

EDGAR ROBERTO GARCÍA OVALLE

**LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN PRESTADA PARA LA
APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD, DE CONFORMIDAD
CON EL ARTÍCULO 25 NUMERAL 6 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**



**UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN
FACULTAD DE DERECHO**

Guatemala, 1998

Esta tesis fue elaborada por
Edgar Roberto García Ovalle
para obtener el grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
y los títulos de Abogado y Notario.



UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN
FACULTAD DE DERECHO

APARTADO POSTAL 632-A
01909 GUATEMALA, C. A.
TEL.: (502) 361-2411
FAX: (502) 361-2421

Guatemala, 25 de junio de 1998

Honorable Consejo de la
Facultad de Derecho
Universidad Francisco Marroquín

Estimados señores:

Por encargo del Honorable Consejo de la Facultad, asesoré al alumno EDGAR ROBERTO GARCIA OVALLE, en la elaboración de su trabajo de tesis "LA VALORACION DEL TESTIMONIO PRESTADO PARA LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD, DE CONFORMIDAD AL ARTICULO 5 NUMERAL 6) DEL DECRETO 79-97 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA".

El autor realizó estudios teórico-legales respecto al Principio de Legalidad y el de Oportunidad abierto y el reglado dentro del marco del sistema jurídico dentro del que han surgido y se han desarrollado, determinando la naturaleza del reglado en el numeral 6) del artículo 25 del CPP y definiendo sus límites y alcances. Realiza análisis profundos del "Criterio de Oportunidad" denominación del legislador guatemalteco a esa institución.

Especialmente tiene mérito el trabajo del alumno GARCIA OVALLE, en los análisis críticos que realiza, muy bien fundamentados, lo que evidencia su amplio y profundo manejo de una sólida teoría y un inmejorable manejo de la legislación que recibió a la institución objeto de este estudio, lo que lo conduce a concluir la problemática que genera dicha regulación y sus efectos, es decir determina la eficacia del testimonio prestado por "informantes o delatores" para la aplicación del Criterio de Oportunidad, su valoración y consecuencias, así como la valoración de la misma declaración durante el juicio del proceso que se sigue en contra del "delatado".

Para la suscrita, ha sido motivo de orgullo y satisfacción acompañar al alumno GARCIA OVALLE en esta tarea, la que el mencionado alumno realizó con mucho interés, dedicación y un genuino gusto por la materia, lo que lo motivó a buscar la bibliografía actualizada y a realizar las consultas pertinentes para lograr finalmente este trabajo, en el que se evidencia en el transcurso del mismo, la manera segura y definida con que presenta sus exposiciones, objeciones, criterio y opiniones con el rigor académico pertinente.

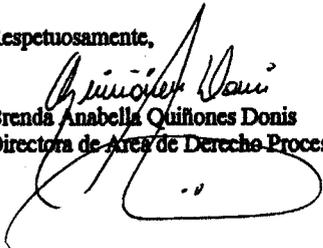
Por consiguiente, me permito respetuosamente recomendar que, previo al examen correspondiente, se apruebe la publicación de la tesis "LA VALORACION DEL TESTIMONIO PRESTADO PARA LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD, DE CONFORMIDAD AL ARTICULO 5 NUMERAL 6) DEL DECRETO 79-97 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA".



- 2 -

La oportunidad es propicia, para agradecerle al Honorable Consejo, la honrosa designación como asesora de la tesis del estudiante EDGAR ROBERTO GARCIA OVALLE, quien se distinguió durante su vida estudiantil por el respeto y el aprecio al área de derecho procesal penal.

Respetuosamente,


Brenda Anabella Quiñones Donis
Directora de Área de Derecho Procesal Penal



UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN

6A. AV. 0-28, ZONA 10
TELS: 313888 AL 90
GUATEMALA, C. A.
CABLES: UFAMA
AP. POSTAL 632-A

LOS INFRASCritos EXAMINADORES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN:

Lic. Conrado Arnulfo Reyes (PRESIDENTE)

Lic. Jorge Zamora Batarse

Lic. Lea Marie De León Marroquín

CERTIFICAN QUE EN EL EXAMEN DE LA TESIS: "LA VALORACION DE LA
DECLARACION PRESTADA PARA LA APLICACION DEL CRITERIO DE OPOR-
TUNIDAD, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 25 NUMERAL 6 DEL CODIGO
PROCESAL PENAL".
PRACTICADO EN ESTA FECHA AL ALUMNO: _____

Roberto García Ovalle

OBTUVO LA CALIFICACION DE: _____ APROBADO

Guatemala, 03 de septiembre de 1,998



UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN
FACULTAD DE DERECHO

APARTADO POSTAL 632-A
01909 GUATEMALA, C. A.
TEL.: (502) 361-2411
FAX: (502) 361-2421

Guatemala, 17 de septiembre de 1998

Señor
Edgar Roberto García Ovalle
Presente

Estimado Roberto,

Con la presente le informo que el Consejo de la Facultad de Derecho, en virtud de los dictámenes favorables, emitidos por los revisores, en su examen general de tesis, Licenciados, Conrado Arnulfo Reyes Sagastume, Jorge Alejandro Zamora Batarse y Lea Marie De León Marroquín, acordó, autorizar la impresión de su trabajo de tesis titulado **"La valoración de la declaración prestada para la aplicación del criterio de oportunidad, de conformidad con el artículo 25 numeral 6 del Código Procesal Penal"**.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme, atentamente.

Lic. Pedro Mendoza Montano
SECRETARIO

PMM/ac

*Y el derecho se retiró, y la justicia se puso lejos;
porque la verdad tropezó en la plaza,
y la equidad no pudo venir.
Y la verdad fue detenida,
y el que se apartó del mal fue puesto en prisión;
y lo vio Jehová, y desagradó a sus ojos,
porque pereció el derecho.*

Isaías 59:14-15

ÍNDICE

• Índice	
• Introducción.....	1
• Cuerpo del Trabajo	
– Capítulo I. El Principio de Oportunidad.....	4
– Sección I. El Principio de Legalidad y el Principio de Oportunidad.....	4
– Sección II. El Principio de Oportunidad en el proceso penal guatemalteco.....	10
– Sección III. El Ejercicio del Principio de Oportunidad por Parte del Fiscal en el Derecho Comparado.....	17
– Subsección A. El caso latinoamericano.....	17
– Subsección B. El caso anglosajón-norteamericano.....	21
– Capítulo II. Marco Jurídico del Criterio de Oportunidad en Guatemala.....	31
– Sección I. La Regulación Originaria en el Decreto 51-92 del Congreso de la República como Antecedente Mediato.....	31
– Sección II. La Reforma Contenida en el Decreto 114-96 del Congreso de la República como Antecedente Inmediato.....	35
– Sección III. La Regulación Vigente, Consecuencia del Decreto 79-97 del Congreso de la República.....	42
– Capítulo III. Deficiencias Sustanciales del Marco Jurídico del Criterio de Oportunidad.....	50
– Sección I. Ineficacia Práctica para el Resarcimiento Civil y la Aplicación de la Justicia.....	50
– Sección II. Inconvenientes que Genera la Realización de la Prueba Anticipada.....	53

– Sección III. De la Valoración Integral de la Declaración del Beneficiado y el Sobreseimiento como Consecuencia Necesaria de la Aplicación del Criterio de Oportunidad.....	59
• Conclusiones.....	69
• Recomendaciones.....	71
• Anexos.....	73
• Bibliografía.....	77

INTRODUCCIÓN

El estudio del ordenamiento jurídico es en la actualidad una tarea que, como ciudadanos, nos incumbe a todos. Atrás han quedado las épocas en que unos pocos tenían la fortuna de conocer las normas jurídicas regentes y los derechos tutelados por éstas, tal como ocurría con los escribas o fariseos. Esta tarea, que en mucho es contralora, debe desempeñarse con mayor detenimiento aún en el caso de las normas que regulan el campo del Derecho Procesal Penal por estar en juego uno de los derechos fundamentales de los individuos: la libertad.

Nuestra atención debe estar alerta ante cualquier cambio que surja en aquellas normas que resguardan tan preciado bien y, si hablamos de un cambio total del sistema procesal, la tarea se incrementa. Eso es exactamente lo que en recientes años hemos presenciado: la transformación de nuestro sistema procesal penal; y, aún hoy en día, no podemos hablar que nos hemos adaptado por completo, ya que las continuas reformas a ese sistema nos evidencian la incipiente evolución que mantiene vivo al Derecho. En el momento que dejen de evolucionar, nuestros sistemas jurídicos se estancarán y perecerán, pero téngase presente que no es lo mismo la evolución del Derecho que el cambio de las leyes.

Dentro de ese proceso evolutivo se desecha lo que la experiencia ha mostrado como inútil y se mejora aquello que tenga expectativas viables y funcionales; también se innova, por medio de la adaptación de lo que para otros ha producido éxito. Y esto

último es lo que ocupará nuestra atención en el presente trabajo pues analizaremos una de esas innovaciones como lo es la del criterio de oportunidad. En particular, nos ocuparemos de uno de sus supuestos de procedencia –*el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal*–, no sin antes hacer un recorrido por los orígenes de tal institución, así como de su regulación en las legislaciones de otras naciones. Del supuesto de procedencia mencionado, el cual delimitará nuestro campo de actividad, incursionaremos específicamente en el aspecto valorativo de la declaración que tal supuesto requiere para poder acceder a la aplicación del criterio de oportunidad, algo que no impedirá la posibilidad de también tratar algunas otras imprecisiones colaterales.

Para valorar la eficacia de una declaración –*sea ésta testimonial o indagatoria*–, necesariamente debemos encontrarnos en presencia de un órgano jurisdiccional idóneo y en un momento procesal específico; es decir, ante un tribunal de sentencia al dictar dicha sentencia luego de su deliberación. Entonces, por medio del presente trabajo de tesis, se pretende probar que la eficacia de la declaración prestada para aplicar el criterio de oportunidad en el supuesto referido no es posible determinarla en el momento procesal en que ésta se presta ni en la diligencia de prueba anticipada que la contiene. Cualquier alteración en cuanto esto será objeto de vulneración a la técnica jurídica y, en algunos casos, a las mismas normas jurídicas.

La investigación que el presente trabajo de tesis se ha trazado se ha visto indirectamente afectada por el insuficiente interés que en los círculos especializados ha

producido la transformación de nuestro sistema procesal penal. Principalmente, no se cuenta con aquellos estudios preliminares que en materia comercial o de mercadeo se denominan estudios de prefactibilidad y que servirán para considerar las implicaciones de una figura jurídica novedosa. Tal insuficiencia se ha traducido en la escasez de soporte doctrinario para nuestras normas, algo que puede constatarse en la bibliografía que respalda este trabajo, donde son mínimos los tratados o textos de autores guatemaltecos sobre temas jurídicos guatemaltecos. No quiero polarizar con el tema del nacionalismo pero, si de ellos restamos los que, al igual que el presente trabajo corresponden a tesis de graduación, el resultado puede ser hasta preocupante.

Sirva el presente trabajo, sin arrogancia alguna, como un aporte a nuestro ordenamiento procesal penal; y, a cada amable lector, como un recordatorio de esa tarea que todos tenemos de involucrarnos en el proceso de creación de las normas de convivencia, ya que nosotros mismos seremos sus destinatarios.

Capítulo I

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Sección I. El Principio de Legalidad y el Principio de Oportunidad

El sistema procesal penal vigente —*el cual se ubica dentro de los de corte Mixto-Moderno*— difiere casi en su totalidad del antiguo sistema, que aunque se le denominaba Clásico Inquisitivo, en realidad sólo era nominal pues poseía un alto grado de mixtura. Dentro de los principios e institutos adoptados por el nuevo sistema, reviste especial trascendencia el de oportunidad, en contraposición a la rigurosa legalidad que en materia de ejercicio de la persecución penal regía. Importante es ver hacia atrás e indagar los orígenes tanto de uno como del otro y comprender así sus implicaciones en nuestro ordenamiento procesal penal.

La potestad exclusiva que le asiste al Estado en juzgar y promover la ejecución de lo juzgado es uno de los elementos de todo orden social, no solo en nuestros días, sino desde la antigüedad; a esta potestad del Estado se le conoce como principio de estatalidad. El ejercicio de dicha potestad, denominado como principio de oficialidad, consiste en el deber-poder del Estado para que, de manera imparcial, administre justicia y promueva la acción penal de los infractores de la ley por medio de los órganos jurisdiccionales especializados del Estado. Así, encontramos que el principio de oficialidad se encuentra ampliamente desarrollado en nuestra legislación vigente, iniciando con la norma suprema en el artículo 251, párrafo segundo, de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece respecto a la promoción y

ejercicio de la acción que “El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública”.¹ También está contemplado en nuestro ordenamiento procesal penal en el artículo 24 *Bis*, el cual establece que “Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en representación de la sociedad, todos los delitos de acción pública, excepto los delitos contra la seguridad del tránsito y aquellos cuya sanción principal sea la pena de multa(...)”.² Asimismo, lo encontramos también en el artículo 107 del mismo cuerpo legal cuando establece que “El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público como órgano auxiliar de la administración de justicia conforme a las disposiciones de este Código”. Por último, debemos referirnos a la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República, la que, en su artículo 10, párrafo segundo, prescribe que la titularidad de la persecución penal pública le corresponde al Fiscal General de la República.

La intervención del Estado en la resolución de conflictos ha sido concebida como garante o instrumento en la erradicación de la venganza o *justicia* privada, pues, perseverar en ésta, sería un atavismo de las inmemorables épocas cavernarias. Como consecuencia de lo anterior, la participación estatal en la impartición de justicia, ha dado lugar a un dualismo de intereses por satisfacer, por un lado, el que corresponde a la persona individual como eventual agraviada por la comisión de una conducta

¹ Debe aclararse que nuestra Constitución ha quedado tal como se ha transcrito, luego de las reformas constitucionales de finales de 1993. En ellas se hizo la partición orgánica y funcional de la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público. Curioso es el hecho que nuestra Constitución delega el ejercicio de la acción penal pública en la persona del Fiscal General y no en la institución como tal.

² Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, el cual, luego de varias reformas, quedó tal como se transcribe, en virtud de la reforma contenida en el artículo 1 del Decreto 79-97 del Congreso de la República.

antijurídica y típica y, por el otro, el que le asiste al Estado, también como agraviado, por la ruptura de las normas de convivencia que ha impuesto, en perjuicio de la seguridad jurídica de los individuos que lo conforman.

