará aún cuando aquéllas no se presentaren. La doble instancia, es posible en este sistema, y resulta una necesidad, pues si la justicia se administra en nombre de otro (Dios, monarca, emperador, etc.), el verdadero titular de la función tiene que tener la posibilidad de revisar lo que en su nombre se ha hecho, y ello es factible, pues todo lo actuado consta en un expediente. La actuación del juzgador en la valoración de la prueba, tampoco tiene la misma amplitud que en el sistema acusatorio, al juez se le dan reglas expresas sobre la forma en que debe realizar esa valoración, es éste, otro medio de control, las pruebas son tasadas en su valor, y el juez debe ajustarse a lo que el Derecho le manda a ese respecto.(8)

Características del sistema inquisitivo:

a) La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo, reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo.

- b) El Monarca o el príncipe, es el depositario de toda la jurisdicción penal.
- c) El acusado representa un objeto de persecución.
- d) El procedimiento se traduce en una investigación secreta, cuyos resultados constan por escrito, en actas que, a la postre, constituirán el material sobre la base del cual se dicta el fallo.
- e) La defensa técnica estaba autorizada, pero en la generalidad de los casos resultaba ineficaz, en un procedimiento en el que estaba ya todo preparado para la sentencia.(9)
- f) El imputado permanece en prisión durante la sustanciación del proceso, como una consecuencia de su condición dentro del mismo.
- g) Al Juez se le fija una limitación en el sistema de la prueba legal o tasada que se establece, mediante el cual, la ley indica el valor de cada prueba y los requisitos que debe llenar, para que el Juez pueda tenerla en consideración.
- h) El procedimiento por efectuarse en varias etapas, se hace escrito y lento, ésto último también porque siempre se está a la espera de nuevas pruebas de cargo
- i) La doble instancia es posible en este sistema.
- j) El proceso se inicia de oficio.

1.3 Sistema mixto

Su nacimiento se relaciona con la época de la post-Revolución Francesa, pero fueron las voces que desde principios del siglo XVIII, se alzaron en contra del desconocimiento de derechos que el sistema inquisitivo conlleva, las que crearon el ambiente necesario para que el cambio se produjera. El desprestigio del sistema inquisitivo, por el desconocimiento de esos derechos ciudadanos, motivó al legislador napoleónico para dedicar sus mayores esfuerzos por encontrar un procedimiento, que tomando lo mejor de los anteriores, se constituyera en un medio eficaz para la represión de los delitos, sin desconocimiento de los derechos del ciudadano. En 1808, se sancionó el Código de Instrucción Criminal, que entra a regir a partir de 1811, en el que se pone en práctica esas ideas de conjunción, que dan base para el procedimiento que se ha conocido como Mixto. (10)

De la inquisición perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales: La persecución penal pública de los delitos, por lo menos como regla; y la averiguación de la

verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base debe fundarse la decisión. El triunfo político del iluminismo, a partir de la Revolución Francesa, y la creación de un nuevo orden social y jurídico, no lograron abrogar esos postulados. A partir de que en los comienzos de la Revolución, la idea de la República postuló consecuentemente el regreso al sistema acusatorio, con acusación popular, creado por los griegos, perfeccionado por la República romana y conservado en Inglaterra, la solución que se impuso fue, en realidad, un compromiso, siguieron rigiendo ciertas reglas de la inquisición, e hicieron irrupción otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias, que condicionaron la significación de aquéllas. De ahí, el nombre con el que se conoce el nuevo sistema: Mixto. (11)

Características del sistema mixto:

- a) El procedimiento penal se divide en dos fases: La instrucción o sumario y la de juicio.
 - b) Preponderancia de la escritura en la primera etapa, y de la oralidad en la segunda.
 - c) Valor preparatorio de la instrucción.
 - d) Separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgador.
 - e) Garantía de la inviolabilidad de la defensa.
 - f) El juez no es un mero expectador de la contienda, pues toma contacto directo con las partes y la prueba, y dirige el procedimiento.
 - g) La persecución penal está en manos de un órgano estatal específico, el Ministerio Público, considerado unas veces como un órgano administrativo sui generis y, otras como un órgano judicial, o por lo menos, con una posición institucional similar a ellos. (12)
- Existen, sin embargo, excepciones al principio de la persecución penal pública, admitiéndose algunos delitos perseguibles sólo por el ofendido, e incluso, aunque infrecuentemente, la acusación popular (caso de España).
- h) El imputado es un sujeto de derechos, cuya posición jurídica durante el procedimiento se corresponde con la de un inocente.
 - i) En la etapa de juicio, debe producirse totalmente la prueba, que ha de servir al juzgador para resolver el asunto.

j) Se elimina la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto, mediante el recurso de Casación.

1.4 Sistema Procesal Penal introducido en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

En opinión del Doctor Luis Paulino Mora Mora, el sistema de enjuicimiento penal, introducido en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, sigue en sus principales directrices las que se han señalado como propias del sistema mixto. El nuevo Código Procesal Penal, avanza y presenta soluciones a los problemas que se le han atribuido al sistema mixto, para ello, tomando en consideración la Ordenanza Procesal Penal alemana y el Código Procesal Penal de Italia, han atribuido la función que tradicionalmente se le encomendó a los jueces de instrucción, al Ministerio Público; con ello, se pretende acentuar la forma acusatoria del proceso penal, así como simplificar y dinamizar la tarea de la investigación, evitando la morosidad judicial y la complicación que ha ido adquiriendo la instrucción. La actividad de los jueces en esta fase del proceso, será de control sobre los límites del poder requirente del Ministerio Público, su actuación y en consecuencia, el juez deberá autorizar todas las medidas de coerción personal, la intervención de los interesados en el proceso (querellante adhesivo, actor civil, demandado civil), así como, las decisiones que extingan o imposibiliten el ejercicio de la acción penal. También deben ser celebrados por el juez, los actos definitivos e irreproductibles.

2. Sistemas de interpretación jurídica

El estudio sobre la interpretación del Derecho, es un tema esencial, lo mismo en la teoría como en la práctica del Derecho. Tanto, que sin interpretación no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho, ni funcione en la práctica ningún orden jurídico. (13)

Ahora bien, las normas generales (Constitución, leyes, etc.) hablan en términos relativamente abstractos. En cambio, la vida humana, las realidades sociales, en las cuales las leyes deben cumplirse y, en su caso, ser impuestas, son siempre particulares y concretas. En consecuencia, para cumplir o para imponer una ley es ineludible y necesario convertir la norma general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos y genéricos, en preceptos concretos y singulares, y esto es precisamente lo que se denomina interpretación del Derecho. Por una parte, las normas jurídicas son gestadas y elaboradas bajo el estímulo de ciertas necesidades, ocurridas dentro de una sociedad y en una época determinada. Por otra parte, esas normas jurídicas que son

elaboradas bajo la presión de unos problemas sociales, están destinadas a resolver esos problemas, es decir, están engendradas para producir en esa realidad social precisamente determinados resultados. Por lo precedente, como bien lo expone el tratadista Recaséns Siches: "...las normas deben ser interpretadas a la luz de la confrontación de sus efectos, con el propósito que inspiró la elaboración de la norma".(14). Tesis generalmente admitida por los más ilustres juristas.

Interpretar una ley, una regla de comportamiento humano, representa, en principio, la operación intelectual del hombre, que pretende conocer el sentido prescriptivo de la norma, para aplicarla prácticamente, esto es, para calcular el sentido normativo de la conducta concreta, propia o ajena, a desarrollar en el futuro, o para utilizar la norma como metro de valoración del comportamiento real, ya acontecido. Como indica el Doctor Maier: "...la interpretación es una operación inescindible del proceso de aplicación de la ley, se puede decir, que ella constituye el momento gnoseológico de la aplicación de la ley, la necesaria relación de conocimiento entre quien pretende aplicar la ley a un comportamiento concreto y el esquema normativo que precidirá la valoración. (15)

La exégesis (interpretación de la ley), es encontrar su sentido, para ser aplicado al hecho o caso concreto, de que se trate. En opinión del Licenciado Palacios Motta, la interpretación jurídica, tiene como finalidad descubrir para sí mismo, (comprender), o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición legal.(16) A continuación se expone una de las clasificaciones de interpretación de la ley más aceptada: a) Desde el punto de vista del intérprete: Es decir, de quien realiza la interpretación.

- **AUTENTICA:** Es la que hace el propio legislador, en forma simultánea o posteriormente a la creación de la ley; es simultánea la que se hace en la propia ley, ya sea en la exposición de motivos, o bien, en el propio cuerpo legal. Como ejemplo de ésta, tenemos en el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, que prescribe: "...las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente. Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real academia española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate. Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos, que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto.

- **DOCTRINARIA:** Es la que hacen los juspenalistas, los doctos, los expertos, los especialistas en la rama del Derecho específica, en sus trabajos científicos o dictámenes científicos o técnicos que

emiten, tiene la característica especial de que no obliga a nadie a acatarlas. Esta es importante porque los especialistas, sostienen una íntima vinculación entre doctrina y ley.

- **JUDICIAL O USUAL:** Es la que hace diariamente el juez, al aplicar la ley a un caso concreto, sometido a su conocimiento y decisión. Esta interpretación corresponde en forma exclusiva a los órganos jurisdiccionales. La interpretación judicial es la que realizan los jueces en el ejercicio de su función: Solucionar, aplicando reglas de Derecho, los casos concretos que alguien les presenta. La interpretación judicial, en sentido estricto, tiene un valor excepcional, cuando proviene de tribunales superiores, encargados de controlar la aplicación de la ley (Cortes de Casación), o cuando el criterio de decisión que gobierna la interpretación, se reitera con asiduidad. Este resultado es lo que se denomina Jurisprudencia. (17)

b) Desde el punto de vista de los medios para realizarla:

Esta se refiere a cómo se debe hacer la interpretación de la ley.