Ahora bien, ¿Cómo es o ha sido esa participación estatal? Podemos afirmar que, a partir de las distintas figuras delictivas³, se ha dado en dos sentidos: La primera, participación activa. En este caso, el Estado se involucra en toda transgresión al marco jurídico penal, salvo aquellas excepciones en las que la persecución penal se califica como privada y pública a instancia de parte agraviada (mixta); este primer caso se identifica con el llamado principio de legalidad en materia de persecución penal. La segunda forma es la participación pasiva; en esta última, en lugar de hablar de participación, mejor es hablar de abstención. Es decir, no interesa cuándo interviene el Estado obligadamente —*como sucede en el principio de legalidad*—, sino cuándo deja de hacerlo. Aquí, la participación estatal se identifica o es llamada principio de oportunidad.

El principio de legalidad señala que el Estado, ante el conocimiento de la noticia *criminis*, debe actuar de oficio en la restauración del orden jurídico hasta lograr el respectivo pronunciamiento jurídico o sentencia, pues no interesa tanto el individuo como agraviado, sino el Estado como tal. Desde luego, nuestro sistema procesal ha

³ Debe anotarse que esta clasificación es a partir de las figuras delictivas pues, en una, los bienes jurídicos tutelados son de trascendencia pública y, por ende, le corresponde al Estado el deber de involucrarse en la persecución penal de dichas acriminaciones; dentro de ellas tenemos, por exclusión, a las no calificadas como acciones privadas. En la otra forma, el bien jurídico tutelado es estrictamente individual y éste será el único interesado en procurar la restauración del mismo por medio de la persecución penal que promueva en contra del imputado; por tanto, el Estado no se verá en la necesidad de involucrarse como perseguidor y no erogará recursos en ellas.

modificado el desempeño del principio de legalidad, el cual, de conformidad con lo que algunos llaman el principio acusatorio, se ha visto modificado radicalmente. Antiguamente, en el sistema inquisitivo, el principio de legalidad nos indicaba que para iniciar un proceso no debía mediar requerimiento o acusación alguna. El efecto de dicho principio acusatorio lo vemos en la necesidad de una acusación de parte (en el caso de los delitos de acción privada) o por el órgano estatal titular de la persecución penal pública para poder disponer el encausamiento en contra de algún sindicado.

En cuanto al Ministerio Público –*como órgano estatal encargado de la persecución penal*–, el principio de legalidad le instituye un deber en la promoción y ejercicio de la misma.⁴ Asimismo, Alberto Bovino señala como fundamentos del principio de legalidad: 1) Las teorías absolutas de la pena; es decir, aquellas que la entienden como expiación o retribución del hecho delictivo; 2) El principio constitucional de igualdad ante la ley, así como también el principio de *nullum crimen sine lege*,⁵ 3) La creencia de que es posible guiar a los órganos de persecución para que ellos apliquen el derecho penal en forma igualitaria y en todos los casos.⁶ Alberto Bovino también señala la carencia de argumentos teóricos, así como la imposibilidad de realización del Principio de Legalidad, pues demostrado está que los sistemas de justicia únicamente se ocupan de un mínimo número de casos, discriminando a la

⁴ Como una derivación o subprincipio del de Legalidad tenemos la Inevitabilidad y la irrevocabilidad; el primero describe la necesidad de promover la investigación y procesamiento de un hecho delictivo ante su acaecimiento y, el segundo, la imposibilidad de suspenderse el ejercicio de la acción penal, una vez iniciada.

⁵ No existe crimen o delito si no hay un norma jurídica previa que califique determinada conducta como tal. Es llamado también Principio de Legalidad en Materia Penal Sustantiva.

⁶ Bovino, Alberto. TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. F&G Editores. Guatemala, 1996.

mayoría restante; de ese mínimo, son escasos los que llegan a obtener una sentencia; y, peor aún, de ellos, menos son los que obtienen una sentencia condenatoria.⁷

En contraposición al principio de legalidad se encuentra el principio de oportunidad que puede, a su vez, revestir dos formas claramente distinguibles: la primera podemos denominarla oportunidad discrecional. Es la que rige en los sistemas anglosajones *-especialmente en los Estados Unidos de América-* y en ella la oportunidad es la regla. Este caso será desarrollado en adelante cuando se trate el Derecho Comparado. La segunda, oportunidad reglada, es aquella que no posee disponibilidad absoluta, tanto para ser solicitada como para ser aplicada, pues deben cumplirse con los requisitos que ha prescrito la ley. Aquí, la legalidad seguirá siendo la regla, pero la oportunidad hará presencia como algo más que excepción. Ésta posee una regulación en cuanto a los supuestos objetivos y subjetivos de procedencia para prescindir de la persecución penal o suspender el ejercicio de la ya iniciada y el Ministerio Público sólo podrá solicitarlo si concurren dichos supuestos y, además de ello, su autorización estará sujeta a la decisión del respectivo órgano jurisdiccional, el cual, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 57 de la Ley del Organismo Judicial, es a quien le compete con exclusividad administrar justicia.

Para Alberto Bovino, el principio de oportunidad, en el caso reglado, también tiene su propio fundamento y justificación y son las teorías utilitarias de la pena, las que

⁷ Op. Cit. Página 98 y 99

conciben "...la aplicación del derecho penal no como un imperativo metafísico de justicia, sino, por el contrario, como un instrumento orientado a la prevención de aquellos hechos sociales considerados disvaliosos".⁸ A este respecto vale la pena establecer que, no obstante su poca valía, no puede negarse el hecho de que aún se sigan cometiendo. En cuanto a calificar su poca valía, considero que es muy relativo y de gran riesgo, pues surge la interrogante ¿a criterio de quién? y, además, puede suscitar discordia ya que lo disvalioso para uno puede ser muy valioso para otro.

Las distintas manifestaciones que presenta el principio de oportunidad, no son sino la respuesta, en una forma legal organizada, para aquellos casos que, como ya vimos, el sistema de justicia indefectiblemente rechazará arbitrariamente y sin control a lo largo del proceso penal. "Oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella (sea por medio del criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, procedimiento abreviado, etc.), en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales".⁹

⁸ Op. Cit. Página 101

⁹ Maier, Julio. DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I. Citado por Alberto Bovino en TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. El contenido del paréntesis es propio.

Se dice que este caso obedece a corrientes modernistas, las cuales abogan más por la prevención del crimen que por la represión, flexibilizando la persecución penal en aquellas acriminaciones que con el correr del tiempo se califican como *letra muerta* o son susceptibles de resolverse con menos complicaciones; en cuanto a la prevención debemos volver a hacer énfasis en que no se logra pues la comisión de delitos (sean leves o graves) no cesa. Lo que si no podemos negar es que con esto se evita el problema de la saturación de los órganos jurisdiccionales pues se establece un marco jurídico que permita definir expresamente aquellos criterios legales de selección y control de casos en los que el Estado opte por no perseguir penalmente a los infractores o suspender la ya iniciada, erradicando así la arbitrariedad con la que los operadores del sistema de justicia decidían cuál caso iba a tener la atención debida y cuál no.

Sección II. El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Guatemalteco

Como ya se dijera, el principio de oportunidad se contrapone al principio de legalidad. Esto en ningún momento quiere decir que si este último supone la persecución penal ante la comisión de un delito, el primero suponga la no persecución o, lo que es lo mismo, anarquía. Al decir contraposición me refiero a que en uno hablamos de cuándo interviene el Estado y en los otros casos, desde luego excepcionales, cuándo no lo hace.

El principio de oportunidad, sin lugar a dudas, se erige como un principio que informa al proceso en aquellas situaciones excepcionales donde el órgano estatal encargado de la persecución penal pública, con el aval del juez que controla la investigación, desiste de accionar penalmente. Esto debido a que el sistema mixto-moderno que hemos adoptado hace eco de la realidad de nuestro país y de la crisis del sistema de justicia; ya no más juicios de inmemorable duración en los que se sentencia a algunos meses de prisión al sindicado o, en el peor de los casos, se le declara inocente después de habersele recluso durante todo el proceso; ahora se establece una serie de mecanismos que permiten evitar procedimientos ordinarios completos innecesarios, e incluso, en algunos casos delega en los particulares los que estrictamente a ellos les compete perseguir. En suma, teóricamente se busca que el sistema de justicia dirija su actuar en aquellos casos donde realmente se necesite la presencia de un ente que ejerza la acción penal de carácter público y se abstenga de participar en procesos fútiles o innecesarios, o en aquellos donde el particular esté facultado a disponer de su derecho a la persecución penal, garantizando él mismo el ejercicio eficaz de ésta (procediendo la conversión de la acción penal pública en privada) u opte por desistir de su acción (procediendo la aplicación de un criterio de oportunidad).

Ahora, al trasladarnos al contexto de nuestro Código Procesal Penal vigente, debemos aclarar el significado del término **criterio de oportunidad**. Pues bien, la adopción del mismo por parte del Código no hace sino expresar la forma o aplicación práctica del principio de oportunidad —en su variante *reglada*— anteriormente analizado;

es decir, las distintas opciones para abstenerse de perseguir penalmente a algún imputado o suspender aquella ya iniciada en su contra. Pero, ¿Cuáles son esas opciones? El Código Procesal Penal contiene una serie de mecanismos orientados a evitar un largo y oneroso procedimiento. El primero y más importante es el criterio de oportunidad en sentido estricto y está contenido en los artículos del 25 al 25 *Quínties* del Código Procesal Penal. Actualmente, como consecuencia de una serie de reformas las que serán tratadas en adelante, posee una regulación detallada en cuanto al procedimiento a observar, pues, según algunas opiniones, el arraigo del antiguo sistema procesal hacía mella en el pensamiento de los juzgadores, quienes no se atrevían a concluir procesos mediante el uso de medidas desjudicializadoras. En lo personal considero que ha sido el mal uso del criterio de oportunidad el que ha motivado dichas reformas, pues se ha hecho uso de él pretendiendo alcanzar los efectos del sobreseimiento. Prueba de su mal uso es la supresión de la Unidad de Desjudicialización del Ministerio Público y que, como adelante se verá, ahora debe esperarse hasta la etapa intermedia del proceso para otorgar en definitiva dicho beneficio.

Un segundo mecanismo puede ser la suspensión condicional de la persecución penal, que no es más que la interrupción en el ejercicio de la misma; tiempo en el cual el beneficiado quedará sujeto a un período de prueba y, al final de dicho lapso, se decidirá la extinción o reanudación de la acción. Está regulada en el artículo 27 del Código Procesal Penal y, si bien no es unánime su reconocimiento como una aplicación práctica del principio de oportunidad, es innegable que su finalidad será

eludir un proceso a todas luces innecesario. Los supuestos de procedencia, desde luego, son distintos de los del criterio de oportunidad. Aquí, requiere fundamentalmente admitir la veracidad de los hechos imputados y el sindicado en ningún momento debe revelar peligrosidad. En cuanto a supuestos estrictamente objetivos, requiere que dicha suspensión no sea por un período menor de dos años ni mayor de cinco. Requiere también que nos refiramos al Código Penal, pues, en cuanto al delito imputado, se requiere: "1.- Que la pena consista en privación de libertad que no exceda de tres años; 2.- Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso; 3.- Que antes de la perpetración del delito, el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante; 4.- Que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias, no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir".¹⁰ Por último, requiere de un elemento pecuniario: la reparación del daño causado o, por lo menos, su afianzamiento, pero a criterio del juez ante el cual pende el conocimiento de la causa o proceso.

Una tercera manifestación podría ser el Procedimiento Abreviado contenido en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal. En este caso tampoco hay un reconocimiento unánime para calificarle como aplicación práctica del principio de oportunidad, pues se dice que su fin es sencillamente la abreviación, como su nombre lo indica, de los trámites de un proceso; también se argumenta que dicho procedimiento concluirá igualmente con un pronunciamiento jurisdiccional (sentencia) al

¹⁰ Artículo 72 del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.

igual que cualquier todos los procesos. Particularmente, considero que podríamos incluirle como manifestación del criterio de oportunidad pues en él, como adelante expongo, el ejercicio de una facultad del fiscal que redundará en la afectación del ejercicio ordinario o normal de la persecución penal. Desde luego, estoy en total acuerdo que este procedimiento en ningún momento constituye una forma o procedimiento de desjudicialización.

Respecto al procedimiento abreviado, el artículo 464 del Código Procesal Penal establece literalmente que "Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aún en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el juez de primera instancia en el procedimiento intermedio. Para ello, el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y la aceptación de la vía propuesta". El elemento esencial en el artículo citado es, sin lugar a dudas, la facultad concedida al Ministerio Público para emitir un juicio de valor respecto a la suficiencia o no de la pena a imponer en el caso concreto. Es una discrecionalidad similar a la que posee para solicitar la aplicación del criterio de oportunidad contenido en el artículo 25 del Código Procesal Penal, misma que también se traducirá en la no realización completa de un procedimiento común; no se realizará en una forma normal, pues, de conformidad con el procedimiento prescrito,

todo el trámite finalizará ante el juez de primera instancia de instrucción, en la etapa intermedia del proceso penal, obviando la etapa del juicio o debate.¹¹

Una última opción que podemos mencionar como mecanismo para prescindir de la persecución penal o suspender la ya iniciada es la contenida en los artículos 25 *Quáter* y 477 del Código Procesal Penal. Aquí nos encontramos en la posibilidad de dilucidar los conflictos penales en centros de conciliación o mediación (de carácter privado, obviamente) distintos de los órganos jurisdiccionales públicos establecidos para el efecto. Acudir a dichos centros no es sino prescindir de la persecución penal pública y acudir a dirimir una controversia determinada a una institución especializada en la conciliación, entendida ésta última como la negociación mediante concesiones recíprocas tendiente a evitar un proceso penal.¹²

En conclusión, se han confrontado las posibilidades de aplicación y éxito que puedan tener el principio de legalidad y el de oportunidad. La relación que entre ambos exista "...es un problema de implementación del derecho, antes que un problema teórico jurídico: depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público sobre ellos y de la confianza popular sobre ellos, que de los textos legales en sí

¹¹ Artículo 48 del Decreto 79-97 del Congreso de la República que reformó el artículo 465 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal.

¹² El artículo 25 *Quáter* se refiere al procedimiento de mediación en centros de conciliación, el cual puede realizarse en los casos de delitos de acción pública dependiente de instancia particular, delitos de acción privada y aquellos en los que proceda la aplicación del criterio de oportunidad, salvo el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal. El artículo 477 se refiere al procedimiento a observar cuando la acción penal se convierte en pública (juicio por delito de acción privada); los casos o supuestos en los cuales será permisible dicha conversión se regulan en el artículo 26 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal.

mismos".¹³ Esta afirmación se verifica en los acontecimientos a lo largo de la historia, así como también en el estudio de los fundamentos teóricos del principio de legalidad, mismos que nos demuestran el innegable el fracaso de un sistema tan idealista que pretende reprimir y sancionar toda conducta atípica por medio los órganos jurisdiccionales del Estado; en consecuencia, estamos en presencia de un sistema ineficaz y de imposible realización práctica.

Por su parte, el principio de oportunidad no viene sino a ser la respuesta a un vacío o deficiencia en la impartición de justicia, producto de la selección indiscriminada de aquellas casos o procesos que el sistema de justicia no quiere o no puede atender; viene a ser la respuesta a la incipiente realidad de la escasez de los recursos, tanto materiales como humanos para sostener dicho sistema, proveyendo de eficacia a la inversión de los mismos y erradicando el despilfarro y la arbitrariedad; viene a ser la alternativa para que, en los casos estrictamente previstos en ley, los particulares y, aún el Estado, puedan decidir cuándo se realizará la persecución penal y cuándo no. En realidad, "Se trata del regreso al área privada de una fracción del Derecho Público, como consecuencia de la lógica racionalización de la participación del Estado en el área penal".¹⁴

¹³ Hassemer, Winfried. LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. Publicado en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 7, Número 10. Costa Rica, 1995.

¹⁴ Barrientos Pellecer, César. DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. Magna Terra Editores. Guatemala, 1993.

Sección III. El Ejercicio del Principio de Oportunidad por parte del Fiscal en el Derecho Comparado

Subsección A. El caso latinoamericano

El arraigo que ha tenido el principio de legalidad en nuestras legislaciones hace que en pocas de ellas podamos hablar de un verdadero cambio o evolución. En efecto, pocos países abren sus ojos a la realidad y reconocen la inoperancia que envuelve a los sistemas de justicia latinoamericanos derivado de la creencia que el Estado debe participar en toda comisión de un hecho ilícito; y como pioneros de esta reforma procesal penal podemos contar a Argentina, específicamente a la Provincia de Córdoba, Costa Rica, y, desde luego, Guatemala. La vanguardia tomada por estos tres países ha hecho eco en el resto de Latinoamérica y es así como ya podemos contar a naciones como El Salvador y Ecuador entre las que cuentan con un proyecto de Código Procesal Penal marcado o matizado por un tinte moderno, incorporando el principio de oportunidad como alternativa a la arbitraria discriminación de causas y procesos, a la ineficacia en el uso de los recursos humanos y materiales y, por sobre todo, alternativa para una mejor impartición de la Justicia.

El movimiento de reforma que se está produciendo en América Latina tiene como antecedente a la Ordenanza Procesal Alemana y el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica. Asimismo, tiene como génesis o punto de partida a la Provincia de Córdoba, Argentina, con su proyecto de Código Procesal Penal, el cual fue redactado por el connotado jurista Julio Maier; sus estudios sobre la Ordenanza Procesal

Alemana, sumados a la participación de personajes como el Doctor Alberto Binder, desembocan en una serie de proyectos de Código Procesal Penal para todos los países antes mencionados.

En el caso argentino, el Código Procesal Penal de la Nación consagra fehacientemente el principio de legalidad; por su parte, el mencionado proyecto de Córdoba, siguiendo la misma directriz, lo consagra de igual manera pero incluyendo una excepción a dicho principio; el artículo 229 del proyecto establece que la persecución penal no se promoverá ni proseguirá por parte del Ministerio Público en aquellos casos exceptuados por la ley penal, los cuales quedarán sujetos al control jurisdiccional. El artículo 230 regula dichas excepciones al establecer lo siguiente: "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". Como vemos, el proyecto de Córdoba, al igual que la Ordenanza Procesal Alemana, consagra el principio de legalidad como regla; pero, al mismo tiempo, establece la excepción que es el Principio de Oportunidad (en su variante reglada).¹⁵ De esta regulación podemos resaltar dos

¹⁵ La regulación que adopta el proyecto de Costa Rica es muy similar a la del Proyecto de Córdoba; por esa razón no se aborda su análisis en el presente capítulo.

factores importantes: el primero, es la posibilidad de apertura en la persecución penal, posterior a la aplicación del criterio de oportunidad; y, el segundo, es la característica de que la resolución que lo otorga no admite recurso alguno.

Digno de mención es el hecho que el otrora proyecto de nuestro Código Procesal Penal, ha servido de fundamento o referencia para la elaboración de los respectivos proyectos de las Repúblicas de Ecuador y El Salvador. El caso ecuatoriano nos presenta una regulación más detallada y en su artículo 34 el Proyecto de Código Procesal Penal para la República de Ecuador recoge el principio de oportunidad denominando a dicho artículo "Discrecionalidad". El artículo en cuestión regula como criterios de selección para prescindir de la acción penal los siguientes: 1) En los delitos llamados *de bagatela* y aquellos en los que el sindicado haya participado en forma mínima; 2) Cuando el imputado haya contribuido al esclarecimiento del hecho ilícito o haya procurado evitar la comisión del mismo; 3) Cuando el imputado haya sufrido las consecuencias de su propia acriminación; 4) Cuando la pena esperada sea mínima para el delito imputado. En cuanto a este proyecto, debe resaltarse que existe la posibilidad para el imputado de solicitar la aplicación del principio de oportunidad a su causa; asimismo, no se requiere de participación o consentimiento del agraviado (elemento subjetivo) ni tampoco la reparación o afianzamiento del daño causado (elemento pecuniario).¹⁶

¹⁶ En el capítulo siguiente, cuando se aborde la regulación vigente en la legislación guatemalteca, podrá apreciarse la concurrencia de los distintos elementos que componen el Criterio de Oportunidad.

En cuanto al caso salvadoreño, los supuestos de procedencia o criterios de selección para la aplicación del criterio de oportunidad son los mismos que contiene el proyecto ecuatoriano, pero se innova al establecerse en el artículo 22 que "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".¹⁷ En cuanto a particularidades propias de este anteproyecto, considero que, erróneamente, se ha eliminado la potestad del sindicado de solicitar para sí la aplicación de un criterio de oportunidad. Es erróneo pues se ha dejado al sindicado a merced del aparato judicial, desprovoyéndole además del ejercicio de la defensa material.

En cuanto al factor "discrecionalidad", vemos que, en cierta forma, es total para el fiscal; pues el juez nunca podrá aplicar o decretar un criterio de oportunidad sin que preceda un requerimiento de éste. En cuanto a esto último, es necesario confrontarlo con la legislación guatemalteca, pues, el artículo 286, párrafo tercero del Código Procesal Penal, establece que "El juez competente podrá requerir el dictamen del Ministerio Público sobre la conveniencia de aplicar algún criterio de oportunidad". Considero que aquí no se le está dando la facultad *per se* al juez para compeler al Ministerio Público a solicitarle la aplicación de un criterio de oportunidad; por el contrario, aquí estamos en presencia de una facultad discrecional del juez para sugerirle o "darle luces" al fiscal sobre la conveniencia de aplicarlo y evitar así un proceso innecesario. En mi parecer, si bien estamos frente al ejercicio de una facultad

¹⁷ Guzmán, Amada Victoria; LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL. Tesis de Graduación. USAC. Guatemala, 1994.

del juez ("podrá"), de ninguna forma podría deducirse de este artículo la posibilidad de que el juez aplique un criterio de oportunidad sin solicitar cuando menos la opinión del fiscal, pues, como ya se viera, esta potestad desjudicializadora le asiste estricta y específicamente al fiscal. Lo anterior se apunta ya que podría argumentarse que la redacción del citado artículo establece una facultad de requerir una opinión al Ministerio Público, más no la obligación de hacerlo; además, podría argumentarse que dicho dictamen no es vinculante; pero, como ya se vio, este es un caso de simple colaboración del juez en sugerirle o presentarle la opción al fiscal, con el objeto de desarrollar una mejor actividad procesal.

Subsección B. El caso anglosajón-norteamericano

El Derecho Anglosajón, sin lugar a dudas, presenta institutos, principios y normas de naturaleza muy distinta a los que posee el Derecho Procesal Penal Latinoamericano de origen romano-germánico. En el caso del proceso penal, aquél se rige plenamente por el sistema acusatorio. Sistemáticamente, dicho proceso funciona totalmente de forma oral y presenta como institución insignia a los jurados populares. De la misma forma, la organización jurisdiccional también se presenta en forma distinta, encontrando singularidades como los tribunales de distrito y la concurrencia en la Corte Suprema de Justicia de funciones de tribunal jerárquicamente superior y también como contralor de constitucionalidad.

Ahora bien, en cuanto al ejercicio de la acción penal, vemos que se encuentra regida por una amplísima disponibilidad por parte del fiscal titular de la misma. Acá estamos en presencia de lo que anteriormente denominamos "criterio de oportunidad en su forma discrecional". Pero ¿De dónde se origina esta práctica? Pues bien, según William Louthan "El ejercicio oficial de la discreción amplia (...) es por lo menos tan antigua como la experiencia colonial americana. El oficio americano de fiscal fue diseñado en el sistema tradicional de litigio penal privado en Inglaterra; el fiscal americano asumió el papel de acusador privado británico, y tal como el acusador privado tenía discreción en cuanto a procesar o no, igualmente el fiscal fue dotado con la misma discreción".¹⁸

Pero esta discreción no sólo quedó en la figura del fiscal, sino alcanzó al jurado, quienes la ejercieron al emitir sus veredictos. De la misma forma, "los jueces ejercieron gran discreción en la sentencia, reflejando, una vez más, una forma 'individualizada' de justicia (algunas veces, por ejemplo, imponiendo condenas ni siquiera señaladas por la ley). Que tales 'desviaciones' de la 'regla de la ley'¹⁹ fueran pensadas aún entonces para haber tenido un efecto normativamente benéfico lo evidencia la defensa de Thomas Jefferson del 'derecho de un jurado de invocar el sentir de la comunidad y a pasar por alto la ley o las instrucciones de un juez'.²⁰

¹⁸ Pinkete, Carl F. y Louthan, William C. DISCRECIÓN, JUSTICIA Y DEMOCRACIA. Noema Editores. México, 1986.

¹⁹ Rule of the Law o principio de legalidad.

²⁰ Pinkete, Carl F. y Louthan, William C. DISCRECIÓN, JUSTICIA Y DEMOCRACIA. Noema Editores. México, 1986.

Lo anterior nos presenta un panorama totalmente diferente, incluso de nuestra concepción del Derecho. La discrecionalidad que impera, provee al sistema norteamericano de una flexibilidad que, inclusive, puede llegarse a juzgar casos no contemplados en la legislación positiva; algo que en nuestro sistema jurídico es inconcebible, pues el implacable regir del principio de legalidad hace que, a quien lo intente o tan sólo lo piense, se le tenga por anatema.

Ahora bien, siguiendo con el estudio del sistema anglosajón-norteamericano, vale la pena preguntarse ¿Qué es discreción?. Siguiendo a Pinketele y Louthan, nos dicen que "Para algunos, la discreción es 'ley sin orden, la autoridad para tomar decisiones de acuerdo con el propio juicio... ', la 'desviación de las reglas legales'; en breve, 'carente de normas'. Otros, sin embargo, sostendrían que mientras la discreción puede referirse a un contexto de procedimiento de decisiones alcanzadas informalmente, no necesariamente implica que las decisiones se tomen sobre una base *ad hoc*, sin orden, y sin referencia a algún tipo de norma discrecional. Aquellos que sostienen el punto de vista anterior (que la discreción empieza donde las reglas terminan) también tiende a considerar los efectos de la discreción negativamente, argumentando que la discreción conduce a caprichos fortuitos al mínimo y muy posiblemente a modelos de favoritismo y discriminación.

Aquellos que sostienen el último punto de vista (que la discriminación es una forma informal pero rutinaria de justicia individualizada) también tienden a considerar los efectos de la discreción positivamente, argumentando que la discreción produce un

grado de flexibilidad en el sistema de justicia que es tan crucial para nuestras nociones de imparcialidad como lo son los principios del proceso debido y de igual protección”.²¹

En resumen, Pinkele y Louthan anotan que “la discreción ha sido un tema constante, tanto en la teoría como en la práctica, dentro de la política de la justicia penal en Estados Unidos. La tendencia en la literatura más reciente está alejada de la descripción empírica de la discreción como una ley sin orden (sin normas) y está alejada del juicio normativo cuyos efectos generalmente son nocivos. La tendencia cada vez más, es de reconocer que, en tanto que la *discreción* puede referirse a un contexto de procedimiento de decisiones alcanzadas informalmente, no necesariamente implica que las decisiones se tomen en una base ad hoc, sin orden y sin referencia a ningún tipo de norma guía. De hecho, los procesos informales de gestiones, negociaciones, estrategias y cambios de valores entre los participantes se consideran cada vez más como las prácticas anticipadas, de rutina y conductuales”.²²

Hasta ahora hemos considerado la naturaleza y funcionamiento de la discreción u oportunidad en el sistema norteamericano en un nivel genérico o macro. Es el turno de ocuparse en detalle de uno de los dos grandes protagonistas de los operadores de ese sistema jurisdiccional: el fiscal. No nos ocuparemos del estudio de la discreción ejercida por el juez por exceder la delimitación de la investigación.²³ Tampoco se hará énfasis en el caso del defensor, pues considero que su actividad está condicionada o

²¹ Op. Cit. Página 34

²² Op. Cit. Página 40

²³ Para indagar acerca de la discreción ejercida por el juez en la sentencia, el lector puede referirse a la obra citada de Pinkele y Louthan, páginas 98 en adelante.

supeditada a los dos sujetos procesales antes mencionados; su protagonismo sólo será en la medida de su habilidad o destreza para influir o lograr que, tanto el juez como el fiscal, accedan a sus peticiones o, en términos angloamericanos, *request* o *appeal*.

En el caso del fiscal, la discreción de procesar o no, es la potestad que le asiste "...para hacer valer las leyes selectivamente (no arbitrariamente). Empieza con la decisión de iniciar o declinar el enjuiciamiento y se extiende hasta la sentencia. En la selección de delincuentes y delitos la autoridad del fiscal es casi ilimitada".²⁴ La actividad del fiscal siempre la encontraremos identificada con una efectiva negociación, tal y como se realiza en el ámbito comercial; el fiscal tomará en cuenta una serie de factores objetivos (desde la capacidad en los centros penitenciarios hasta la carga de trabajo que en ese momento posea) para determinar la oferta que hará al convicto o sindicado. Si el fiscal ha estimado la posible participación del sindicado en el hecho delictivo, es muy común que le ofrezca el declararse culpable a cambio de lograr una condena muy atenuada o, inclusive, la excarcelación con el llamado servicio comunitario. La casi ilimitada discreción del fiscal podemos verla también en que, dentro de la gama de ofertas que pueda realizar al sindicado, puede inclusive ofrecer la llamada inmunidad para el caso de declarar en contra de otros partícipes.