- **GRAMATICAL:** Cuando el sentido de la ley (la oración legal que necesita ser comprendida) es claro y su mensaje no ofrece dificultades para su conocimiento, no se acude a alterar ese mensaje mediante la aplicación de otro método. Este método de interpretación también se denomina literal. Para algunos autores, la interpretación literal es un absurdo, tanto como el intento de pensar en un cuadrado redondo, ya que si es interpretación, no puede ser literal, y si es literal, no es interpretación.

- **LOGICA O TELEOLOGICA:** Excede el marco de lo puramente gramatical, constituye una indagación más íntima y profunda, que sobrepasa la letra del texto de la ley, para llegar a través de diversos procedimientos teleológicos, racionales, sistemáticos, históricos, político-sociales, etc., al conocimiento de la **RATIO LEGIS** (razón legal), para la cual fue creada la ley, es decir, el fin que la ley se propone alcanzar, lo cual es tarea del juzgador. La interpretación tiene carácter teleológico, no porque el intérprete se proponga fines al aplicar la ley, sino porque trata de conocer y realizar los fines que la ley contiene. (18) Con respecto a este método de interpretación, nos indica el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala: " Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto según sentido propio de las palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de las partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;

- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del Derecho. Sin embargo, aunque en toda decisión puede ponderarse la equidad ésta puede ser fundamento único de tal decisión cuando la ley expresamente lo permite".

c) Desde el punto de vista del resultado: Es decir, qué se pretende obtener con la interpretación.

- **INTERPRETACION DECLARATIVA:** Se realiza esta interpretación cuando no se advierte discrepancia de fondo ni de forma, entre la letra de la ley y su propio espíritu. De tal manera que la tarea del intérprete aquí, es, precisamente, encontrar plena identificación y absoluto acuerdo entre la letra de la ley y el espíritu para lo cual fue creada. Debe concordar en consecuencia, la interpretación lógica con la interpretación gramatical.

- **INTERPRETACION RESTRICTIVA:** La obligación de interpretar restrictivamente, para algunos casos rige como regla de interpretación; ésta se da cuando el texto legal dice mucho más de lo que el legislador realmente deseó manifestar, y con el fin de buscar el verdadero espíritu de la ley, ha de interpretarse restrictivamente, limitando o restringiendo el alcance de las palabras, de modo que el texto legal se adecúe a los límites que su espíritu exige.

- **INTERPRETACION EXTENSIVA:** En este método nos encontramos que la norma legal dice mucho menos, de lo que el legislador realmente deseó manifestar; con el objetivo de encontrar el verdadero espíritu de la ley, se ha de interpretar extensivamente, dando en consecuencia a la norma un significado más amplio que el estrictamente gramatical, de tal forma que el espíritu de la ley se adecúa al texto legal interpretado.

En nuestro país, para interpretar las leyes se aplican las reglas establecidas en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, en la cual se conjugan varios de los métodos de interpretación de la ley analizados, a saber: En el artículo 10, primer párrafo; se colige la aplicación del método gramatical o literal; el inciso a) del referido artículo, se refiere al método lógico o teleológico, al decir: " a) A la finalidad y al espíritu de la misma;". Luego el precitado artículo en el inciso b), prescribe: " b) A la historia fidedigna de su institución;". aquí alude al método histórico; siguiendo la lectura y análisis del artículo supra indicado, nos encontramos ante el inciso c), que preceptúa: " c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;" y, entonces, alude a la interpretación analógica. En el último inciso del artículo 10 establece: " d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a

los principios generales del Derecho. Sin embargo, aunque en toda decisión puede ponderarse la equidad ésta puede ser fundamento único de tal decisión cuando la ley expresamente lo permite"; para el tratadista García Máynez, la equidad es: " Un remedio que el juzgador aplica, para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la ley. Las leyes son por esencia, enunciados generales. Por amplias que sean no pueden abarcar todos los casos...equidad no significa otra cosa que solución justa de los casos singulares".(19) Esta interpretación conlleva a que el juez, en todo caso, debe interpretar la ley precisamente de modo que lleve a la conclusión más JUSTA para solucionar el problema que se tenga planteado ante su competencia. El inciso d) del artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, menciona además de la equidad, ya analizada, lo relativo a los Principios Generales del Derecho; a este respecto, no existe criterio unánime en cuanto a su determinación. El tratadista Luis Podestá Costa, dice: " Los principios generales del Derecho, son ciertas máximas jurídicas que la jurisprudencia internacional invoca invariablemente, porque todos los países civilizados las han hecho suyas en el carácter de normas fundamentales del Derecho, Pacta sunt servanda, orden público, respeto de los derechos adquiridos, enriquecimiento sin causa,...igualdad jurídica, respeto mutuo,...". (20)

Lo expuesto en este tema sobre interpretación de la ley, posteriormente en el capítulo dos, lo aplicaré al punto central y medular del presente trabajo de tesis, como lo es el Principio de oportunidad.

3. La Función del Ministerio Público en el Sistema Procesal Penal Mixto Moderno.

El sistema procesal mixto moderno, tiene su origen en el sistema procesal mixto clásico, gestado durante la Revolución Francesa en 1789, y, en consecuencia, plasmado en el Código de instrucción criminal de Francia en 1808. Se introdujeron cambios importantes en el sistema procesal, de marcada tendencia acusatoria, se procuró básicamente en dotar al acusado de un conjunto de garantías fundamentales, que lo protegieran durante la tramitación del proceso, se le aseguró la defensa técnica, ésta desde el inicio mismo de la acusación, se instauró, aunque limitadamente, la oralidad y la publicidad de los actos procesales, se instauró la detención provisional para garantizar la efectiva realización de la justicia y finalmente el juicio se llevaba a cabo por jurados populares. La anterior transformación de la justicia penal, se fortaleció aún más con la Declaración Universal de los Derechos del hombre, en donde se incluyeron principios generales de trascendencia directa en el Derecho procesal penal, tales como: la consagración del principio de inocencia, principio de igualdad, principio de legalidad, prohibición de persecución penal arbitraria, etc.

En América Latina, durante los siglos XIX y XX, las

legislaciones procesales penales, adoptan como modelo el Código de Instrucción criminal francés (1808), la influencia de este cuerpo legal llega a nuestra tierra, por medio de una doble vía: Las leyes de enjuiciamiento criminal españolas (1872 y 1882) y el Código italiano de 1930. Este último es el que sirve de fundamento al Código Procesal penal de la provincia de Córdoba, Argentina (1939), modelo que, a su vez, sigue casi literalmente el Código de procedimientos penales de la República de Costa Rica (1975). (21) Los tratadistas más connotados de la doctrina procesal penal, hacen énfasis en la necesidad de seguir buscando en la mixtura de los sistemas acusatorio e inquisitivo el modelo de régimen procesal idóneo.

Los principios fundamentales del sistema procesal penal mixto moderno, pueden ser clasificados y ordenados de acuerdo con los fines primordiales del proceso. El fin genérico del proceso penal es la realización de la justicia, la cual es tarea del Estado en el ejercicio del Ius puniendi, por medio de sus órganos especializados, y entonces nos encontramos en presencia del principio de oficialidad. Otra finalidad que se persigue dentro de éste sistema, es la necesidad de averiguar la verdad histórica del hecho investigado, y de esto se desprende el principio de verdad real o material. Por último, y al lado de los anteriores como principios fundamentales, y ante todo en un régimen de Derecho, se encuentra el principio de la inviolabilidad de la defensa, con el cual se procura dentro del proceso penal, una muy celosa protección de los derechos individuales del sujeto sometido al mismo.

- Principio de oficialidad: De conformidad con este principio se tiene como: "La automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, concretada a través de una acción penal, que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación, juzgamiento y castigo del ilícito penal que resultara haberse cometido". (22)

La reprensión ejercida contra el miembro de la comunidad jurídica que infringe una norma penal, es función que atañe al Estado y sus órganos competentes.

- Principio de estatalidad: Este principio lo incluye el Doctor Daniel González Álvarez, indicando que la tarea depositada exclusivamente en el aparato estatal, se concretiza a través de órganos especializados, que tienen a su cargo, no sólo, la aplicación de la ley penal o función jurisdiccional (tribunales, jueces), sino también, la investigación (policía judicial), la iniciativa y mantenimiento de la acción penal (Ministerio Público), y hasta la defensa del acusado, que no designa voluntariamente un profesional de su confianza (Defensa pública de oficio).(23)

- Principio de oficiosidad: En el cumplimiento de este principio juega un papel muy importante el Ministerio Público, puesto que a

este órgano estatal le corresponde, dentro del sistema procesal penal mixto moderno, la promoción y ejercicio de la acción penal, ejerciendo tal función en países como Francia, Italia, Alemania y Costa Rica, con monopolio.

Otros principios que informan el sistema procesal penal mixto moderno, no menos importantes son los siguientes: principio de inmediación, principio de oralidad, principio de concentración o continuidad, principio de identidad física del juez, principio de publicidad del debate, principio de libertad de la prueba, principio de contradicción, etc., aspectos que no me detengo a desarrollar por no ser objeto del presente trabajo, y sirva lo que precede, únicamente para dar un panorama resumido, pero concreto, del sistema procesal penal mixto moderno.

La denominación de Ministerio Público, proviene del nombre que en Francia se le dio a dicha institución "Ministere public", siendo luego adoptada por la legislación italiana "Publicco Ministero"; de ahí siguiendo la tradición francesa e italiana, algunos países, incluyendo algunas provincias de Argentina y Costa Rica, tomaron la denominación de "Ministerio Público". (24) El ente acusador recibe diferentes denominaciones, además de la anterior, se denomina en España Ministerio Fiscal, denominación utilizada por la mayoría de autores principalmente de origen latino. Tales denominaciones han sido objeto de diversas críticas, apuntándose en relación a la primera, que es un nombre inexpresivo y ambiguo (25), aunque de alguna manera sugiere el interés público que existe en el ejercicio de la persecución penal. En cuanto a la denominación de Ministerio Fiscal, se ha cuestionado en el sentido que la misma limita, puesto que hay que recordar que el órgano acusador ya no es realmente el abogado del Fisco, como lo fue en sus orígenes. El tratadista Prieto Castro, señala que la denominación de Ministerio Fiscal, es equivocada, lo cual no quiere decir que sea más aceptable la de Ministerio Público, denominaciones que igualmente resultan absolutamente inexpresivas, encontrando que la denominación más adecuada para significar lo que es el Ministerio Público o Fiscal, está en la antigua expresión española "Promotor fiscal", que es tanto como "Procurador de justicia", siendo éste precisamente el nombre que usa en el Derecho canónico. (26)

Dentro del sistema procesal penal mixto moderno, el Ministerio público, como órgano estatal, dependiente por lo general del poder ejecutivo y excepcionalmente del poder judicial (Costa Rica), es el encargado de promover y ejercer la acción penal. Dentro del sistema procesal penal mixto moderno, el acusador particular, esta excluido como institución procesal para delitos perseguibles de oficio. En este sistema, el ofendido, salvo la disponibilidad en los delitos de acción privada y dependiente de la instancia privada, es un testigo de los hechos, pero no le corresponde ejercer la acción penal. Algunos admiten la posibilidad de convertirse en un acusador adjunto, pero siempre dependiente del órgano estatal encargado de la acusación.

En conclusión, el Ministerio Público deberá promover de oficio la " persecución penal", con el auxilio de la policía debiendo para el efecto, practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia de un hecho delictivo, teniendo a su cargo específicamente el procedimiento preparatorio y la dirección de la policía en su función auxiliar. Lo anterior, acentúa la forma acusatoria del proceso penal. El monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público, también llamado de oficialidad diferenciada, parte del supuesto de que la persecución de los delitos, así como su castigo (Ius puniendi), debe corresponderle exclusivamente a la sociedad, representada por los órganos estatales. La criminalidad es un problema social de gran magnitud, por esta fuerza, no puede pretenderse que sean los particulares quienes asuman la persecución de los delitos con objetividad y profesionalidad, pues en algunos casos su interés neutraliza la inercia burocrática (27); sin embargo, generalmente ese interés desaparece, a partir del momento en que se le indemnizan los daños y perjuicios; por otra parte, de acuerdo con la experiencia, la acción que asume el particular tiene motivaciones muy subjetivas y circunstanciales (mala voluntad, afán de venganza y provecho propio), llegando incluso a utilizarse, en algunos casos, como simple instrumento de chantaje. (28)

De lo anteriormente expuesto, es necesario hacer énfasis en que el ejercicio de la acción penal, es la función primordial del ente acusador (Ministerio Público); entendiendo la función requirente como el derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado, derecho y medio de iniciar el proceso. En un sistema democrático liberal, la función predominante del ente acusador se expresa en el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, lo hace más que como un derecho, como una obligación o deber, y constituye una función o una actividad de carácter obligatorio, en que el órgano actuante (Ministerio Público), no asume nunca la titularidad de los intereses que se hacen valer con su ejercicio. La ley procesal confiere al Ministerio Público, la función de promover y proseguir la acción penal, es decir, de excitar al órgano jurisdiccional y requerir una decisión justa sobre el fundamento de la pretensión represiva que emerge del delito.

A criterio del Doctor Maier, el Ministerio Público no ha cumplido la mayoría de edad, y le denomina una institución "ADOLESCENTE", por lo conflictiva que es hasta nuestros días su función dentro del proceso penal, su posición institucional, su organización, etc., motivo de debates ásperos, sin resolver el problema primario, sólo han posibilitado soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista. (29) Expuesta la función del Ministerio Público en el sistema procesal penal mixto moderno, impone la necesidad del conocimiento de los principios que rigen la institución, y por ende, la función acusadora.

3.1 Principios orientadores de la función acusadora.

3.1.1 Principio acusatorio formal.

Este principio procura el diseño procesal a semejanza de los procesos acusatorios puros, sobre todo, al exigir un impulso o iniciativa externa que el Tribunal debe aguardar para proceder (*Judex ne procedat ex officio*). El principio cusatorio (*Nemo iudex sine actore*), es precisamente, el principio formal por el cual no es posible realizar un juicio sin que sea formulado un requerimiento en tal sentido.

Este principio, debe comprenderse conjuntamente con la apropiación del conflicto por parte del Estado, en tanto declara que casi todos ellos le competen, y no sólo eso, sino que le competen con exclusividad. El monopolio de la persecución penal, debía entonces completarse con este principio.

La operatividad del principio acusatorio se observa en dos momentos: a) El primero, respecto a la promoción de la acción penal, el inicio del proceso, el juez debe esperar el requerimiento del Ministerio Público. La exigencia del requerimiento se completa con el monopolio de la acción penal pública a cargo de dicho órgano estatal. b) El segundo momento de operatividad es el de la ACUSACION, o requerimiento de apertura de juicio, la acusación es, por tanto, presupuesto de un juicio válido. El objeto de este principio, es alejar el peligro de parcialidad de la persona encargada de las decisiones, esto es el juez, facultando a un órgano requirente.

Sólo de este modo se consigue que quien afirma la hipótesis, no tenga que resolver sobre ella (30), asimismo, no pocas veces se ha reparado en que la división de los órganos en la etapa de investigación preparatoria, como el carácter sólo requirente de los dictámenes del Ministerio Público, frente a los ya decisorios del tribunal y la posibilidad, consustancial al diseño, de confrontar libremente con el acusador, por parte del imputado, es un método plausible de equiparar las armas en el proceso penal. (31) En el proceso penal moderno, no es posible que en una sola persona (Juez de instrucción), recaiga el ejercicio del poder de persecución penal, y además, el control de ese ejercicio. Es necesario que un órgano específico se encargue del ejercicio material de la investigación y otro, el juez, debe encargarse solamente de controlar dicha actividad, preocupándose de que no se avasallen los derechos fundamentales del procesado, y como expone el maestro Maximiliano Rusconi: "...es inimaginable un efectivo autocontrol del ejercicio de un poder". (32)

Según Karl-Heinz Gössel, existe una estrecha vinculación

entre organización estatal del poder y el proceso penal, sostiene: " Que sobre el lugar del Ministerio Público, sólo se puede tomar posición comprendiendo el sentido de los principios básicos del procedimiento penal, como parte de la conformación del poder estatal, y teniendo en cuenta la organización de este poder. Y por supuesto, describe el ingreso de la concepción republicana de organización del poder en el proceso penal, sobre todo el principio de división de poder, reconoce la necesidad de destruir la concentración absoluta del poder del tribunal inquisitivo.(33)

3.1.2 Principios de unidad y jerarquía.

El principio de unidad e indivisibilidad del Ministerio Público, se llegó a definir en Francia, de acuerdo con este principio, todos los integrantes del ente acusador tienen igual competencia para tratar un asunto que les ha sido encomendado por el jerarca del órgano, quien resume todas sus funciones. (34) El Ministerio Público, es uno e indivisible, se da a entender que su actividad trasciende a la manera de conducirse sus funcionarios, quienes deben ajustarla al criterio del cuerpo que los delega y sus peticiones y dictámenes ser conformes con las instrucciones de sus superiores. El Ministerio Público, se concibe como una organización jerárquica, conforme al principio de unidad. El principio de jerarquía, impone una estructura piramidal del Ministerio Público (subordinación jerárquica), este principio no justifica lógicamente, su ejercicio arbitrario o caprichoso, de acuerdo al mismo, siempre predomina el criterio del órgano jerárquicamente superior, por ello, las directrices y órdenes del jerarca deben responder a un criterio objetivo y científico. En el caso de exposiciones orales, si es casi imposible la vigencia del principio de jerarquía, porque, claro, la palabra es libre, por esa razón en la legislación francesa, como también en la española, se rompe el principio jerárquico cuando se trata de exposiciones orales. (35)

La imparcialidad y objetividad que debe orientar la acción del Ministerio Público, introduce una modificación cualitativa importante al principio de unidad y dependencia jerárquica, ya que una aplicación rigurosa y extrema de estos principios podría desnaturalizar la verdadera función del ente acusador. En la práctica, parece que los miembros del ente acusador ejercen sus funciones con gran independencia funcional, pues el poder de dictar instrucciones, se utiliza excepcionalmente. La naturaleza misma de las funciones que ejerce el ente acusador en el proceso penal no requiere una vigorosa relación jerárquica. Es importante establecer que este principio de jerarquía ha sido calificado por la doctrina de destructor de la individualidad del Fiscal. En la legislación española se establecen algunas normas con las que se pretende que el principio de jerarquía y unidad, no

destruyan la individualidad del Fiscal, así establece un procedimiento de oposición, que racionaliza el principio de jerarquía, impidiendo de cierta manera, que se convierta en un poder arbitrario o inmune a ciertos controles, éste permite que el funcionario que recibe la orden, pueda exponer por escrito su oposición, debiendo en este caso el superior resolverla, una vez escuchado el criterio de la junta de fiscales correspondiente; la decisión definitiva de la oposición debe ser motivada, con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse del cumplimiento de la orden o, bien, encomendará a otro fiscal el despacho del asunto que se refiera; en el proyecto de Ley del Ministerio Público de Costa Rica, en el artículo diecisiete, se contempla una norma parecida. (36) El procedimiento de oposición descrito, es bastante importante e interesante como control para racionalizar el poder del jefe del Ministerio Público. Con respecto a los principios de unidad y jerarquía, la legislación boliviana, no los contempla con respecto del ejercicio de la función requirente, no obstante, reside en la esencia de la institución la posibilidad de que cualquiera de sus integrantes pueda asumir, con igual competencia, la acción persecutoria. (37)