Ahora bien, dentro de ese juego de ofertas que van desde el declararse culpable hasta el ofrecimiento de inmunidad, surge la interrogante de cómo poner límites a la discreción y "En la búsqueda de parámetros claramente definidos dentro de los cuales

²⁴ Op. Cit. Página 82. El paréntesis es propio.

pueda operar la discreción, uno debe abarcar tanto 'la necesidad de certeza, y coherencia en las decisiones de enjuiciamiento, así como ausencia de arbitrariedad por una parte, y la necesidad de flexibilidad, sensibilidad y adaptabilidad por la otra'.²⁵ Podemos también preguntarnos porqué ellos aplican en forma tan amplia la discreción en el ejercicio de la justicia penal; dicho análisis pondrá en relieve las bondades e inconvenientes en la aplicación de su sistema, el cual, sin lugar a dudas, si bien no es perfecto, ha demostrado en la práctica ser mucho más eficiente que los sistemas de justicia penal latinoamericanos.

Para el sistema norteamericano, "Las razones de hoy en día para la existencia continuada de la discreción son muchas. Primero, la excesiva penalización del código penal la requiere. Segundo, aun cuando se procurara la ejecución completa de las leyes existentes, los recursos actuales no permitirían su acatamiento. Tercero, la severidad de las sanciones penales en los Estados Unidos podría estimular el ejercicio de la discreción de procesamiento. Cuarto, los fiscales desean ganar. Quinto, las consideraciones de la ejecución de la ley apoyan la continua discreción de procesamiento. Sexto, la presión de la opinión pública es un factor muy difícil de evaluar."²⁶ Es importante ver cómo muchas de las razones antes mencionadas, si no todas, hacen eco en la realidad de nuestro sistema de justicia penal: la escasez de recursos, la excesiva penalización (o positivización, a la luz de la creencia que racionalmente se podrán preveer todas las conductas antisociales y éstas

²⁵ Lezak, Sidney I. y Leonard, Maureen; LA DISCRECIÓN DEL FISCAL: FUERA DEL SALÓN, NO FUERA DE CONTROL. Contenido en DISCRECIÓN, JUSTICIA Y DEMOCRACIA. Página 82

²⁶ Op. Cit. Páginas 83-85

materializarán el objetivo de la prevención general y el de la prevención especial), por mencionar algunas.

Toca ahora el turno de analizar cómo opera la discreción en el caso del fiscal norteamericano; es decir, mediante qué procedimientos la hace efectiva en la práctica. Es realmente impresionante para un sistema como el guatemalteco ver cómo se desenvuelve un fiscal norteamericano, antes de iniciar un juicio, durante él, e inclusive, una vez finalizado. Veamos un ejemplo para cada momento procesal. 1) Antes de iniciar el juicio: en un juicio de categoría federal, el fiscal puede tomar la decisión de arrestar; 2) Durante el desarrollo del juicio: el fiscal puede hacer recomendaciones al juez en el pronunciamiento de la sentencia, según su propia apreciación; 3) Después de realizado el juicio: luego de dictada la sentencia, el fiscal presenta un informe sobre la participación del sindicado durante el juicio; en él, el fiscal puede llegar a influir para que, al ejecutarse la condena, se transforme en libertad bajo palabra o hasta se incremente dicha condena. Un ejemplo de esta práctica lo tenemos en la sección 5K1.1 del Federal Sentencing Guidelines Manual, donde se establecen ciertos criterios a considerar cuando la fiscalía presente un sindicado que haya colaborado con la investigación o la persecución penal de otras personas: 1) evaluación de la corte sobre la utilidad de la colaboración del delator, tomando en cuenta la evaluación del fiscal; 2) veracidad y fiabilidad de cualquier información proporcionada por el delator; 3) la naturaleza y extensión de la colaboración; 4) cualquier daño o riesgo para el delator o su familia como consecuencia de su colaboración; 5) el momento de la colaboración del delator.

Sidney Lezak y Maureen Leonard, citando un reciente estudio de prácticas discrecionales en la realidad, encuentran que dos son las influencias más importantes en la decisión de llevar a cabo un juicio: "1) La política de la oficina y 2) La forma de revisar la decisión de cargo inicial".²⁷ Únicamente trataremos la política de la oficina, pues en ella se refleja la decisión del ejercicio o no de la acción penal. Para arribar a tal decisión es necesario desarrollar cuatro presupuestos fundamentales: El primero se llama *suficiencia legal* que es un proceso de depuración en el cual se determina la existencia de elementos de convicción suficientes para optar por abrir a juicio o no. El segundo presupuesto se le denomina *eficiencia de sistema* y consiste en la fiscalización o precisión en la organización, dirección y responsabilidad en la toma de decisiones; aquí, el fiscal indagará respecto a la disposición de las causas penales mediante el uso de vías alternas para el ejercicio de la acción penal. El tercero es la *rehabilitación del delincuente*. Es un proceso metapenal, pues no depende del sistema jurisdiccional en sí sino de la participación o asignación de recursos que haga la comunidad. Por último, el cuarto, es la *suficiencia de juicio* y éste requiere el máximo posible de elementos de convicción y la rápida consideración de opciones de procesamiento.

Para terminar, es importante incursionar por la discusión que plantea la limitación en el ejercicio de la discreción para el fiscal norteamericano. Los detractores fundan su argumento en la posibilidad del abuso en la toma de decisiones. Ellos, en lugar de discreción, hablan de discriminación. Exponen que el ejercicio desproporcionado en la

²⁷ Op. Cit. Página 87

discreción puede conllevar a distorsionar instituciones o valores consagrados en el seno social; en el ámbito estrictamente penal consideran que desnaturaliza el espíritu del ejercicio del *ius puniendi* o derecho de penalizar del Estado, adulterando con ello la intención de regular taxativamente los casos hipotéticos por medio del rígido principio de legalidad penal sustantivo, ya que, un funcionario distinto de los órganos jurisdiccionales, tiene la capacidad de decidir por sí cuál causa tendrá acceso a un juicio y cuál no. Como otro argumento se señala el peligro de que un sistema, de por sí ya riesgoso, sea operado por personas no idóneas o susceptibles de convertirlo en un instrumento inquisidor o de opresión para los particulares. También se tiene el peligro de la no sujeción a revisión de los actos discrecionales. Por último, se dice que muchas veces, en el ejercicio de la discreción, se suplanta una exhaustiva investigación por cuasi indultos otorgados en instancias no jurisdiccionales. Los opositores de la discreción sentencian su postura estableciendo que "...la discreción excesiva puede reprimir los intentos de mejorar el sistema de justicia penal".²⁸

Los que se pronuncian en pro de la discreción exponen que la valía de ésta tiene un nivel constitucional pues protege o es acorde a la presunción de inocencia de un individuo. Argumentan la necesidad de evitar aquellas causas o procesos en los cuales no existen los suficientes elementos de convicción para solicitar la apertura a juicio o los que se tienen puede determinarse *a priori* su carencia de valor probatorio, como por ejemplo, declaraciones de personas poco acreditadas. La presentan incluso como antítesis de la discriminación ya que el uso de la discreción favorecerá la atención

²⁸ Op. Cit. Página 90

personalizada en el ejercicio del derecho a la acción penal, dándose soluciones que satisfagan las propias peculiaridades de cada caso, creando con ello un sinnúmero de opciones para similar cantidad de disputas. El movimiento en favor de la discreción no niega los peligros del uso desmedido e irracional de ésta; afirman que la optimización de la persecución penal será definida en la medida en que nos acerquemos más al punto de equilibrio entre su abuso y su abolición; sin lugar a dudas, llegar a él será consecuencia de la aplicación de la máxima del sistema de frenos y contrapesos: que el poder limite al poder. Pero, ¿qué significa esto? La respuesta al equilibrio será establecida por la función legislativa en virtud de su potestad definidora del Derecho, estableciendo, en el caso de los entes estatales, su ámbito de accionar con sus correspondientes límites. En consecuencia, tanto en el sistema angloamericano como en el latinoamericano, el conflicto que pueda suscitarse entre la potestad jurisdiccional *–recaída en los tribunales de justicia–* y la potestad discrecional *–recaída en la fiscalía o Ministerio Público, en el uso de la titularidad de la acción penal pública–* será resuelto por la función legislativa²⁹ como tercero en discordia y no por un estira y encoge entre aquellos dos protagonistas, olvidándose que en el medio se encuentra la génesis de todo el ordenamiento jurídico: Un individuo, hasta ese momento inocente; y que, en la medida que no se resuelva tal disputa, será agobiado por la inseguridad jurídica que produce el no saber quién decidirá sobre su derecho de acción o su derecho de defensa, según fuere el caso.

²⁹ En el sistema norteamericano, esta función legislativa será la desarrollada por los órganos jurisdiccionales en el pronunciamiento de sus fallos, creando así la jurisprudencia o precedentes. En el sistema latinoamericano, sin excluir la jurisprudencia, la función legislativa será primordialmente la desarrollada por el Congreso o Parlamento, pero no en perjuicio del ejercicio de la discreción, sino ubicándolo entre el grado máximo (sistema norteamericano) o el mínimo (principio de legalidad).

Capítulo II

MARCO JURÍDICO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN GUATEMALA

Sección I. La Regulación Originaria en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, como Antecedente Mediato

El Código Procesal Penal de la República introdujo en su artículo 25 la aplicación práctica del principio de oportunidad, como ya se estableciera, como un mecanismo u opción para evitar la realización un proceso ordinario cuando ha mediado un deseo de no litigar. En cuanto a los supuestos de procedencia para aplicar el criterio de oportunidad, expresamente quedó establecido que “El Ministerio Público, con consentimiento del agraviado, si lo hubiere, y con 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 trate 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 el ejercicio de su cargo. 2) Cuando la culpabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima, salvo que se tratase 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 cuanto al procedimiento a observar para la aplicación del criterio de oportunidad, la parte final del citado artículo 25

estableció lo siguiente: "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 el tribunal podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso." En cuanto al artículo antes citado debemos hacer dos consideraciones: 1) La autorización del criterio de oportunidad podía estar a cargo de un juez de instrucción o un juez de paz, según fuere el caso donde se conociera la causa; tal es así que el artículo 44 del mismo código facultó a los jueces de paz a aplicar el criterio de oportunidad. 2) El primer caso de procedencia (delitos de poca trascendencia o poco frecuentes) para la aplicación del criterio de oportunidad fue el que se dio en llamar de "Bajo Impacto Social", dando con ello lugar a una polémica; se argumentaba la arbitrariedad de esa calificación pues lo que para algunos era delito de bajo impacto social, seguramente para el agraviado con tales delitos era algo de mucha trascendencia.

En la regulación que estamos tratando, encontramos dos incongruencias que en cierta forma dificultan su aplicación y funcionamiento: la primera, de tipo jurídico, la encontramos en el artículo 286 del Código Procesal Penal el cual establece la posibilidad de casos en que, no obstante la aplicación de un criterio de oportunidad, no caduque la persecución penal pública y ésta pueda reiniciarse. La incongruencia radica en que al aplicarse el criterio de oportunidad, el proceso necesariamente concluirá con el otorgamiento del sobreseimiento, el que, de conformidad con el artículo 330, cierra irrevocablemente el proceso en relación al imputado a cuyo favor se dicta,

inhibiendo una nueva persecución penal por el mismo hecho. De conformidad con los efectos que el Código le asigna al sobreseimiento, otorgado éste, no hay forma de que pueda reiniciarse nuevamente la misma causa, por lo que el artículo 286 viene a quedar totalmente fuera del contexto de la regulación originaria del criterio de oportunidad. Iniciar una nueva persecución por el mismo hecho que la ley ha declarado cerrado irrevocablemente constituiría una violación del derecho al *non bis in idem*. La segunda, de tipo práctico, la encontramos en que el mismo artículo 286 del Código Procesal Penal permite la aplicación del criterio de oportunidad hasta antes del comienzo del debate. Afirmando que es una incongruencia pues la naturaleza de esta institución claramente se encuentra orientada a detener la realización de un innecesario proceso ordinario y, según dicho artículo, podría llevarse a cabo toda la etapa de investigación, la etapa intermedia en su totalidad y entonces aplicar el criterio de oportunidad.

En cuanto a los elementos que configuran la regulación originaria del criterio de oportunidad, podemos clasificarlos así: 1) Elementos Subjetivos: a) ejercicio de la facultad discrecional del Ministerio Público para solicitarlo al juez; b) consentimiento del agraviado; c) autorización judicial. 2) Elementos Objetivos: a) supuestos legales de Procedencia (delitos de bajo impacto social, culpabilidad o participación mínima y el caso doctrinariamente llamado como pena natural); y b) reparación civil o su garantía a través de un acuerdo con el agraviado al respecto (también podríamos denominarlo como elemento pecuniario).

Por último, por ser la aplicación del criterio de oportunidad una resolución trascendental en cuanto a la continuidad o no del proceso, el Código Procesal Penal establece en su artículo 405 numeral 5) que serán apelables "...los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelvan: (...) 5) los que autoricen la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. También son apelables con efecto suspensivo los autos definitivos (...) dictados por los jueces de paz relativos al criterio de oportunidad." En cuanto a esto sólo debemos hacer dos consideraciones: la primera es que la resolución que otorga la aplicación de un criterio de oportunidad es un auto, pues no siendo una sentencia, es una resolución que pone final al proceso y, por supuesto, afecta el fondo del asunto. La segunda, es en cuanto al efecto suspensivo de la apelación; esto es una excepción a la regla general de que "Todas las apelaciones se otorgarán sin efecto suspensivo del procedimiento";³⁰ definitivamente se debe otorgar efecto suspensivo a la apelación pues está por dilucidarse la continuidad o no del proceso y, de resolverse en favor de interesado en beneficiarse con la aplicación del criterio de oportunidad, en vano se habría continuado con el conocimiento de los demás aspectos concernientes al mismo.

³⁰ Artículo 408 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Sección II. La Reforma Contenida en el Decreto 114-96 del Congreso de la República, como Antecedente Inmediato

En la sección que recién tratamos se analizó la regulación que originalmente contenía el Código Procesal Penal, tal y como entró en vigencia el día trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres. Algunos años transcurrieron cuando de pronto surgieron varias reformas al criterio de oportunidad; la primera reforma al criterio de oportunidad se realizó a través del Decreto 32-96 del Congreso de la República la cual no merece un estudio separado, pues no hace sino agregar un párrafo por medio del que se facultó a los jueces de paz para que autorizaran el criterio de oportunidad en aquellos municipios donde no hubiera juez de primera instancia; lo anterior, como veremos más adelante, fue nuevamente modificado y por ello esta primera reforma no es consustancial para el presente trabajo.