En la legislación colombiana, no sólo no se contemplan los principios de unidad y jerarquía, sino que les estaba prohibido a los fiscales recibir instrucciones de los superiores jerárquicos. Es decir, cada fiscal ejerce sus funciones ante la autoridad jurisdiccional respectiva, con absoluta autonomía. El caso de Costa Rica es distinto, se reconoce al superior jerárquico del Ministerio Público, la posibilidad de dar órdenes de servicio a los inferiores, el artículo 347 del Código Procesal Penal de Costa Rica, recoge el principio de unidad y jerarquía. Ecuador, en su legislación asegura el principio de jerarquía, mediante la previsión de instrucciones de los fiscales superiores, en orden jerárquico hacia los inferiores, en todas las escalas, instrucciones que resultan de cumplimiento obligatorio para el inferior jerárquico, no posee sistema de oposición o cuestionamiento de la instrucción por parte del inferior, ni por razones de legalidad, ni por razones de oportunidad. (38) A este respecto, es notable el procedimiento de oposición a favor de los fiscales, regulado en la legislación española, como medida de control del poder que ejerce el Fiscal General. Con relación con los principios en análisis, la Doctora Ana Isabel Garita Vélchez, expone: " Todos los países parten de la base genérica de atribuir a las distintas clases de tribunales que instituyen, funcionarios correlativos del Ministerio Público, salvo Guatemala, que no posee jerarquía entre sus fiscales en materia penal, y en cuyo caso, la Sección de Fiscalía, del Mp, que cumple la función penal, tiene un jefe de la sección, que la preside; por lo demás esos fiscales operan en todos los períodos del procedimiento (Instrucción,

plenario y recursos), en los casos en que se les asigna, sin distinción" (39).

Para finalizar con la exposición del principio de unidad y jerarquía, de lo indicado se abstrae, la importancia de los mismos, y sobre todo, de la trascendencia de la unidad de criterio en la actuación del Ministerio Público, y hay opiniones sobre la necesidad de que la institución cuente con un Consejo Fiscal u otro órgano análogo, que permita, por un lado, controlar la actuación del cuerpo de fiscales y, por otro, trazar una política uniforme de promoción y ejercicio de la persecución penal; en este caso se encuentra Colombia, en el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, para que esta entidad sea el organismo encargado de ejecutar la política criminal del Estado, participando en su formulación, dotándola de una Dirección Nacional de Fiscalías, que tiene como funciones asesorar al Fiscal General en la formulación de políticas referidas a las funciones de investigación y acusación y de una vez definidas velar por su adecuado cumplimiento y asesorar a las Direcciones Regionales, Distritales y unidades de Fiscalía, en todo lo pertinente a sus funciones de investigación y acusación. El Consejo fiscal propuesto, en igual sentido, favorecería el funcionamiento democrático interno del Ministerio Público, al servir como contralor de las instrucciones, generales o particulares, que emita el jerarca a sus subordinados. (40)

3.1.3 Principio de independencia.

En nuestro país existe la llamada dependencia funcional entre la institución del Ministerio Público y el Organismo Ejecutivo, y se manifiesta más que todo en las funciones que son propias de la Sección de Procuraduría (Abogacía del Estado) y que, al tenor del artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuando el Procurador General solicita instrucciones a algún Ministerio del Estado con relación a determinado asunto, debe atenerse a ellas, ya que de otra manera no tendría razón que las pidiera, y sólo si transcurriere el término de quince días o el que la ley señale, en su caso, sin haberse obtenido, procederá a formular su pedimento según su propio criterio y conforme a Derecho. Se observa de la lectura del anterior artículo, la supeditación que existe entre el Ministerio Público y el Organismo Ejecutivo. Igual supeditación se encuentra en el artículo 19 de la ley citada, porque sin expresar autorización del Ministerio de Estado, el Procurador General no puede absolver posiciones, ni contestar demandas, pedir el sobreseimiento de los asuntos, celebrar transacciones o compromisos, desistir de los juicios o recursos que promueva en ejercicio de la personería del Estado. En el caso de la dependencia funcional planteada, se explica por la naturaleza de las funciones encomendadas a la Sección de Procuraduría. En

este sentido, se esperan cambios en base a las reformas constitucionales en nuestro país.

En relación a la Sección de Fiscalía, no tiene objeto ni sentido que el Ejecutivo dé instrucciones al Ministerio Público, para que proceda en determinada forma respecto de delitos; con relación a este tópico, dice Alcalá Zamora y Castillo: " Por otra parte, si tratándose de delitos comunes no es de temer, en general, que el Ejecutivo se enlode, desviando, en lo que pueda, la acción de la justicia mediante los resortes de que disponga el Ministerio Público... pero, agrega, si existe ese peligro tratándose de delitos políticos o sociales, de los cometidos por funcionarios públicos y, especialmente de los que puedan realizar los propios miembros del Gobierno o personas a ellos vinculados en el orden político o privado..." (41). El principio analizado, es calificado en la doctrina como principio rector de la institución del Ministerio Público, por lo mismo se preconiza por su independencia del Organismo Ejecutivo. En Guatemala, se ha criticado la forma en que está regulada la designación y remoción del Procurador General de la Nación en la Constitución Política, por lo que aunque exprese que sus funciones serán autónomas, eso no garantiza la independencia de la institución, existiendo siempre una vinculación directa o indirecta con el Organismo Ejecutivo. En el estudio sobre el Ministerio Público realizado por la Doctora Ana Isabel Garita Vilchez, es importante lo que expone: " Así, en Bolivia, la práctica demuestra que el Ministerio Público carece de autonomía, y por ende, independencia, por la injerencia del Poder Ejecutivo no sólo en el seguimiento de las causas, sino, fundamentalmente, en la selección de los clientes del sistema de administración de justicia penal. En este país, también hay intromisión del poder legislativo, aunque es canalizada de manera indirecta, a través de personeros del Gobierno Central del que dependen los fiscales. La Corte Suprema y los tribunales, también tienen injerencia sobre los fiscales, aunque menos intensa que la ejercida por el Organismo Ejecutivo; debido a la relación de dependencia en que se encuentra el Ministerio Público respecto del Ejecutivo, es escasa la posibilidad de rechazar sus influencias, en la práctica son escasos los conflictos entre ambos. En Bolivia, se promovió una encuesta valorativa del Ministerio Público, realizada con motivo de las Segundas Jornadas Judiciales, dando como resultado que el setenta y dos por ciento de los encuestados, representativos de la más alta jerarquía del quehacer jurídico boliviano, respondió que los fiscales se someten a la influencia política de los otros poderes" (42).

En Colombia, la Fiscalía General de la Nación no tiene ninguna potestad disciplinaria sobre la actuación de los jueces. En este país, se encuentra diferenciada la institución de Fiscalía General de la Nación y Procuraduría

General de la Nación; la potestad disciplinaria la posee la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control, que además está facultado para actuar como un cuarto sujeto procesal, en defensa del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, de tal forma, que tiene la función de vigilar la actuación procesal tanto del juez, como del fiscal, ejerciendo incluso el poder disciplinario. En Costa Rica, existen una serie de circunstancias que restan autonomía al Ministerio Público. La Corte Suprema, ejerce sobre el Ministerio Público una influencia directa, tanto administrativa, como económica y funcional; también lo hacen los otros poderes del Estado, a través de la Corte Suprema, precisamente. De hecho, cuando se investiga un delito que interesa a los otros poderes del Estado, éstos obstruyen la labor de localización de la prueba, debiendo el Fiscal, en estos casos, dejar el asunto". (43)

A la cabeza de la institución se encuentra el Jefe del Ministerio Público o Fiscal General de la República, asistido por el subjefe, quienes deben ser costarricenses, abogados de reconocido prestigio y moralidad, mayores de treinta y cinco años de edad, con ejercicio liberal de la profesión no menor de diez años o cinco de experiencia judicial. Ambos son elegidos por mayoría absoluta de los votos de la Corte Plena, máximo órgano administrativo del poder judicial, integrado por los veintidos magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia. El nombramiento de aquéllos, igual que el de todos los funcionarios del Ministerio Público, es por plazo indeterminado. Sin embargo, recientemente la Corte acordó recomendar a la Asamblea Legislativa que en el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público, se fijara un plazo de cuatro años para todos los fiscales, prorrogables por períodos iguales, lo que vendría a significar el tiro de gracia para la independencia funcional del Ministerio Público.(44) Como se puede observar, el hecho de que la Corte Suprema nombre a los miembros del Ministerio Público, torna a este órgano vulnerable a las presiones. Aunado a estos factores, existe la falta de presupuesto (el cual es manejado por la Corte Suprema de Justicia), que impide contar con los recursos (humanos y materiales) necesarios para el ejercicio de la función, organizar secciones especializadas dentro del Ministerio Público, brindar cursos de capacitación a sus miembros, etc.; el Ministerio Público en Costa Rica, no cuenta con una Ley Orgánica, que defina su estructura interna, lo cual es perjudicial para la institución. El Doctor José María Tijerino, indica: " Actualmente el Ministerio Público, se rige por los escasos y escuetos lineamientos de la Ley 5711, Ley Especial sobre la jurisdicción de los Tribunales, y por lo que respecta a su función procesal se rige por el Código de Procedimientos penales. Por lo precedente se encuentra en discusión desde 1985, el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público".(45)

El Ministerio Público en Panamá goza hoy de independencia funcional, en razón de que es una entidad monolítica e indivisible, cuya tarea es justificada por su imparcial aplicación del principio de legalidad . (46)

3.1.4 Principios de imparcialidad y objetividad.

El principio de imparcialidad obliga a velar por la correcta aplicación de la ley conforme a un criterio objetivo.(47) Con base a este principio, el ministerio Público no sostiene un antagonismo con el imputado, en tal sentido, puede promover actividades procesales aún en favor del acusado, inclusive puede proponer impugnaciones en beneficio del acusado. Este principio, trae a colación el hecho de que el Ministerio Público no es parte en sentido material dentro del proceso penal, puesto que no ejerce derechos propios; tampoco es parte, porque, realmente, el proceso penal no es un proceso de partes, es decir, la victoria del acusador es la victoria del Derecho, por lo que, en doctrina se coloca al ente acusador, como parte imparcial (en sentido formal o artificial). Por lo precedente, el Ministerio Público debe orientar su actuación hacia la realización de la ley, buscando la verdad real, sin que obstaculice dicho fin, intereses subjetivos, frente al objetivo. En síntesis, este deber de imparcialidad y objetividad, es una de las razones por las cuales se le ha negado al ente acusador la categoría de parte, en sentido material, dentro del proceso penal; si el Ministerio Público fuese parte en sentido material, no tendría sentido la recusación, pues ésta pretende asegurar una imparcialidad, que nunca puede imponerse a las partes; en países como Panamá, Costa Rica, Colombia y Guatemala se regula dentro de su legislación las causales de recusación de los miembros del Ministerio Público, asimismo, la obligación del Ministerio Público de ofrecer y/o recolectar pruebas de cargo y de descargo, éstas últimas en favor del imputado. La recusación es importante, ya que garantiza la imparcialidad y objetividad del Ministerio Público en la persecución penal, como instrumentos que permiten al acusado, excluir al funcionario del Ministerio Público por parcialidad, teniendo el deber de obrar éste, dentro del procedimiento con sujeción a la verdad histórica, promoviendo actos procesales que le permitan actuar en contra, como a favor del imputado, según el caso. En el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se regula lo relativo a recusación de los funcionarios del Ministerio Público, indicando que dicha recusación será resuelta informalmente, por el Superior jerárquico, quien si procede designará inmediatamente el reemplazo, y esta resolución tiene el carácter de definitiva. Con el anterior precepto se pretende garantizar el principio de imparcialidad y objetividad, que debe orientar la función acusadora de los miembros del Ministerio Público.

Posteriormente, en el mismo ordenamiento jurídicocitado, en el artículo 181, establece el deber del Ministerio Público de procurar por sí, la averiguación de la verdad; prescribiendo en el artículo 290 la extensión de la investigación, siendo obligación del ente acusador, extender la investigación no sólo a circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo. En la nueva legislación procesal penal se garantiza, así, la observancia del principio de imparcialidad y objetividad por parte del Ministerio Público, en el ejercicio de su función.

3.1.5 Principio de legalidad.

El principio de legalidad, en cuanto obliga al Ministerio Público a actuar en cumplimiento de las leyes, persiguiendo todos los delitos que llegan a su conocimiento mediante el ejercicio de las acciones procedentes, y, oponerse a las indebidamente actuadas, ha constituido la regla general en casi todos los ordenamientos continentales. (48) El principio de legalidad, empuja al funcionario a promover la acción penal tan pronto como se verifique un hecho con apariencia delictiva, este deber se funda en la obligación jurídica pública, de garantizar la justicia, de donde se deriva el deber de persecución que tienen los funcionarios del ente acusador.

Este principio es la regla predominante en el proceso penal, se impone en todos los casos el ejercicio irrenunciable y obligatorio de la acción penal; desde el momento en que el legislador criminaliza una conducta, no pueden admitirse excepciones a la función requirente, puesto que de lo contrario se estaría sustituyendo al legislador. (49) Esta sustitución es calificada de peligrosa, porque el ente acusador puede actuar en forma arbitraria y discriminatoria, lo cual puede ocasionar un debilitamiento de la función represiva del Estado. (50) Se ha considerado que, el principio de legalidad permite el cumplimiento del principio de igualdad, lo cual indican los defensores de este principio, no se cumpliría si se introdujeran criterios discrecionales en el ejercicio de la acción penal. (51)

En conclusión, el principio de legalidad se comprende como la inevitable reacción del Estado, frente a la posible comisión de un delito, concretada a través de una acción penal, ejecutada ante los jueces, requiriendo el juzgamiento y castigo del ilícito que resultara haberse cometido. El principio influye en los dos momentos de la acción penal: En el inicial de su promoción y en el posterior de su ejercicio. El momento inicial se proyecta en la inevitabilidad del inicio de la acción penal, al conocer la comisión de un hecho delictivo; el segundo momento se exterioriza por medio de la irretractabilidad del ejercicio de la acción penal,

prohibiendo, por regla general su suspensión, interrupción o cese, obligando a mantener dicha actitud hasta que se dicte una sentencia definitiva, e, inclusive, el agotamiento de la ejecución penal. Legalidad significa que todo delito deberá ser siempre investigado, juzgado y castigado.

A pesar de los argumentos expuestos a favor del principio de legalidad, el mismo se encuentra en crisis, puesto que además de ser costoso, esto en grado superlativo, no tiene vigencia práctica, y no ha dado los resultados anhelados. (52)

En Costa Rica, Colombia, Bolivia, Ecuador, Panamá y Guatemala, tienen consagrado como regla general el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal; pero a pesar de ello, se obedece más que a la ley, a criterios político-subjetivos, que por ilegítimos son incontrollables.

Por otro lado, los clientes de la administración de justicia han alcanzado y rebasado la capacidad de la infraestructura jurisdiccional, para atender en debida forma los casos penales. (53) En la práctica procesal de los países mencionados, el principio de legalidad no tiene el rigor que la ley le reconoce, esto por diversos factores: La inadecuada organización del Ministerio Público en Bolivia, el exceso de trabajo (en todos los países indicados), la selectividad práctica, en cuanto a excluir del sistema los hechos de menor alarma social, a través del traslado de los mismos del sistema penal al contravencional (Colombia), y la presencia de deliberadas omisiones en la función persecutoria (Bolivia), anulan, de hecho, el postulado del principio. Dicho principio se encuentra regulado en el artículo 46 del Código Procesal Penal de Bolivia, artículo 1 del Código Procesal Penal de Colombia, artículos 1 y 5 del Código Procesal Penal de Costa Rica, artículo 24 del Código Procesal Penal de Ecuador, artículo 6 de la Constitución Política y 3 del Código Procesal Penal, Decreto 52-73 del Congreso de la República de Guatemala, Panamá lo regula en el artículo 217, numeral cuarto de la Constitución Política. (54)

En doctrina se refieren al principio de obligatoriedad como idéntico al principio de legalidad, y se han expuesto sus fundamentos, tales como: (55) a) Derecho a la jurisdicción y al acceso a la penal.

Desde este punto de vista, la acción constituye una especie del género: Derecho de petición, motivo por el que debe garantizarse al ciudadano que el Ministerio Público cumplirá su función requirente de perseguir los delitos, porque de conformidad con el principio acusatorio, ya analizado, el juez no puede actuar de oficio.

b) El principio de igualdad jurídica.

En la medida en que no debe ni puede seleccionarse en forma arbitraria a los ciudadanos que debe acusarse ante la jurisdicción penal, todos son iguales ante la ley. Motivos de credo, raza, condición social, cargos políticos, ideologías, etc., no pueden servir de sustento a una selección jurídica de los casos a tramitar ante la jurisdicción penal.

c) La independencia del juez penal.

El Ministerio Público tiene a su cargo la investigación preparatoria, y esto se justifica, porque de esta forma la investigación estará a cargo de un sujeto distinto al juzgador, lo que garantiza la independencia del juez penal, ya que el Ministerio Público, será quien asuma la función de acusador en forma obligatoria.

Teóricamente, el principio de legalidad no autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible, por mínima que sea la infracción o por inconveniente que parezca, la persecución y el procedimiento penal son necesarios y obligatorios, prohibiendo la renuncia al ejercicio de la acción penal, o el desistimiento de la acción intentada, todo acuerdo o transacción con el imputado. En síntesis, este principio es contrario al principio de oportunidad (56), no obstante, en varios países de Centro América (Costa Rica y Salvador), se han elaborado proyectos del Código Procesal Penal, en los cuales, se introduce el principio de oportunidad, constituyendo excepciones al principio de legalidad, en el caso de Guatemala, en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, se introduce el principio aludido.

En la provincia de Córdoba en Argentina, El Salvador, Ecuador y Perú, se encuentran también proyectos del Código Procesal Penal, que incorporan asimismo el principio de oportunidad.

3.1.5.1 Crisis del principio de legalidad.

De conformidad con las condiciones actuales, es poco inteligente a corto plazo económicamente, y, a largo plazo políticamente, obligar al Ministerio Público, de igual manera y con la misma fuerza e interés al esclarecimiento de todos los procesos que se instruyan. Los recursos personales y materiales de esta institución, siempre serán escasos, por ello, se hace necesario que su actividad investigativa se realice en forma selectiva; el excesivo congestionamiento de procesos penales en los tribunales, oscurece aún más el panorama de la administración de justicia penal, contribuyendo a la crisis del principio de legalidad imperante. Es una realidad que en América Latina, el principio de legalidad no tiene vigencia práctica, es insuficiente por sí mismo para orientar la actividad persecutoria del ente acusador. En

este sentido, es importante la incorporación del principio de oportunidad en el ejercicio y promoción de la acción penal; lo anterior permitirá fortalecer el aspecto cualitativo de la administración de justicia penal, controlar y legitimar, en cierto grado, los procesos de selección de la clientela del sistema. Quizá con la incorporación de las excepciones al principio de legalidad, y el consiguiente descongestionamiento del sistema de administración de justicia penal, sea factible, dirigir el esfuerzo del Ministerio Público en el ejercicio de su función requirente, hacia la criminalidad privilegiada. (57)

Tal como se ha demostrado, el Estado nunca estará en capacidad de investigar por medio del Ministerio Público, todas las denuncias de comisiones de hechos delictivos, es necesario por ello, introducir excepciones al principio de legalidad, específicamente en casos de poca importancia, pues se corre el peligro de que la persecución penal se concentre y desgaste en la pequeña delincuencia, sin que pueda desarrollar una acción eficaz frente a los que ocasionen un perjuicio social e individual notable (58). La selectividad del sistema de Justicia Penal, es una realidad que no debe abandonarse a la casualidad, o a las caprichosas circunstancias que propician la práctica judicial, es mejor establecer normas específicas, que permitan y determinen excepciones al principio de legalidad.