La segunda reforma, como si de un caso de emergencia se tratase, entró en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial. Es un hecho que, aunque no nos ocupa su discusión, no se puede obviar el contexto histórico o, mejor dicho, político en el cual se encontraba inmerso nuestro país en los últimos cuatro meses del año noventa y seis; es así como se da en llamar al Decreto 114-96 del Congreso de la República "Ley Jerez" pues, para los congresistas *–y la gran mayoría de la población–*, era sabido que se trataba de un Decreto para un destinatario con nombre y apellido: Javier Ortíz, alias "Jerez", el *lugarteniente* del recién capturado, en aquellos días, sindicado como jefe máximo del contrabando, Alfredo Moreno. Se dice que las circunstancias que rodearon la preparación del proceso penal en contra de

Alfredo Moreno hicieron que en realidad se careciera de contundentes elementos de convicción para lograr un categórico pronunciamiento de culpabilidad en su contra; ante este riesgo y la también reciente captura de su más cercano colaborador, surgió la idea de introducir a nuestra legislación la forma más común en que los fiscales norteamericanos negocian la libertad de un sindicado en perjuicio del encausamiento de otro, a cambio de declaraciones eficaces en contra de éste último.

En cuanto a la justificación y consideraciones de la emisión de esta segunda reforma al criterio de oportunidad, se pretende fundarlo³¹ en la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal, Decreto 70-96 del Congreso de la República. Nada más incongruente, jurídicamente hablando, que ello. Resulta que el Decreto 114-96 del Congreso de la República fue aprobado el veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis; fue publicado el dieciseis de diciembre y entró en vigencia el día posterior, es decir, el diecisiete de diciembre del mismo año. Por su parte, el Decreto 70-96 del Congreso de la República fue aprobado el veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y seis; fue publicado el veintisiete de septiembre del mismo año, pero no entró en vigencia sino ciento veinte días después³², es decir, el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y siete. La incongruencia se aprecia al tratar de responder a la siguiente interrogante: ¿cómo es posible que el Decreto 114-96 del Congreso de la República pretendió ser

³¹ Esto pues, al analizar el considerando segundo del Decreto 114-96, se infiere que dicho Decreto es un complemento al procedimiento de recepción de la declaración establecido en el Decreto 70-96 cuando, debido a las circunstancias, la autoridad encargada de la investigación se traslada a donde se encuentra el sujeto protegido que no puede o no quiere acudir al tribunal.

³² Cabe aquí la salvedad que, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 70-97, los artículos 20 y 21 del referido Decreto entraron en vigencia el mismo día de la publicación. Dichos artículos se refieren a la emisión de las disposiciones reglamentarias y administrativas para implementar los órganos creados en dicha ley.

sustentado en una ley hasta ese momento sin vigencia o, para efectos del caso, inexistente?, ya que el Decreto 70-96 del Congreso de la República, aunque anterior en aprobación, entró en vigencia sesenta y nueve días después que el Decreto 114-96 del Congreso de la República.

Es momento entonces de ocuparnos del análisis jurídico del Decreto 114-96 del Congreso de la República y para ello nos preguntamos ¿Qué introduce o modifica la reforma contenida en el Decreto 114-96 del Congreso de la República? La respuesta radica en la adición de un elemento objetivo, específicamente un supuesto de procedencia, al cual se le asigna procedimiento propio, así como particularidades que lo distinguen de los tres supuestos originalmente regulados. La adición expresamente establece: "4) El criterio de oportunidad se aplicará obligadamente a los cómplices o encubridores que presten declaración eficaz contra los respectivos autores de los delitos siguientes: Contra la salud (artículos del 301 al 312 del Código Penal), defraudación, contrabando (Ley contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, Decreto 58-90 del Congreso de la República), delito contra la hacienda pública (artículos del 358 "A" al 358 "D"; en realidad nuestro código penal no los denomina como delitos contra la hacienda pública sino contra el régimen tributario), contra la economía nacional (artículos del 340 al 347 "E" del Código Penal), contra la tranquilidad social (artículos del 398 al 407 del Código Penal), cohecho (artículos del 439 al 444 del Código Penal), peculado (artículos 445 y 446 del Código Penal) y negociaciones ilícitas (artículos del 449 al 452 del Código Penal).

Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal, respecto de los hechos sobre los que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores materiales e intelectuales de los mencionados delitos, a criterio y bajo la estricta responsabilidad del fiscal, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente. La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que corresponda a establecer la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo, debiendo éste comisionar en su caso con carácter de urgente al juez conforme la ley y el fiscal trasladarse al lugar donde la persona se encuentre, incluso a las fronteras del país, para realizar la diligencia³³. De los elementos que anteriormente establecimos como componentes del criterio de oportunidad, debemos decir *a priori* que los que configuran esta nueva forma o supuesto son los mismos que en la regulación originaria; digo *a priori* pues, la amplitud discrecional en el pedido del fiscal y la circunstancia de obligatoriedad para el juez en su otorgamiento, podría en un momento dado pesar sobre elementos como la reparación del daño causado o elemento pecuniario.

En cuanto a los elementos subjetivos, en la regulación originaria podía ser cualquier individuo que se encuadrara en el supuesto de procedencia. En esta reforma, el supuesto está definido por la calidad del sujeto; es decir, ahora, para poder acceder a este supuesto del criterio de oportunidad, necesariamente tenemos que estar

³³ Numeral 4) adicionado al artículo 25 del Código Procesal Penal por el Decreto 114-96 del Congreso de la República. El contenido de los paréntesis es propio.

en presencia de un sindicado como cómplice o encubridor de aquel o aquella persona que halla participado como autor de los delitos antes enumerados. Podemos también citar la inclusión de un elemento teleológico más definido, es decir, en la regulación originaria, la finalidad era simplemente desjudicializar. En cambio, en este nuevo supuesto, claramente vemos una orientación más utilitarista, pues la finalidad está orientada a la recepción de un medio de prueba a utilizar en otro proceso.

Una vez citada la reforma en cuestión, puede señalarse sus imprecisiones y aciertos. Bueno es, sin lugar a dudas, la inspiración de implementar un mecanismo que permita lograr la captura de los cabecillas o “peces gordos” del crimen organizado, a través de la declaración de sus colaboradores o cómplices. Pero, el deslumbramiento de esa buena idea, en ningún momento debe distraer nuestra atención de aquellos errores que fueron recogidos en el Decreto 114-96 del Congreso de la República. El primero, como una pequeña muestra, es el flagrante desconocimiento de las leyes vigentes. La reforma aquí analizada introduce una nueva aplicación de criterio de oportunidad para los cómplices o encubridores, entre otros, del delito de cohecho, que declaren contra los autores de dicho delito. En los días de discusión y aprobación de esta reforma, también se discutía y aprobaba el Decreto 103-96 del Congreso de la República, el cual contiene una serie de reformas al Código Penal; una de ellas, referida al delito de cohecho, establece que la persona que denuncie o colabore en la obtención de elementos probatorios de la comisión de este delito, quedará eximida de responsabilidad penal. Entonces, tenemos dos disposiciones referidas al mismo supuesto –*declaración contra el delito de cohecho*– determinando en un caso la

eximente para la responsabilidad penal, es decir, el no encausamiento por la no culpabilidad; mientras que en el otro establece la procedencia de la aplicación del criterio de oportunidad, es decir, el no encausamiento o el final de uno ya iniciado, por la concurrencia de solicitudes y autorizaciones para no litigar, pero nunca por no existir responsabilidad penal.

Otro aspecto a señalar es la obvia orientación política que esta reforma posee. Y este argumento se fundamenta atendiendo a la clase de delitos que se regulan para la aplicación de este nuevo supuesto de criterio de oportunidad, ya que en todos el común denominador en cuanto al agraviado, es que éste es el Estado. En aquel momento no se incluyó delitos que mantuvieron en zozobra al país entero como el secuestro y el asesinato. Por último, es importante señalar el calificativo que la reforma hace de cómplices o encubridores. El segundo de estos términos discrepa de la concepción que nuestro Código Penal contempla respecto las formas de participación en la comisión del delito. El Código Penal no conceptúa al encubrimiento como una forma de participación criminal; por el contrario, lo regula como una figura típica tan autónoma como el homicidio, las lesiones o la violación. Y, en cuanto al calificativo de cómplices, debemos considerar que la ley está definiendo una forma de participación criminal que únicamente en sentencia puede determinarse, la cual, en el momento de otorgarse el criterio de oportunidad (antes del inicio del debate), es aún inexistente por encontrarse protegida por el principio constitucional de presunción de inocencia.

Para una mejor comprensión de las distintas formas de participación criminal cito las definidas por Cuello Calón: 1) Autores: Es autor aquel que ejecuta el delito; su actividad permite la configuración de los elementos de cada figura típica. 2) Cómplices: además de los hechos realizados por el autor, se encuentran otros hechos secundarios que contribuyen o auxilian a la perpetración del delito, pero, por sí mismos, no constituyen los elementos y características propias del delito. 3) Encubrimiento: es la ocultación de los partícipes del delito o los elementos utilizados en su perpetración. Se presenta también en la colaboración con los presuntos partícipes, sea ocultándolos, obstaculizando su captura o aprovechándose de las ventajas económicas proporcionadas por la comisión del delito; pero, en todo caso, realizando actos posteriores a la comisión del delito y con conocimiento de causa.³⁴ En conclusión, el autor es el que, con su intervención, permite la concurrencia de los elementos particulares de cada delito; el cómplice será el que intervenga con actos anteriores o simultáneos para auxiliar la ejecución del delito; y, por último, el encubridor (independientemente de su concepción como partícipe o figura típica) es el que, con actos posteriores y conociendo la comisión del delito, colabora con los autores o cómplices facilitando su ocultación o la de elementos del delito, oculta pruebas, etc. Dichas figuras las encontramos en el código penal en los artículos 35 al 40; y, la figura del encubridor, del artículo 474 al 476.

³⁴ Cuello Calón, Eugenio: DERECHO PENAL. Tomo I (Parte General), Volumen segundo. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1981. En cuanto a considerar o no partícipe al encubridor, nuestra legislación sigue la doctrina alemana e italiana, al conceptuar el encubrimiento como una figura típica por considerársele como una lesión a la administración de justicia. La doctrina española considera al encubridor como un partícipe; en ciertas excepciones, como el encubrimiento con ánimo de lucro, ha sido regulado como una figura típica autónoma.

Sección III. La Regulación Vigente, Consecuencia del Decreto 79-97 del Congreso de la República

Nos ocupa ahora el análisis de la última reforma a la regulación del criterio de oportunidad en Guatemala, la cual se constituye como la normativa vigente en la actualidad. El Decreto 79-97 del Congreso de la República surge en un momento de ansia social ante señalamientos de inoperancia de los operadores del sistema de justicia penal: Ministerio Público, juzgados y tribunales, policías y sistema penitenciario. Sin lugar a dudas, en aquel momento el pulso entre la delincuencia y la justicia parecía perderlo irremisiblemente ésta última. Es así como, en un afán de salvación, se introduce a la legislación una serie de mecanismos tendientes a descongestionar los órganos jurisdiccionales, a hacer celero el trámite del proceso penal, a optimizar la obtención de elementos de convicción en contra de los sindicados; en definitiva, acudir en auxilio de nuestro tambaleante nuevo proceso penal.

En el caso del Decreto 79-97 del Congreso de la República necesariamente debemos iniciar su análisis desde los razonamientos o consideraciones que fundaron su génesis. El primer considerando respalda los argumentos expuestos en el párrafo anterior pues hace eco de la demanda y necesidad de justicia, así como de la satisfacción a tales requerimientos sociales. En el segundo considerando empezamos a encontrar ya indicios de desconocimiento o quizá imprecisiones técnicas las cuales, aunque cualquiera pudiera pasarlas como formalismos de tipo gramatical o semántico, son las que al final de cuentas vienen a fundamentar la ineficacia práctica de muchas de nuestras instituciones y regulaciones jurídicas; por ejemplo, el referido considerando

claramente llama a nuestro sistema penal como "acusatorio". Nada más lejos de la realidad, pues pareciera desconocerse la mixtura que contiene nuestro proceso penal — quizá más inclinado o tendiente al antiguo sistema mixto-inquisitivo—; asimismo, el sistema acusatorio, tal y como se le conoce en la actualidad, se identifica con el regente en Estados Unidos de Norteamérica, el cual, como ya se viera, posee una serie de principios e institutos distintos a los que inspiran a este nuestro código, repito, mixto-moderno.

Otra imprecisión en la que se cae aquí es definir nuestro proceso como oral, cuando en realidad solamente es una de todas sus etapas la que se desarrolla en esta forma, es decir, el juicio o debate (desde luego, existen injertos de oralidad en otras fases procesales como la realizada por la última reforma al Código Procesal Penal en la fase intermedia del proceso); el mismo Código Procesal Penal regula la forma en que deben plantearse escritos como la acusación, la querrela, solicitudes de coerción personal en contra del imputado, etc.

El tercer considerando nos habla del ejercicio de la acción penal en plazos razonables, algo que en nuestro caso es utopía o un sueño que la innegable realidad no nos permite acceder. En el caso del cuarto considerando, se hace mención de la importancia que debe dársele a la víctima de un hecho delictivo y se establece que la prisión preventiva se aplicará en los casos de delitos más graves y cuando el autor necesite de rehabilitación. En cuanto a esta última consideración, hay un punto que evidencia el desconocimiento al momento de legislar: la aplicación de la prisión

preventiva en ningún momento se define por la magnitud del delito cometido, pues, de conformidad con los artículos 259 y 260 del Código Procesal Penal, los presupuestos para dictarla son la información sobre la comisión de un hecho delictivo, la creencia racional de la participación del sindicado, el peligro de fuga y peligro de obstaculizar la investigación y jamás podría pensarse en ésta como un anticipo de pena; aquí nuevamente el legislador comete un error ya que técnicamente es inconcebible valorar la necesidad de rehabilitación en un momento procesal prematuro y a todas luces inconstitucional, pues la rehabilitación será un tema a considerar en una persona ya sentenciada. Jamás podemos hablar de tal rehabilitación cuando simplemente tenemos una posible imputación.

Por último, el considerando quinto recoge la importancia en el reconocimiento de nuevas formas u opciones para la resolución de conflictos, las cuales entre otras finalidades, buscan el resarcimiento civil o pago de los daños y perjuicios; como veremos más adelante, esto es algo que no podrá lograrse en el caso de otorgarse el criterio de oportunidad en el supuesto incorporado como numeral 4 en el Decreto 114-96 del Congreso de la República (en la reforma aquí analizada es numeral 6 del Decreto 79-97 del Congreso de la República).

¿Cómo se encuentra entonces regulado el criterio de oportunidad en la actualidad? Pues bien, la reforma estudiada inicia con una nueva clasificación del ejercicio de la acción penal; mantiene las tres formas: pública, privada y mixta (pública dependiente de instancia particular o de autorización estatal) pero innova en incluir

dentro del procedimiento para juzgar faltas a los delitos contra la seguridad de tránsito y los que principalmente sean sancionados con multa. Asimismo, amplía la tipificación para los casos de delitos mixtos y privados.³⁵

Ya en cuanto al criterio de oportunidad, el otrora único artículo de la regulación originaria ha sido transformado en cinco nuevos artículos (del artículo 25 al artículo 25 *Quínquies*) los cuales, en su orden, regulan los supuestos de procedencia, los requisitos para aplicación, el procedimiento de conciliación, la innovación de la mediación y la condición de aplicación en única ocasión.