El principio de legalidad, impone al Sistema Procesal Penal, una rigidez que no permite resolver dos graves problemas: Primero, la lentitud en la tramitación de las causas penales, debido ello, al excesivo trabajo en los tribunales, y por ende, el congestionamiento; y el segundo problema, el alto porcentaje de presos sin condena.

La justificación para la vigencia del principio de legalidad, no es demasiada clara. Según la doctrina, deriva de la idea de la pena como expiación o retribución del crimen, esto es, de las teorías absolutas sobre la pena estatal, que sólo legitimaban el castigo como mal inferido a quien había obrado mal; y lo prescribían como de aplicación necesaria en los casos concretos; lo anterior no admitía todo fin utilitario para la pena estatal. Con el rechazo, al menos de una parte de la doctrina, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena, y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena, y, acordarle su fin, el principio de legalidad, pierde todo su sustento ideológico; y es precisamente, la utilidad, como fin y fundamento legitimante de la pena, la regla que justifica el principio de oportunidad. (59)

Es evidente, sobre todo en nuestro país, que el sistema penal se aplica tan sólo a unos pocos hechos punibles, escasísimos frente al panorama general de la inobservancia a

normas penales, y que, dicha selección empírica crea desigualdades notorias, criminalizando a un sector de la sociedad (al menos favorecido, al de escasos o nulos recursos económicos), y, descriminalizando a otro sector (el sector social fuerte económicamente). Las investigaciones empíricas han demostrado que la información externa, proveniente de las víctimas y los denunciantes, y la generada internamente por los órganos de persecución penal, sobre comisiones de delitos, es pobre, en relación a los delitos realmente cometidos, lo que produce la llamada "Cifra negra u oscura", difícil de establecer, y que ha ocasionado problemas al realizar investigaciones sobre la delincuencia o la desviación social (determinación de la reincidencia real, del nivel de selección que produce el sistema, etc.). (60) Más aún ingresando el caso al sistema, la selección interna se produce ya sea por la policía, el Ministerio Público o el tribunal, es decir, que por la inoperancia práctica de no poder perseguir y ejercer la acción penal por parte del Ministerio Público, en todos los procesos que se instruyen (principio de legalidad), se ha venido realizando un proceso de selección, a través de los operadores del Sistema penal, debido como expuse, a la imposibilidad de perseguir todos los hechos punibles.

De la exposición precedente, se coligen las causas por las cuales " El principio de legalidad", en la actualidad se encuentra en crisis como principio orientador de la función acusadora del Ministerio Público, y lo trascendental que es, para la administración de justicia de Guatemala, la introducción del principio de oportunidad, si bien es cierto, un tanto tímida, es un avance para las legislaciones procesal penal de Centro América, estableciendo jurídicamente los criterios de selección dentro del sistema, como un elemento importante de la Política Criminal, al terminar la Vacatio Legis del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

3.1.6 Principio de Oportunidad.

El principio de oportunidad, trata de establecer reglas claras para prescindir de la persecución penal, frente a casos en los cuales, ordinariamente, debería acusarse por un aparente hecho delictivo. Este sistema ha sido tradicionalmente seguido como regla en los países de tradición jurídica angloamericana, pero también es adoptado, al menos como excepción al principio de legalidad, en algunos países europeos, encabezados por Alemania. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal antes que arbitrarios, sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

De acuerdo con estos lineamientos, el principio de

oportunidad tiene como objetivos básicos, en primer lugar, descriminalizar cuando hayan otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena; en segundo lugar, pretende volver los ojos hacia la víctima, en la medida en que, en muchos casos, su aplicación exigiría la indemnización previa; y, en tercer lugar, procura la eficiencia del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, al permitir descongestionar los atascados tribunales, de manera tal que les permita intervenir en los hechos más lesivos y esenciales para la comunidad y los ciudadanos. (61)

Este principio ha sido llamado también de discrecionalidad, se recuesta en las teorías relativas o utilitarias respecto de la pena estatal, y, por ello, los motivos que lo avalan se vinculan más a los criterios de orientación a fines y consecuencias, y a la efectividad del sistema. La realidad de la persecución penal, aún concebida desde el principio de legalidad, muestra que la ética que pregona ese principio no es concretable en gran medida. (62)

Como los recursos humanos y materiales serán siempre escasos dentro de la administración judicial, aplicando únicamente el principio de legalidad, no se logrará la meta deseada, en consecuencia, la selección se producirá de todas maneras, por lo que es más inteligente política y económicamente, incorporar el principio de oportunidad, para conducir y controlar la selección mediante criterios generales razonables.

El principio de oportunidad, permite entonces racionalizar la selectividad intrínseca del sistema penal, dejando fuera de éste, aquellos hechos en donde aparezca como innecesaria la aplicación del poder punitivo del Estado; con ello, contribuye significativamente a la eficiencia real del sistema, al posibilitar, mediante la exclusión de los hechos de menor entidad, el adecuado tratamiento de aquellos casos que indudablemente requieren la efectiva intervención de la justicia penal. (63). Ningún sistema penal está capacitado para responder a todos los hechos delictivos que ocurren en su comunidad: ni la policía sería suficiente, ni los tribunales serían suficientes, ni las cárceles serían suficientes. Existe un margen muy amplio de hechos delictivos los cuales el sistema no da ninguna respuesta, no sólo la cifra negra de la criminalidad, es decir, aquélla que nunca se denuncia, sino además a la que, habiendo sido denunciada, el mismo sistema es incapaz de investigar y tratar; este proceso selectivo escapa a los controles jurídicos y políticos necesarios, carece de transparencia porque generalmente se oculta, se ignora, de ahí la necesidad de regularlo, comenzando por reconocer la verdad: el hecho de que existen procesos de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad, para luego por la

vía de excepción, establecer los casos en los cuales se pueda dejar de acusar.(64)

La implementación del principio de oportunidad, sólo tiene sentido si la investigación preparatoria está a cargo del Ministerio Público, ya que dada su función requirente, será éste, el que determinará la viabilidad de renunciar a la promoción de la acción penal o suspender su ejercicio, conforme a sus investigaciones, no importando el tiempo que ocupó para realizarlas, ello sin perjuicio del control judicial imperativo, es decir que, quien decide en definitiva acerca de la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad en el caso concreto, es el Juez.

Es necesario hacer énfasis, en el sentido de que la adopción del principio de oportunidad, constituye el único instrumento idóneo para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de justicia penal, en términos de eficiencia, sino también, para evitar que la selectividad inherente a él derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal.(65) Un problema fundamental seguirá existiendo: los delitos de cuello blanco, conocida como criminalidad privilegiada, pero en la medida que se logre la transformación de la Justicia Penal en Guatemala, podremos anhelar que el Ministerio Público ejerza su función acusadora implacable sobre los sujetos activos de esta clase de delitos, puesto que al aplicar el principio de oportunidad, en base a los criterios que establece la ley, podrá dirigir su máximo esfuerzo persecutorio hacia dicha criminalidad privilegiada.

A continuación una exposición de casos en los que se puede prescindir del ejercicio de la persecución penal, en forma sucinta. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que hacen absurdo el proceso penal y la pena.

Lo referente a los casos o presupuestos en que se puede prescindir del ejercicio de la persecución penal, deben ser definidos según la particular situación político-cultural del país, tomando en cuenta los avances jurídicos de la época, las experiencias de otros países con realidades jurídicas similares, y las condiciones, los recursos y las posibilidades reales con que cuenta el sistema de justicia penal (policía, Ministerio Público, defensores públicos, tribunales, funcionarios penitenciarios, cárceles, etc) para desempeñarse con eficiencia.(66)

a) Frente a los delitos de bagatela y de culpabilidad mínima del autor. Estos, por su escasa significación muchas veces no deben ser perseguidos; por ejemplo el hecho de cambiar el color del automóvil, etc.

b) Aquellos que impliquen una pena natural. Este es el caso en que el autor del hecho delictivo, recibió un castigo natural por la realización del mismo. Un ejemplo sería el ladrón que perdió una pierna a consecuencia del balazo que recibió cuando pretendía consumir la sustracción, etc.

c) Cuando lo justifique la persecución de los delitos más graves. Cuando el sujeto activo de un delito pueda suministrar información y servir de excelente prueba en delitos más graves. Esta modalidad resulta ser muy efectiva, sobre todo para contrarrestar la corrupción en la Administración Pública.

d) Frente al arrepentimiento activo, o el desistimiento voluntario. Se trata de aquellos casos en los cuales no obstante el cambio de actitud del autor del hecho, que resultó idóneo para no producir el resultado, pero permanecen algunos hechos que por sí solos, son constitutivos de delitos menores, es claro, que si el sujeto activo se arrepiente, o desiste en forma voluntaria, es necesario dar algún margen a los representantes del Ministerio Público, y que puedan solicitar autorización para prescindir del ejercicio de la acción penal.

e) Frente a sujetos solicitados en extradición. Desde luego, cuando el delito que se le atribuya en el Estado requerido, sea de poca gravedad, y en todo caso de gravedad inferior al hecho que motiva la solicitud de extradición.

En realidad, la selección de los supuestos en los cuales puede prescindirse de la promoción de la acción penal, por parte del ente acusador, constituye una cuestión que debe ser discutida y definida a nivel político, según la tradición jurídica y social, pero sobre todo frente a los intereses de los ciudadanos. (67)

En el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, se introducen algunos criterios para aplicar el principio de oportunidad, al que denomina criterio de oportunidad.

En el año de 1991, la Dra. Garita Vilchez, realizó una investigación sobre el Ministerio Público en América Latina y, sobre los principios orientadores de la persecución penal ejercida por dicha institución, hasta ese año, ninguno de los países investigados había incluido en su legislación el principio de oportunidad, rigiéndose por el principio de legalidad. No obstante, en Guatemala, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Panamá, debido a la carencia de recursos y al exceso de trabajo de los órganos estatales, que intervienen en la administración de justicia penal, se advierte que, en la práctica, se producen procesos de selectividad, excluyéndose del sistema los hechos que causan menor alarma social, los hechos cometidos por los detentadores

del poder político o sus correligionarios, lo cierto es que, dada la crisis que afecta al principio de legalidad, parece importante la regulación del principio de oportunidad. (68)

Actualmente la situación ha cambiado, puesto que Guatemala ya cuenta con el Decreto 51-92, en donde se regula el principio de oportunidad, pero como excepción a la regla general: principio de legalidad, estando pendiente entre en vigencia, y con ella la transformación de la administración de Justicia Penal; en El Salvador, se encuentra en discusión el anteproyecto del Código Procesal Penal por la Comisión redactora del Ministerio de Justicia, el cual también incluye el principio de oportunidad, existen además proyectos en estudio en Ecuador, Perú y Costa Rica.

3.1.6.1 Fundamentos del Principio de oportunidad.

Las razones que fundan el principio de oportunidad, se hacen más fuertes en la medida en que el Derecho Penal, se entienda como orientado hacia sus consecuencias. (69)

Entre las razones que son invocadas a favor del principio de oportunidad están las siguientes:

- a) La idea acerca de la realidad, el principio de legalidad no es realizable, porque no es posible una aplicación uniforme o hasta completa del Derecho Penal, por lo que es necesario introducir el principio de oportunidad, para lograr en alguna medida un equilibrio y control en los criterios de selección.
- b) El principio de oportunidad está vinculado a criterios de orientación a fines y consecuencias, y a la efectividad del sistema.
- c) El principio de oportunidad, persigue el descongestionamiento del trabajo en los tribunales y, como consecuencia la racionalización de la administración de justicia penal.
- d) El principio de oportunidad se apoya en las teorías relativas o utilitarias respecto de la pena estatal.
- e) Existen múltiples motivos para autorizar excepciones al principio de legalidad. Como la necesidad de proteger otros intereses públicos más importantes; o la conveniencia de orientar prioritariamente los recursos de persecución penal, hacia cierto tipo de hechos delictivos de mayor gravedad.
- f) El propósito que persigue es lograr una mejor persecución penal, cualitativamente considerada, priorizando.
- g) Es justo y prudente, desde el punto de vista de la política

criminal, hacer las facilidades previstas por el Derecho Penal Material, ya en la fase de instrucción (y no hasta la sentencia, al final del proceso principal), ésto es justo puesto que la simple realización del proceso penal significa para el afectado una carga, esta carga debe ser evitada, mediante mecanismos adecuados. (70)

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I

- (1) Albeño Ovando, Gladis Yolanda. Implantación del juicio oral al proceso penal guatemalteco. Tesis de Graduación Abogado y Notario. USAC. Ediciones continentales. Guatemala, abril, 1988. Pág. 9
- (2) Mora Mora, Luis Paulino. Importancia del juicio oral en el proceso penal. Congreso regional sobre Reforma de la Justicia Penal. Pág. 134.
- (3) Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal argentino. Tomo I, Vol. b. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1989. Págs. 206, 207.
- (4) IBIDEM. Pág. 208.
- (5) IBIDEM. Pág. 209.
- (6) Florián, Eugenio. Elementos del Derecho procesal penal. Trad. de Leonardo Prieto Castro y Fernández. Segunda edición. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1934. Pág. 65.
- (7) Maier, Julio B. J. OP. CIT. Págs. 209, 210.
- (8) Mora Mora, Luis Paulino. OP. CIT. Pág. 138.
- (9) Herrarte, Alberto. Derecho procesal penal. El proceso penal guatemalteco. Editorial José de Pineda Ibarra. Guatemala, 1978. Pág. 39.
- (10) Mora Mora, Luis Paulino. OP. CIT. Pág. 138.
- (11) Maier, Julio B. J. OP. CIT. Págs. 213, 214.
- (12) IBIDEM. Pág. 215.
- (13) Recaséns Siches, Luis. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Sexta edición. México D.F. 1981. Pág. 210.
- (14) IBIDEM. Pág. 212.
- (15) Maier, Julio B. J. Derecho Procesal penal argentino. Tomo I, Vol. a. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1989. Pág. 229.
- (16) Citado por De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. En: Curso de Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Parte general y parte especial. Librería Jurídica. Guatemala, enero, 1989. Pág. 90.

- (17) Maier, Julio B.J. OP. CIT. Pág. 274, 275.
- (18) De León Velasco, Héctor Aníbal, De Mata Vela, José Francisco. OP. CIT. Pág. 92.
- (19) García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Vigésima cuarta edición. México D.F. 1975. Pág. 378.
- (20) OMEBA. Tomo XXIII. Editorial Bibliográfica. S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1963. Pág. 144.
- (21) Zaffaroni, Eugenio Raúl, citado por Daniel González Alvarez. Los Principios del Sistema Procesal Penal Mixto Moderno. ILANUD, Unidad Modular IV. San José, Costa Rica. 1991. Pág. 45.
- (22) Cafferata Nores, José I. Legalidad y oportunidad. Criterios o formas de selección. En: Hacia una nueva justicia penal. Symposium internacional sobre la transformación de la administración de justicia penal en la República Argentina. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. 1989. Pág. 21, 22.
- (23) González Alvarez, Daniel. OP. CIT. Pág. 49.
- (24) Gálvez Barrios, Flor de María. Ministerio Público como sujeto procesal en el proyecto de Código Procesal Penal para la República de Guatemala. Tesis de Graduación. Abogado y Notario. Ediciones Mayté. Guatemala. Mayo, 1991. Pág. 2.
- (25) Fairén Guillén, Víctor. La situación actual del Ministerio Público. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano. 1970. Págs. 759, 760.
- (26) Prieto Castro y Fernandiz, Leonardo. El Ministerio Fiscal en Europa: Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 3 de julio de 1976. Pág. 20.
- (27) Cruz Castro, Fernando. La Función acusadora en el proceso penal moderno. ILANUD. San José, Costa Rica. 1991. Pág. 6.
- (28) IBIDEM.
- (29) Maier, Julio B.J. El Ministerio Público: Un adolescente? En: El Ministerio Público en el proceso penal. Edición colectiva. Copyright by Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1993. Págs. 29,30,32,33,35,36.
- (30) Maier, Julio B.J. La Investigación penal preparatoria del Ministerio Público: Instrucción sumaria o citación directa. Editorial Lerner. Buenos Aires, Argentina. 1975. Pág. 96.

- (31) Rusconi, Maximiliano A. División de poderes en el Proceso penal e Investigación a cargo del Ministerio Público. Principio acusatorio formal, Derecho de defensa y eficacia en la investigación. En: El Ministerio Público en el Proceso penal. Edición colectiva. Copyright by Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1993. Págs. 101, 102.
- (32) IBIDEM. Pág. 108.
- (33) Gössel, Karl-Heinz. Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía. En: Revista de Doctrina Penal. Año 4, No. 13 a16. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. Págs. 621 y ss.
- (34) Garita Vílchez, Ana Isabel. El Ministerio Público en América Latina, desde la perspectiva del Derecho Procesal Moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá. ILANUD. San José, Costa Rica. 1991. Pág. 87.
- (35) Sainz Moreno, Fernando, citado por Dr. Fernando Cruz Castro. OP. CIT. Pág. 9.
- (36) Cruz Castro, Fernando. OP. CIT. Pág. 12.
- (37) Garita Vílchez, Ana Isabel. OP. CIT. Págs. 88, 89.
- (38) IBIDEM. Pág. 90.
- (39) IBIDEM. Págs. 90, 91.
- (40) IBIDEM.
- (41) Citado por Mario Aguirre Godoy, en Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Universitaria. USAC. 1973. Pág. 174.
- (42) Garita Vílchez, Ana Isabel. OP. CIT. Pág. 85.
- (43) IBIDEM. Pág. 86.
- (44) Conferencia disertada por el Fiscal General de la República de Costa Rica, Dr. José María Tijerino, en el Salón Mayor Mario López Larrave de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. El 16 de octubre de 1993. Organizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS) de la USAC.
- (45) IDEM.
- (46) Boades, Graciela. Olmedo D. Miranda. El Ministerio Público en Panamá. Publicaciones del Departamento de Ciencias penales y criminológicas de la Universidad de Panamá. En: Revista de Doctrina Penal. Año 5, No. 17 a 20. Editorial Depalma. Buenos

Aires, Argentina. Págs. 178, 179.