A continuación, cito la regulación vigente de los supuestos objetivos o de procedencia: "**Artículo 25. Criterio de oportunidad.** Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes: 1) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión; 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular; 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años. Los jueces de paz conocerán de las solicitudes planteadas por el Ministerio Público o los síndicos municipales cuando la pena privativa de libertad del hecho imputado no supere los tres años de prisión. Cuando la pena a solicitar estuviere comprendida entre más de tres años hasta cinco, la solicitud a que se refiere este numeral será planteada al Juez de Primera Instancia. 4) Que la

³⁵ Todo lo relativo a la clasificación de la acción pública se encuentra regulado desde el artículo 24 al 24 *Quáter* del Código Procesal Penal.

responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;

5) Que el inculcado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada; 6) **El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro. Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto a los hechos que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esa oportunidad el sobreseimiento correspondiente. La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a su cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo. Si el fiscal tuviere que trasladarse, el juez de primera instancia que controla la investigación, con carácter urgente y conforme a la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia"** (el resaltado es propio).

Los supuestos de procedencia citados son el resultado de la reorganización que ha tenido la acción penal, dando paso a que el criterio de oportunidad se aplique principalmente en aquellos casos en los que el particular pueda disponer del ejercicio de su derecho a encausar a un sindicado (delitos de acción privada). En el aspecto penológico, los parámetros se han flexibilizado y ha dado paso a la posibilidad de aplicación en aquellas causas en las que el delito perseguido no tiene señalada como pena la prisión y, de tenerla, que el pedido del Ministerio Público o síndico municipal³⁶ en el caso concreto no supere los cinco años; en este supuesto se introduce la dualidad de conocimiento jurisdiccional pues, si el pedido de prisión no supera los tres años, lo decidirá un juez de paz y, si lo excede hasta el límite de cinco años, lo decidirá un juez de primera instancia. En el caso de los supuestos de pena natural y culpabilidad o participación mínima no han sufrido modificación. Ahora bien, en el caso que nos ocupa –*el numeral 6-* podemos mencionar como variaciones la ampliación de las figuras delictivas en las que declarar contra sus partícipes permite la aplicación del criterio de oportunidad, pues se recoge la repudia contra la “ola” de plagios o secuestros incluyéndose estos delitos para poder recibir declaraciones en contra de los verdaderos causantes de este caos y su consecuente captura y enjuiciamiento. También ha variado en cuanto al funcionario judicial que lo autoriza pues se deduce del texto legislativo que en este supuesto únicamente puede autorizarlo un juez de primera instancia.

³⁶ De conformidad con el artículo 85 del Decreto 40-94 del Congreso de la República. Ley Orgánica del Ministerio Público, “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.”

Especial mención debe hacerse respecto del último párrafo del artículo 25 *Bis* del Código Procesal Penal. Como se recordará, dentro de la regulación originaria del criterio de oportunidad se habló de la incongruencia jurídica que presentaba dicho artículo dentro del contexto normativo; pues bien, la reforma aquí analizada corrige dicho error otorgando al decretamiento del criterio de oportunidad efectos de archivo temporal. El Decreto 79-97 del Congreso de la República establece que, en los casos del numeral 1 al 5 del artículo 25 del Código Procesal Penal, el proceso se archivará por un término de un año, pasado el cual, si se han observado las prescripciones de conducta impuestas, entonces si se tendrá por extinguida la responsabilidad penal del beneficiado. Con esta nueva incorporación sí hace sentido el texto del artículo 286 párrafo segundo del Código Procesal Penal, debido a que la aplicación del criterio de oportunidad ya no supone el sobreseimiento del proceso y consecuente extinción de la responsabilidad penal, pues de vulnerarse las condicionantes o normas impuestas sí puede reiniciarse o reactivarse dentro de aquel término el proceso. Queda a salvo de lo anterior, como veremos a fondo en adelante, el caso del numeral 6, el cual quedó regido bajo los efectos del sobreseimiento una vez otorgado el criterio de oportunidad bajo ese supuesto.

La reforma contenida en el Decreto 79-97 del Congreso de la República, además de tener las imprecisiones cometidas en la reforma anterior, también introduce innovaciones. En cuanto a los errores cometidos, persiste en utilizar calificativos que sólo en sentencia pueden determinarse. En efecto, denomina *a priori* "autores" a aquellos sindicados contra quien declara el beneficiado con el criterio de oportunidad

en el numeral 6; este calificativo, como ya mencionara con anterioridad, es incierto al momento procesal de otorgarse este beneficio desjudicializador. En cuanto a las innovaciones, especial mención merece la que introduce en el procedimiento de autorización del criterio de oportunidad, el cual se dilucida por medio de una audiencia conciliatoria y su resolución, en el caso de los primeros cinco supuestos de procedencia, será hasta la resolución que cierra la etapa o procedimiento intermedio.³⁷ Introduce también la alternativa de, en caso de delitos de acción privada, mixta y cuando proceda el criterio de oportunidad, dilucidar discrepancias ante centros de conciliación o mediación y así contribuir a descongestionar los tribunales ordinarios.

Por último, se regula que el otorgamiento del criterio de oportunidad será por una sola vez si se refiere al mismo sujeto y figura típica imputada; por ejemplo, si a alguna persona se le sindicara la comisión del delito de robo y se ha autorizado la aplicación del criterio de oportunidad, en ningún otro momento en que a esta persona se le vuelva a sindicarse por robo podrá otorgársele el mencionado beneficio.

³⁷ La regulación concerniente a la resolución del criterio de oportunidad ha sido adicionada por el mismo Decreto 79-97 del Congreso de la República y se encuentra desde los artículo 345 *bis* al 345 *quáter*.

Capítulo III

DEFICIENCIAS SUSTANCIALES DEL MARCO JURÍDICO DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Sección I. Ineficacia práctica para el resarcimiento civil y la aplicación de la justicia

Anteriormente se hizo mención al hecho del resarcimiento civil o reparación del daño causado al agraviado con ocasión de la comisión del delito, como un elemento indispensable al momento de que el juez considere la autorización del criterio de oportunidad. Tan cierto es lo anterior que el artículo 25 *Bis* del Código Procesal Penal establece que "Para aplicar el criterio de oportunidad en los numerales 1 al 5 establecidos en el artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento..."³⁸ Es tan importante la concurrencia de este elemento patrimonial que no es necesario que exista un particular directamente como agraviado, pues, en ausencia de éste, se tendrá como tal a la sociedad y a ésta deberá repararse el daño o garantizar su resarcimiento en el plazo máximo de un año. Aún más, no interesa que quien repare los daños no esté en disponibilidad de recursos suficientes, ya que tiene la alternativa de retribuir el daño social con la prestación de servicios a la comunidad en alguna actividad determinada por el tribunal a cargo. Ahora bien, todo lo anterior parece magnífico en los casos del numeral 1

³⁸ Considero que la reparación civil no se limita a los daños causados, sino que se extiende al perjuicio o lucro cesante. Lo anterior pues, en el artículo 10 del Decreto 32-96 del Congreso de la República, Reformas al Código Procesal Penal, se amplía lo concerniente al ejercicio de la acción civil a los perjuicios, ya que originalmente solo contemplaba a los daños.

al 5 del citado artículo 25 Bis. Pero, ¿Qué sucede con el caso del numeral 6?, ¿Acaso el beneficiado (delator) con el criterio de oportunidad, al declarar en contra de su coparticipes (delatados), no se ha señalado a sí mismo como partícipe? Entonces, ¿No tiene el beneficiado también una responsabilidad patrimonial para con el agraviado, sea un particular o la sociedad?

El resarcimiento del daño o perjuicio causado al agraviado, por interpretación *contrario sensu* ha quedado excluida como elemento indispensable para el otorgamiento del beneficio del criterio de oportunidad. Lo anterior, no obstante ser reconocido por la doctrina jurídica y recogido en nuestra legislación desde su regulación originaria en el Decreto 51-92 del Congreso de la República y ratificada a lo largo de sus reformas, salvo el Decreto 114-96 del Congreso de la República, el cual, al introducir el nuevo supuesto de procedencia del criterio de oportunidad, cae en cuanto a lo relativo al resarcimiento. En ese orden de ideas, apelando a su contexto, finalidad y espíritu, podría tenerse un argumento para rebatirlo y así evitar que el beneficiado no sea desligado o relevado de la reparación del daño causado.

Resulta incongruente la forma en que el Decreto 79-97 del Congreso de la República desfasa un supuesto de procedencia de las directrices que todo el marco de regulación contemplaba. Al prescribir tajantemente la reparación del daño como un requisito esencial para la aplicación del criterio de oportunidad en los numerales 1 al 5 del artículo 25, parecería obvio *—al intérprete en su sentido contrario—* que para el numeral no mencionado no lo ha requerido. Pero, ¿Por qué? Es incomprensible y contra toda

doctrina del resarcimiento civil que en el numeral 6, habiendo un agravio, un responsable de éste y un agraviado, no pueda lograrse la restitución de las cosas a su estado anterior a la comisión del delito. Podría pensarse que la respuesta está en la finalidad de este nuevo supuesto de procedencia. Como ya indicáramos, la finalidad acá es lograr un medio de prueba en contra de otra persona y por ello, en el enjuiciamiento de ésta persona será donde deduciremos las responsabilidades del caso.

Aún así, considero que va contra toda justicia que si alguien ha causado un daño y perjuicio, por declarar supuestamente en forma eficaz en contra de sus copartícipes, no sólo vea extinguida la responsabilidad penal para el delito cometido, sino que también se le releve de su obligación de retribuir o compensar al agraviado, sea un particular o la sociedad. Por si esto fuera poco, podríamos ilustrar lo anterior con el ejemplo de la comisión de delitos que permiten la adquisición de bienes en forma indebida o con recursos provenientes del crimen; la inexistencia de la obligación civil hace que no exista una persona legitimada para que, en ausencia de reparación, persiga procesalmente el patrimonio de su agresor. Entonces, tenemos a un individuo libre de responsabilidad civil, penal y que además puede disfrutar libremente los bienes presumiblemente mal habidos. Desde luego, esto último necesariamente nos hace pensar en la figura del comiso y la confiscación de bienes. En cuanto a la confiscación, al indagar en nuestro ordenamiento jurídico acerca de esta figura, inmediatamente nos confrontamos con nuestra Constitución Política de la República, la cual, en su artículo 41, establece en forma expresa que "Se prohíbe la confiscación de bienes...". Ya con esta normativa no se necesita buscar algún otro fundamento jurídico, pues la Constitución Política de la República nos lo impide al

poner un alto insorteable. En cuanto al comiso, lo encontramos regulado en el artículo 60 del código penal y 198 y 201 del Código Procesal Penal y prescribe la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que se hubieren cometido.

En todos los delitos listados para la aplicación del criterio de oportunidad en el supuesto de análisis, el agraviado es el Estado, salvo por el secuestro, por lo que el comiso supondría una medida coherente para resarcirse del agravio causado. Un caso crítico puede presentarse en dicha excepción cuando ha sido pagado el rescate. En él, tenemos un particular directamente agraviado y de aplicar la figura del comiso, dicho rescate (o los bienes adquiridos con el mismo) iría a parar a las arcas nacionales, cuando a la luz de toda lógica jurídica debería ser restituido a su propietario, es decir, el agraviado. Considero que una reforma en este sentido podría ser oportuna para contribuir con el ejercicio del derecho a la restitución del patrimonio extraído al agraviado, procurando, inclusive, la persecución de aquél patrimonio traspasado a terceras o interpósitas personas. Desde luego, esto último, teniendo el cuidado de no caer en la figura de la confiscación, la cual prohíbe nuestra constitución.

Sección II. Inconvenientes que genera la realización de la prueba anticipada

Dentro de todo el procedimiento que involucra otorgar el criterio de oportunidad con ocasión del supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal,

llama poderosamente la atención un hecho fundamental en cuanto al tiempo, procesalmente hablando: cuándo o en qué etapa del proceso se realiza la prueba anticipada y cuándo o en qué etapa será valorado el resultado obtenido en ésta. En cuanto a las etapas, diremos que nuestro proceso penal suele dividirse en cinco etapas, luego del respectivo acto introductorio³⁹. 1) El procedimiento preparatorio; 2) El procedimiento intermedio; 3) El juicio; 4) Las impugnaciones; y 5) La ejecución. De todas ellas, sólo en el procedimiento preparatorio y el intermedio puede hablarse del procedimiento de prueba anticipada para la aplicación o autorización del criterio de oportunidad. Dichas etapas están a cargo de un juez de instrucción o de primera instancia y la función de este órgano jurisdiccional unipersonal será de contralor de la juridicidad de todos aquellos actos que, por un lado, tengan por objeto recabar elementos de convicción de cargo o descargo para el o los sindicatos cuya causa se investiga, sea por el acusador público (Ministerio Público) o privado (Querellante adhesivo); y, por otro, tiendan a determinar o no el enjuiciamiento final del sindicado. En cuanto a la valoración de la pruebas, sabemos que será realizada en la finalización de la etapa del juicio por el Tribunal de Sentencia.

Las interrogantes antes planteadas nos dan como respuesta una dualidad jurisdiccional, en la cual, un juez de instancia pareciera involucrarse en un procedimiento de valoración, competencia del tribunal de sentencia. Esta intromisión, por así llamarla, se produce por que el numeral 6 de los casos de procedencia del criterio de oportunidad

³⁹ Actos introductorios son todos aquellos por medio de los cuales se inicia un proceso por ocasión de haber sido puesto en conocimiento de uno de los operadores del sistema de justicia la noticia de la comisión de un hecho delictivo; estos actos pueden ser: la denuncia, la querrela, la prevención judicial y la investigación judicial autónoma.

requiere la emisión de un juicio de valor previo a su otorgamiento. Dicho juicio de valor consiste en la determinación de eficacia en la declaración del beneficiado (delator); eficacia para determinar la responsabilidad penal en contra de aquellos sujetos contra quien declara (delatados).

Ahora bien, veamos cómo deben valorarse entonces las pruebas. El sistema de valoración probatoria adoptado por nuestro proceso penal es la libre convicción (según varias corrientes doctrinarias como la española) o sana crítica racional (sana crítica razonada para nuestro legislador), y se encuentra regulado en el artículo 186 y 385 del Código Procesal Penal. Este sistema "...establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige (...) que las conclusiones a que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica*, de la *psicología* y de la *experiencia común*. La otra característica de este sistema es la necesidad de *motivar* las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las *razones* de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas"⁴⁰. De conformidad con la descripción de nuestro sistema de valoración probatoria, podemos afirmar, por varias razones, que no es posible aplicarlo a la valoración requerida en el dicho del beneficiado para la aplicación del criterio de oportunidad en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal, pues contraviene

⁴⁰ Cafferata Nores, José I: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. Segunda Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994.

lo dispuesto en los artículos 186 y 385 antes mencionados; si no podemos aplicar la sana crítica razonada no podemos aplicar ningún otro sistema antojadizamente.

No se adapta, pues en este caso no podemos hablar de convencimiento del juez, ya que, con el pedido del fiscal, el juez está obligado a aplicar el criterio de oportunidad requerido.⁴¹ No se adapta tampoco por que el juez que practica la diligencia de la prueba anticipada, en ningún momento entra en un contacto valorativo con los restantes medios de prueba como para poder determinar la eficacia de la declaración, vulnerando así el principio de la inmediación, según el cual, el juez (desde luego, el que resolverá el proceso), con su presencia, debe presidir toda diligencia probatoria. Esta cercanía no solo es física del juez en la diligencia, sino también es cercanía para con los demás sujetos procesales y los demás elementos de prueba para ejercer la contradicción. En definitiva, en el momento procesal donde se realiza la diligencia de prueba anticipada no puede determinarse la eficacia de la declaración del beneficiado, ya que la última palabra la tendrá el tribunal de sentencia en la fase de deliberación, luego de presenciar la reproducción de las pruebas junto al resto de los sujetos procesales.

Y, por si fuera poco, tampoco se adapta por que ante la eventualidad o inseguridad en el valor de la declaración, el Código Procesal Penal en el mismo numeral 6 establece que la mencionada eficacia estará bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, según

⁴¹ Considero que tal constreñimiento a la voluntad del juez es inconstitucional por violar la potestad jurisdiccional garantizada en nuestra Constitución Política. Fundo mi opinión en el pronunciamiento de inconstitucionalidad que la Corte de Constitucionalidad hiciera respecto al artículo 320 del Código Procesal Penal en la frase que reza "...con base en el requerimiento fiscal...". En opinión de los magistrados de dicha Corte, aquí "...se da violación a la independencia e imparcialidad judicial con que deben actuar los jueces...". La sentencia corresponde al expediente 929-96 de la Corte de Constitucionalidad y fue publicada en el diario oficial el 20 de marzo de 1997.

la efectiva investigación del fiscal. Esto parece inaudito pues ni siquiera es un funcionario jurisdiccional quien decide sobre la eficacia de la declaración, sino que es el fiscal a cargo de la investigación. Desde luego, en ningún momento insinúo que para poder obtener una verdadera declaración eficaz se opte por desestimar el procedimiento de prueba anticipada; de ninguna manera, ya que la naturaleza jurídica de ésta, hacer constar hechos o circunstancia que no podrán reproducirse en el juicio o debate, le hace idónea para asegurar un medio de prueba eventualmente trascendental para el juicio. Considero que, en lugar de hacer recaer sobre el fiscal la tarea de valorar la declaración del beneficiado, mejor sería darle al juez la libertad de decidir sobre la procedencia del criterio de oportunidad, tal y como sucede en los primeros cinco supuestos de procedencia. El ejercicio de esta facultad le permitirá al juez únicamente analizar la concurrencia de los presupuestos esenciales de procedencia (elementos subjetivos, pecuniarios, objetivos, etc.) y circunscribirse a garantizar la conservación de un medio de prueba y no verse así en la obligación de eximir de responsabilidad penal al beneficiado (delator) en una fase procesal tan prematura. Digo esto pues, al apartarse de la homóloga regulación el supuesto contenido en el numeral 6, los presupuestos para la aplicación del beneficio ya no son los mismos y, por el constreñimiento de la voluntad del juez, todo se reduce prácticamente a la emisión de un juicio de valor por parte del fiscal.

Para terminar la presente sección, una vez visto lo concerniente a la valoración, es necesario responder ¿Qué es lo que estamos valorando? Es decir, ¿Qué tipo de declaración es la que presta el beneficiado o delator? Pues bien, al momento de la recepción de la declaración, seguramente podremos etiquetarla como indagatoria,

independientemente si el beneficiado se encuentra vinculado en una causa propia o en la misma de aquel contra quien declaró. La interrogante, para efectos de valoración, persiste al momento de ser introducida en el debate. Estrictamente hablando, podemos decir que estando la declaración contenida en una acta, debe ser introducida por lectura como cualquier documento. Ahora bien, podríamos preguntarnos qué sucedería si para el caso de la reapertura del debate, el Tribunal de Sentencia requiriera la presencia del delator para ser indagado sobre algún aspecto en particular. En este caso necesariamente estamos frente a un órgano de prueba y ¿acaso no son órganos de prueba sólo el testigo y el perito —y en casos excepcionales el imputado, cuando se trata de su cuerpo? Considero que en este caso el beneficiado tendría que ser llamado como un testigo ya que no puede ser llamado como sindicado en una causa ajena.

Para el caso ordinario, es decir, cuando el Tribunal de Sentencia tiene en sus manos el acta de declaración del beneficiado, hay que preguntarse cómo analizará el valor probatorio de la misma. Sin lugar a dudas, al aplicar las reglas de la sana crítica, los principios de la recta razón les dirán que deben concurrir una serie de elementos para poder apreciarla. Considero que estos requisitos son los mismos que definen el estudio de la prueba testimonial ya que no pueden ser los de la declaración del sindicado (indagatoria) al no estar ésta sujeta a examen alguno por el hecho de ser posible cambiarla en cualquier momento del proceso⁴². Por tanto, considero que, si bien la declaración del beneficiado no es testimonial, sí debe apreciarse como tal por ser el

⁴² Podemos decir que la declaración indagatoria prácticamente sólo está sujeta a la observancia de los derechos constitucionales de defensa del sindicado: presencia de un abogado, imputación e intimación, no obligatoriedad de declararse culpable, etc.

examen particular de ésta el único aplicable en el presente caso. La declaración indagatoria de un sindicado no tiene un formato de análisis particular como sí lo tiene la testimonial.

Sección III. De la valoración integral de la declaración del beneficiado y el sobreseimiento como consecuencia necesaria de la aplicación del criterio de oportunidad

Una vez establecido el porqué denominar declaración testimonial a la prestada por el beneficiado o delator (para efectos de su valoración), tenemos que, a lo largo de la historia, ésta se ha visto afectada o limitada por el antiguo aforismo *testis unus testis nullus*, según el cual la declaración de un solo testigo no puede ser suficiente para arribar a un categórico convencimiento en la sentencia. Este es alguno de los múltiples factores que comprueban la fragilidad de este medio de prueba (manipulación del testigo, alteración mental, dificultad en la percepción, etc.), por lo que, según José Cafferata Nores, se hace imperioso un particular análisis valorativo. Si bien es cierto, ésta, al igual que todas las pruebas, se valoran en nuestro proceso penal de conformidad con la sana crítica razonada, también es cierto que requerirá de un análisis particular previo a interrelacionarse con las demás.

La actividad judicial en la valoración particular de la prueba testimonial deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas: "1) Con relación (...) a la *fidelidad* de la *percepción* y de la *transmisión* de lo percibido, es preciso reparar en las siguientes

circunstancias: A) Se deberá evaluar el *desarrollo* y la *calidad* de las facultades mentales del testigo, ya que la inmadurez o las perturbaciones de ellas afectarán la credibilidad. B) Obviamente, el funcionamiento de los *sentidos* también tendrá importancia. C) Asimismo, habrá que reparar en las *condiciones* en que se produjo la percepción, pues factores tanto físicos como psíquicos pueden afectar la fidelidad. D) No se debe descuidar, tampoco, las características del *objeto percibido*. E) Las condiciones de la *transmisión* de lo percibido también habrá que tomarlas en cuenta. 2) Con relación a la *sinceridad* del testimonio, son de significativa importancia las siguientes consideraciones: A) Es preciso descubrir si no hay algún *interés* que pueda influir sobre la voluntad del deponente, u otras *circunstancias* que influyendo en su ánimo puedan hacerlo apartar, conciente inconcientemente (sic), de la verdad. B) El *control* de la declaración es sumamente eficaz para evaluar la veracidad del testigo. 3) Será necesario, además, luego de la valoración *individual* de cada testimonio, cotejarlo con el *resto de las pruebas* reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatorias.”⁴³

Se hará énfasis en el numeral 3 mencionado anteriormente, es decir, el cotejo de la declaración con las restantes pruebas recabadas en el proceso, para poder entonces hablar del segundo tipo de análisis: el integral. En cuanto a ese estudio integral de las pruebas, tenemos que su confrontación en conjunto se le conoce como método general del examen crítico, el cual viene a ser la piedra angular o fundamento para la aplicación de la sana crítica razonada. La aplicación práctica de este método tiene, en palabras de François Gorphe, tres partes, a saber: “1) Fijar, cuando no descubrir (...) los diversos

⁴³ Op. Cit. Página 113

elementos de prueba. 2) Confrontar esos diversos elementos unos con otros, verificarlos cuanto sea posible o, al menos, apreciar su verosimilitud. 3) Juntar y entrelazar todos los elementos pertinentes en un conjunto sintético, coherente y concluyente; es decir, en un estado que permita sacar de ellos una conclusión en uno u otro sentido (en caso de duda, la conclusión debe ser favorable al detenido o acusado). Los diversos procedimientos, ya sean jurídicos, técnicos, lógicos o sociológicos, por esenciales que resulten, no podrán, en los casos reales, por poco complicados que sean, proporcionar un resultado verdaderamente significativo, probatorio y seguro, sino una vez sometidos a un método crítico de conjunto: método que se aplica de manera diferente a cada medio de prueba; pero que, al mismo tiempo, debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficientemente sistemático para desprender las relaciones entre todos los elementos. De tales relaciones surgirá la prueba final de la culpabilidad o la inocencia".⁴⁴

El texto de François Gorphe, sin lugar a dudas, ilustra la tarea primaria de un juez: averiguar la verdad. Para ello, en ocasiones, deberá determinar la existencia misma de elementos de prueba tangibles; otras veces tendrá que acudir a indicios que le permitan, a partir de un hecho conocido, arribar al conocimiento de otro no conocido. La confrontación y verificación que menciona el autor es la que el Código Procesal Penal le ha asignado al juez de instancia, es decir, contralor judicial de la legalidad, pertinencia y relevancia de los elementos de prueba emanados durante investigación. Por último, en cuanto a la reunión y entrelace del resultado aportado durante la investigación, será incorporado el razonamiento lógico y jurídico del juzgador. Este aporte permitirá la

⁴⁴ Gorphe, François; APRECIACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS. Librería TEMIS Editorial. Bogotá, Colombia. 1985.

integración de los diferentes argumentos y elementos de prueba congruentes, pues es muy poco probable que uno solo sea el fundamento de la sentencia; la reunión de todos ellos revelará una conclusión más aneja a la verdad histórica que se investiga.

Una vez analizada la valoración particular e integral de las pruebas, vemos que no todo termina ahí. La tarea valorativa del juzgador culminará necesariamente con el convencimiento que en lo personal le produzcan los elementos probatorios. Es decir, la valoración de las pruebas es una de las actividades judiciales que se plasman en la sentencia; dicha actividad viene a complementarse con la decisión particular del tribunal de sentencia respecto a la forma en que sus integrantes son convencidos con los distintos elementos de convicción, directos o indirectos, que de las pruebas emanen. Es así como debemos hablar de los estados intelectuales del juzgador, los cuales, tanto la doctrina como la práctica judicial, reconocen como aquella posición que el juzgador tomará respecto a determinado acontecimiento, a partir de las pruebas que disponga. Como variantes de dichos estados, según Cafferata Nores, tenemos a la verdad (correcta adecuación en la idea que se tiene de un objeto y lo que en realidad es), la certeza (firme convicción de estar en posesión de la verdad), la duda (posición intermedia por la igual concurrencia de elementos positivos y negativos) y la probabilidad (inclinación en sentido positivo o negativo por la concurrencia, según fuere el caso, de elementos positivos o negativos).

La aplicación del criterio de oportunidad, en el supuesto que nos ocupa, supone una decisión de desvincular a un sindicado de un proceso por el hecho de haber

declarado en contra de sus copartícipes; dicha aplicación requiere, a mi parecer, una decisión fundada en la certeza, tal y como se tratase de una decisión de condena; la trascendencia de tal estado intelectual será en función que dicha declaración efectivamente contribuirá a la condena pero de aquellos a quienes se ha incriminado.

En el caso objeto de este estudio no puede lograrse tal estado de seguridad por varias razones: 1) La única forma que la ley permite para valorar las pruebas es la sana crítica razonada; sistema que, como ya se viera en la sección anterior, no es posible aplicarlo en el resultado obtenido de la diligencia de prueba anticipada al no existir libre convencimiento; 2) El estado intelectual de certeza únicamente puede obtenerse al considerar todos los elementos de convicción en su conjunto; 3) El resultado de la prueba anticipada consistirá únicamente en la transcripción objetiva de un acontecimiento (la recepción de una declaración) sin que en ella pueda ser posible la inserción de un juicio de valor o la percepción particular del juez o del fiscal a cargo de la investigación; de haber un juicio de valor, podemos decir que éste únicamente quedará en la mente del juzgador o fiscal, es decir, fuera de toda constancia procesal, siendo virtualmente imposible su incorporación al trasladarse las actuaciones al correspondiente Tribunal de Sentencia para su utilización en el fallo; y 4) Por más eficaz que fuera la declaración vertida en la prueba anticipada, en ningún momento podemos inferir de ella la culpabilidad de aquellos a quienes se ha sindicado (delatado); si así fuera, les tendríamos por culpables antes del pronunciamiento de la sentencia en su contra, violando con ello su derecho al debido proceso. Entonces, analizar aisladamente el resultado de la prueba anticipada simplemente nos puede dar una probabilidad o duda. Por tanto, a partir de la

prueba anticipada, en ningún momento puede inferirse o concluir que proporcionará seguridad, no solo en cuanto a la veracidad de la declaración, sino también en cuanto a su eficacia para lograr la condena de los involucrados. Distinto fuera si se tratase de la decisión de procesamiento o enjuiciamiento donde la duda o la probabilidad pueden hacerlo viable.

Si el fin ulterior buscado por quien se acoge al criterio de oportunidad es la *evasión legal* de un inminente proceso penal en su contra o su desvinculación a uno ya iniciado, necesariamente debemos contar con un instrumento idóneo para tal fin. El sobreseimiento es la institución procesal que hace viable la desvinculación a un proceso para el beneficiado; figura que garantiza el olvido de su persecución penal para siempre jamás. El sobreseimiento, según reza el artículo 330 del Código Procesal Penal, "...cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado en cuyo favor se dicta, inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas de coerción motivadas por el mismo." A partir de tal cita, definirlo sería innecesario, pues los efectos que le atribuye la ley nos dan una panorámica bastante amplia respecto de sus alcances; no obstante, es necesario analizar ciertas particularidades.