- (47) González-Cuellar García, Antonio. El Ministerio Público, Organización e investigación penal preparatoria. En: Hacia una Nueva Justicia Penal. Symposium Internacional sobre la Transformación de la Administración de Justicia penal. Presidencia de la Nación, Consejo para la consolidación de la Democracia. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. 1989. Pág. 46.
- (48) IBIDEM.
- (49) Cruz Castro, Fernando. OP. CIT. Pág. 13.
- (50) Florián, Eugenio. OP. CIT. Pág. 184.
- (51) González Alvarez, Daniel. La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Revista del Colegio de Abogados. San José, Costa Rica. 1986. Pág. 26.
- (52) Cafferata Nores, José I. OP. CIT. Págs. 21, 22.
- (53) Garita Vilchez, Ana Isabel. OP. CIT. Pág. 77.
- (54) IBIDEM. Págs. 78, 79.
- (55) Conferencia disertada por el Dr. Daniel Gonzalez Alvarez, en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala. II Curso de Actualización y capacitación de profesores universitarios sobre el nuevo Código Procesal Penal. Guatemala, 9 de noviembre de 1993.
- (56) Maier, Julio B.J. OP. CIT. Págs. 548, 549.
- (57) Garita Vilchez, Ana Isabel. OP. CIT. Págs. 81, 82.
- (58) Baumann, Jürgen. Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1986. Pág. 55.
- (59) Maier, Julio B.J. OP. CIT. Págs. 550, 551.
- (60) IBIDEM. Pág. 552.
- (61) González Alvarez, Daniel. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En: Revista Guatemalteca de Ciencias penales. Justicia Penal y Sociedad. Año II, No. 3 a 4. Guatemala, noviembre de 1993. Pág. 44.
- (62) Hassemer, Winfried. Die strafverfolgung legalität und opportunität. La persecución penal: Legalidad y oportunidad. En Hacia una nueva justicia penal. Symposium Internacional

- sobre la transformación de la administración de Justicia penal. Buenos Aires, Argentina. 1989. Pág. 29.
- (63) Maier, Julio B.J. Citado por Fabricio Guariglia. Facultades discrecionales del Ministerio Público e Investigación preparatoria: El principio de oportunidad. En: El Ministerio Público en el proceso penal. Edición colectiva. Copyright by Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 88.
- (64) González Alvarez, Daniel. OP. CIT. Pág. 43.
- (65) Guariglia, Fabricio O. OP. CIT. Pág. 89.
- (66) González Alvarez, Daniel. OP. CIT. Pág. 45.
- (67) Comentario emitido por el Dr. Daniel González Alvarez, en Conferencia disertada sobre Investigación preliminar o procedimiento preparatorio, durante el II Curso de actualización y capacitación de Profesores Universitarios sobre el nuevo Código Procesal Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales (IIJS), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC. Guatemala, 9 de noviembre de 1993.
- (68) Garita Vilchez, Ana Isabel. OP. CIT. Págs. 82, 83.
- (69) Hassemer, Winfried. La persecución penal: Legalidad y oportunidad. Mensuario Jurídico-Económico. IVSTITIA. Año 2, No. 21. San José, Costa Rica. Setiembre, 1988. Pág. 4.
- (70) IBIDEM. Pág. 5.

CAPITULO II

LA PERSECUCION PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

1. Antecedentes del principio de oportunidad en el proceso penal anglosajón.

En los Estados Unidos de América, se encuentra vigente la aplicación del principio de oportunidad como regla general, y lo cual conduce a una discrecionalidad absoluta por parte de los fiscales. En consecuencia, en el proceso penal norteamericano se acepta sin ninguna limitación dicho principio; el principio de oportunidad permite entonces, racionalizar la selectividad intrínseca del proceso penal, dejando fuera de éste aquellos hechos en donde se considere innecesaria la aplicación del poder punitivo del Estado; con ello se contribuye significativamente a la celeridad y eficiencia real del sistema, puesto que posibilita mediante la exclusión indicada, el adecuado tratamiento de aquellos casos que indudablemente requieren la intervención efectiva de la justicia penal.

En el proceso penal estadounidense, muchas de las causas criminales terminan antes del juicio, mediante negociaciones entre acusador fiscal y el abogado defensor del imputado. En un país donde se aprecia la libertad, como lo es Estados Unidos, el sistema de justicia prefiere cometer un error al absolver que al condenar, la balanza se inclina en favor del imputado, porque el sistema prefiere dejar en libertad a un culpable que condenar a un inocente.

El sistema de enjuiciamiento penal estadounidense desconoce por completo el principio de legalidad, por lo cual la oportunidad es la regla, actuando como principio trascendental de ejercicio de la persecución penal. En el Derecho anglosajón domina esta regla, y la cual fue trasladada a los Estados Unidos. Refiriéndose al Derecho anglosajón, el Doctor Maier, expone: "...ellos desconocen el principio de legalidad y, seguramente verían amenazados los cimientos de su sistema de administración de Justicia penal, si adoptaran aún parcialmente, reglas de legalidad; la fuerza de esa conclusión es tan vigorosa, que el poder de selección reside en el Ministerio Público (también en la policía que interactúa con él en la persecución penal), y es inherente a él, como son discrecionales los actos de gobierno del Poder Ejecutivo, con fundamento en el principio constitucional de separación de los poderes; la razón práctica es incontestable: Con esa arma el Ministerio Público gobierna el proceso penal y su forma concreta (a través de herramientas que, de conformidad con el procedimiento, le permiten variar la naturaleza del procedimiento, abreviándolo: "...armonizando sus posibilidades concretas de perseguir penalmente con eficiencia (número de procesos y complejidad), con los recursos personales y materiales de la

que en la actualidad se busca la efectiva inclusión de la víctima en el procedimiento penal y, aún en la eventual negociación entre el fiscal y el imputado. Algunos pasos ya han sido dados en este sentido por la acción de abogados vinculados con grupos de asistencia a víctimas de delitos".(4)

A la forma en que el sistema penal estadounidense aplica el principio de oportunidad, se han planteado objeciones, sistema dominado por el Fiscal, y a su potestad de disponer libremente del ejercicio de la acción penal, inclusive se ha tildado de "Justicia negociada", dentro de la cual, no se puede saber muchas veces con certeza quien obtuvo qué, de quién, o a cambió de qué. En conclusión, se confirma que en el sistema penal norteamericano (anglosajón), es desconocido el principio de legalidad, rigiendo como principio rector del ejercicio de la persecución penal por parte del Fiscal competente, el principio de oportunidad, aplicado discrecionalmente, siendo en consecuencia, en este sistema aplicado el principio de oportunidad como regla general.

2. Antecedentes del principio de oportunidad en América Latina.

En los sistemas penales de América Latina, rige el principio de legalidad como regla general, aunque su vigencia real sea cuestionable, el principio de legalidad que implica en forma categórica e imperativa, que todo hecho en apariencia delictiva debe traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación, y por ende, en un proceso penal, es en la actualidad absurdo y acaso imposible. En primer aspecto lo constituye, que ningún sistema penal está en la capacidad para atender todos los hechos criminales que se cometen dentro de la sociedad, material y humanamente es imposible. La vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, crea una serie de expectativas que en el sistema procesal penal no puede cumplir; pretende un objetivo inalcanzable, es decir, pretende imponer una regla de persecución que no admite excepciones, sin tomar en cuenta que los recursos del Estado siempre son limitados, y en la práctica son necesarias dichas excepciones; surgiendo, inevitablemente, procedimientos informales de selección. La vigencia del principio de legalidad se destruye totalmente ante las limitaciones que impone la realidad, puesto que no hay sistema penal que tenga los recursos suficientes para investigar todos los hechos delictivos denunciados; por lo precedente y previendo la arbitraria discrecionalidad, se hace necesaria la introducción del principio de oportunidad, aplicado como excepción en el ejercicio de la persecución penal, y, el cual permitirá racionalizar la administración de justicia.

Por lo expuesto, se ha propuesto la transformación de la justicia penal, encontrándose en dicho proceso de transición países como Ecuador, Argentina, Costa Rica y nuestro país, entre otros, con proyectos de Código procesal Penal, o bien, como el caso de Guatemala, sólo a la espera de la entrada en vigencia del nuevo

Código Procesal Penal, tomando en cuenta la introducción del principio de oportunidad, al cual denomina Criterio de oportunidad, con marcada influencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, el Código Procesal Penal italiano, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, y como antecedente inmediato, el proyecto del Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba de la República de Argentina, elaborado por el Doctor Julio B.J. Maier.

En el proyecto argentino, se consagra como regla general aún, el principio de legalidad, así en el artículo 229 prescribe: "La persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el Ministerio Público sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad..." (5). Sin embargo, permite el tratamiento procesal de los casos de excepción que la legislación sustantiva pueda prever como examinables a la luz de criterios de oportunidad, puesto que, la parte final del artículo precitado indica: "...salvo los casos expresamente exceptuados por la ley penal", reglamentando el procedimiento en la ley procesal. El proyecto citado, y que sirvió como antecedente inmediato para la redacción del proyecto guatemalteco, establece que el ejercicio de la acción penal no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley, introduciéndola posibilidad de excepciones al principio de legalidad.

El artículo 230 del anteproyecto argentino, expone: "Oportunidad. En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución, o para hacerla cesar, el Ministerio Público, por intermedio del funcionario que la Ley de Organización Judicial determine, pedirá el archivo al juez de la instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del Ministerio Público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente. El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el Ministerio Público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos".

Se plantean diversos motivos para permitir excepciones al principio de legalidad. Entre ellos la necesidad de proteger otros intereses públicos más importantes; o la conveniencia de orientar priorizando los recursos de la persecución penal, dando mayor importancia a los delitos de mayor gravedad, la mínima participación del agente, la gravedad de las consecuencias que el delito produjo, la necesidad de esclarecer otro delito de mayor gravedad, etc.

Como indica el Doctor Alberto M. Binder: "El hecho de que no se admita la posibilidad de aplicación de criterios de oportunidad, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico positivo, en nada afecta a la existencia de mecanismos de selección; ellos funcionan siempre, dado que el sistema es incapaz de hacer frente al cúmulo