El primer efecto *-cerrar irrevocablemente el proceso-* llama poderosamente la atención si se entrelaza con el anterior estudio sobre la valoración de la declaración del beneficiado. Me refiero al hecho que la declaración *presumiblemente* eficaz (como un elemento de prueba de cargo) se interrelacione con un sin fin de pruebas de descargo. Quizá un ejemplo más dramático ilustre mejor este punto: ¿Qué resultado obtenemos de

confrontar la declaración de "A", en prueba anticipada, incriminando a "B" la comisión de un delito en Guatemala, si éste último propone como nueva prueba, al inicio del debate, la acreditación fehaciente de su ausencia del territorio nacional en la época de la comisión del delito? Será en ese momento cuando se descubra la inoperancia que produce que un juez de primera instancia atribuya validez a un medio de prueba que en definitiva, el tribunal de sentencia será el que decida sobre su suerte; no por ser la prueba documental (certificación de la Dirección de Migración, por ejemplo) superior a la declaración testimonial. El tribunal de sentencia se inclinará por aquel elemento de prueba del cual pueda obtener indicios más fuertes, lógicos o coherentes y, a su vez, le produzcan un convencimiento mejor fundado: en el presente ejemplo, sin lugar a dudas, la prueba documental prevalecerá.

Ahora bien, tenemos una prueba que se pensaba podría ser eficaz pero, en la sentencia, no lo fue. Eso nos lleva a considerar el segundo efecto del sobreseimiento: inhibir una nueva persecución penal por el mismo hecho. Valiéndonos del ejemplo anterior podríamos preguntarnos qué sucederá con el beneficiado que declaró, al final de cuentas, en forma ineficaz o, en el peor de los casos, sencillamente sorprendió a las autoridades judiciales. La respuesta es muy sencilla: nada. Esto se debe al derecho al *non bis in idem*⁴⁵ que se encuentra detrás de este segundo efecto. A diferencia de lo que sucede en los primeros cinco supuestos de procedencia del criterio de oportunidad contemplados en el artículo 25 del Código Procesal Penal, donde su consecuencia

⁴⁵ Nadie puede ser perseguido penalmente en más de una oportunidad por el mismo hecho. Este derecho no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución Política de la República, pero, por el artículo 44, no está excluido de protección. Si se encuentra regulado en el artículo 8 numeral 4) de la Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José"; y, en el Código Procesal Penal, está regulado en el artículo 17.

procesal es la disposición del archivo de la causa por el término de un año, en el caso objeto de este estudio, como ya se viera, la consecuencia es el sobreseimiento, el cual implica no solo la extinción de la persecución penal sino también de la responsabilidad penal. Esto significa que no habrá poder o instrumento legal alguno que permita iniciar o reabrir una persecución penal en contra del beneficiado o delator; hacerlo supondría la violación de normas constitucionales.

El tercer efecto, *-el cese de toda medida de coerción, sea real o personal-*, tiene una gran trascendencia en lo que al elemento patrimonial del criterio de oportunidad se refiere. Dentro de esta cesación tenemos el levantamiento de embargos, intervenciones, órdenes de arraigo, prisión preventiva, medidas sustitutivas, etc. Esto quiere decir que toda providencia cautelar dictada para garantizar los resultados del proceso iniciado o por iniciar en contra del beneficiado (delator) cesa desde el momento en que se otorgue el criterio de oportunidad y todos aquellos bienes susceptibles de respaldar el pago de las responsabilidades civiles quedan protegidos por la misma inmunidad que impide una nueva persecución por el mismo hecho en contra del beneficiado. Como se recordará, la regulación vigente del criterio de oportunidad ha relevado tácitamente, a quien se acoge al supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal, de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados o, cuando menos, de alcanzar un acuerdo con el agraviado a ese respecto; por lo que ahora tenemos dos parapetos que no solo impiden el ejercicio del derecho del agraviado a accionar civilmente, sino que garantizan la no afectación del patrimonio del beneficiado (delator).

Qué pues diremos, ¿Debería eliminarse el supuesto de procedencia del criterio de oportunidad contenido en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal? De ninguna manera. A lo largo del presente trabajo no se ha buscado poner en tela de juicio los esfuerzos realizados en pro de una efectiva administración de justicia. Se ha querido señalar las imprecisiones que adolece la implementación de una figura jurídica innovadora como lo es el criterio de oportunidad, específicamente el último de sus supuestos de procedencia.

No sería correcto que luego del anterior análisis obviáramos las bondades de una innovación como lo es el criterio de oportunidad. En los primeros cinco supuestos de procedencia el beneficio será definido por la economía procesal y se traducirá en el descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales de aquellas causas penales que pueden tener una solución satisfactoria para las partes intervinientes sin necesidad de acudir a un proceso penal completo. En el caso del supuesto contenido en el numeral 6, definido básicamente por políticas criminales, su beneficio se traduce en la incursión a fondo de las organizaciones criminales donde los principales dirigentes son, con mucha razón, llamados "intocables".

Desde luego, ninguna actividad humana escapa de la imperfección y la actividad legislativa y judicial no son la excepción. Es así como pretendo exponer los desaciertos mencionados a lo largo de la presente investigación, haciendo énfasis en que la gran mayoría de ellos son cometidos por desconocimiento de nuestra legislación, de las instituciones implementadas e, inclusive, hasta de nuestra idiosincrasia. No es malo

implementar instituciones jurídicas que la historia u otras naciones han comprobado su bondad; lo que no está bien es copiar algo que, más que incorporarlo o adecuarlo, resulta siendo un injerto como si se tratase de la novela Frankenstein de Mary Shelley. Importar una institución jurídica, como cualquier otra, requiere un estudio serio que pondere principalmente las diferencias culturales entre nuestro país y aquél de donde se trae la innovación; algo que no se ha hecho en el caso del criterio de oportunidad analizado en el presente trabajo, pues además está señalar que es una institución de origen anglosajón que no se ha ajustado a nuestro sistema jurídico. No quiero decir con esto que lo que ha funcionado en naciones muy avanzadas no pueda funcionar en Guatemala. Todo lo contrario. Puede funcionar siempre y cuando ubiquemos en su justa dimensión cada uno de los factores colaterales, sean sociales, económicos, políticos, culturales y jurídicos; y de todos ellos, por ningún motivo ponderar lo político en perjuicio de lo jurídico, pues además está también decir que el Derecho debe y deberá estar antepuesto a la política.

CONCLUSIONES

1. No es posible determinar la eficacia de la declaración prestada para la aplicación del criterio de oportunidad en el supuesto contenido en el artículo 5 numeral 6 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, por las razones siguientes: 1) Procesalmente hablando, nos encontramos en una etapa prematura para determinar la eficacia de un medio de prueba. La prueba anticipada que recoge dicha declaración solamente puede ser recibida en la etapa preparatoria o en la intermedia del proceso penal y la oportunidad para asignar el valor probatorio a todo elemento de prueba es en la deliberación que define la sentencia. 2) Jurisdiccionalmente hablando, el único órgano facultado para determinar la eficacia de un medio de prueba es el tribunal de sentencia. En la prueba anticipada no es posible emitir tal juicio de valor ya que es llevada a cabo por un juez de primera instancia y, en ella, simplemente se resguarda un medio de prueba que no será posible reproducir en el debate.
2. La declaración prestada para la aplicación del criterio de oportunidad en el supuesto contenido en el artículo 5 numeral 6 del Decreto 79-97 del Congreso de la República simplemente proporciona una probabilidad de eficacia para lograr la condena de aquel o aquellos en contra quienes se ha declarado. Dicha probabilidad, en la sentencia, debe ser confrontada con los restantes elementos de prueba obtenidos a lo largo del proceso penal, para que, de conformidad con el método general de examen crítico, se determine su eficacia.

3. Si llegásemos a considerar que al prestar su declaración el beneficiado, esta será eficaz para lograr la condena de aquellos en contra quienes declara, entonces, desde ese momento, tendríamos por condenados a los delatados, vulnerando así su derecho constitucional a la legítima defensa y el debido proceso.

RECOMENDACIONES

1. El ejercicio de la función discrecional por parte del Ministerio Público debe tener parámetros legales claramente definidos, pues de lo contrario, cada fiscal tendrá en sus manos libertad en despenalizar aquellas conductas que a su parecer no deban ser objeto de persecución penal y obviamente el fiscal no puede ejercer las funciones del legislador.
2. La aplicación del criterio de oportunidad, en el supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal, en lugar de tener como ulterior efecto la disposición del sobreseimiento, debería tener como tal el archivo temporal de la causa, permitiendo así su reinicio en aquellos casos en los que no se logró eficacia con la declaración prestada en contra del delatado, por el beneficiado (o delator); y, por consiguiente, durante ese lapso, debería permitirse la afectación del patrimonio de este último, para tener una garantía de solvencia en las responsabilidades civiles causadas.
3. Para la aplicación del criterio de oportunidad en el supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal, cuando se trate de una causa por el delito de secuestro, debería regularse que el comiso, en lugar de ser a favor del Estado, debería ser para restituir al agraviado por ser este a quien debe restituirse el patrimonio extraído.

4. Previo a otorgarse el criterio de oportunidad en el supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal Penal, debería exigirse, cuando menos, la caución de las responsabilidades civiles causadas con ocasión del hecho delictivo al agraviado.

5. La implementación de una figura jurídica foránea debe ser objeto de un estudio exhaustivo sobre las posibilidades de viabilidad que tenga en nuestro ordenamiento jurídico. Esto significa que debe considerarse su adaptación o el impacto a causar en el aspecto económico, social, político, cultural y, principalmente, el legislativo en todo su contexto.

ANEXOS

REGULACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN EL DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Artículo 25. Criterio de oportunidad. El Ministro 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 el tribunal podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso.

NUEVO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD ADICIONADO POR EL DECRETO 114-96 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

ARTICULO 1. Se reforma el artículo 25 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, adicionándole el numeral 4, el cual queda así:

4) El criterio de oportunidad se aplicará obligadamente a los cómplices o encubridores que presten declaración eficaz contra los respectivos autores de los delitos siguientes: Contra la salud, defraudación, contrabando, delito contra la hacienda pública, contra la economía nacional, contra la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas.

Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal, respecto de los hechos sobre los que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores materiales e intelectuales de los mencionados delitos, a criterio y bajo la estricta responsabilidad del fiscal, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobresumimiento correspondiente.

La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que corresponde a establecer la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo, debiendo éste comisionar en su caso con carácter de urgente al juez conforme la ley y el fiscal trasladarse al lugar donde la persona se encuentre, incluso a las fronteras del país, para realizar la diligencia.

REGULACIÓN VIGENTE DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD (DECRETO 79-97 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA)

ARTICULO 5. Se reforma el Artículo 25, reformado por los Artículos 3 y 1 de los Decretos números 32-96 y 114-96 del Congreso de la República, respectivamente, el cual queda así:

Artículo 25. Criterio de oportunidad. Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del accusado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercer la acción penal en los casos siguientes:

- 1) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
- 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
- 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años. Los jueces de paz conocerán las solicitudes planteadas por el Ministerio Público o los síndicos municipales cuando la pena privativa de libertad del hecho imputado no supere los tres años de prisión. Cuando la pena a solicitar estuviere comprendida entre más de tres años hasta cinco, la solicitud a que se refiere este numeral será planteada al Juez de Primera Instancia.
- 4) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;
- 5) Que el inculcado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada;
- 6) El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o sustracción. Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos.

Dejo a cargo de la responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establezca en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente.

La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo. Si el fiscal tuviera que trasladarse, el juez de primera instancia que controla la investigación, con carácter urgente y conforme la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia.

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

BIBLIOGRAFÍA

A.- Textos Doctrinarios

- Barrientos Pellecer, César; DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. Magna Terra Editores. Guatemala, 1993.
- Binder, Alberto M; INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Ad-Hoc, S.R.L. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- Bovino, Alberto; TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO. F&G Editores. Guatemala, 1996.
- Cafferata Nores, José I; LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. Segunda Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- Cuello Calón, Eugenio; DERECHO PENAL. Décimo octava edición. Tomo I (Parte General), volumen segundo. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1981.
- Dayenoff, David Elbio; DEFENSAS PENALES Y ACTUACIONES PROCESALES EN EL NUEVO PROCESO ORAL. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- D'albora, Francisco J; CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- Donna, Edgardo Alberto y Maiza, María Cecilia; CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- García Ramírez, Sergio; JUSTICIA PENAL. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

- García Valencia, Jesús Ignacio; LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1996.
- Goerphe, François; APRECIACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS. Librería Temis Editorial. Bogotá, Colombia. 1985.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Ahumada, Vicente. DERECHO PROCESAL PENAL. Novena edición. Artes Gráficas y Ediciones, S.A. Madrid, España. 1981.
- Pinkele, Carl F. y Louthan, William W; DISCRECIÓN, JUSTICIA Y DEMOCRACIA. Noema Editores. México, 1986.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Editorial Cárdenas. México, 1991.

B.- Tesis

- Flores Yanes, Enio Hediberto; APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL CONTENIDA EN EL DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Tesis de Graduación. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1994.
- Guzmán, Amada Victoria; LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN MATERIA PENAL. Tesis de Graduación. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1994.

C.- Diccionarios

- Cabanellas, Guillermo; DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo I. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1989.
- Real Academia Española; DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Espasa Calpe, S. A. Madrid, España. 1995.

D.- Publicaciones

- Cafferata Nores, José I; LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. (CRITERIOS Y FORMAS DE SELECCIÓN). Conferencia del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1995.
- Hassemer, Winfried; LA PERSECUCIÓN PENAL: LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD. Conferencia del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1995.
- Ministerio Público de la República de Guatemala. MANUAL DEL FISCAL. Publicado por la Unidad Conjunta MINUGUA/PNUD. Guatemala, 1997.

E.- Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", aprobada mediante el Decreto 6-78 del Congreso de la República.
- Decreto número 17-73 del Congreso de la República. Código Penal.
- Decreto número 2-89 del Congreso de la República. Ley del Organismo Judicial.
- Decreto número 51-92 del Congreso de la República. Código Procesal Penal.
- Decreto número 40-94 del Congreso de la República. Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Decreto número 32-96 del Congreso de la República. Reformas al Código Procesal Penal.
- Decreto número 70-96 del Congreso de la República. Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia.
- Decreto 103-96 del Congreso de la República. Reformas al Código Penal.
- Decreto número 114-96 del Congreso de la República. Reformas al artículo 25 del Código Procesal Penal.
- Decreto número 79-97 del Congreso de la República. Reformas al Código Procesal Penal.
- Ley 23.984 del Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Código Procesal Penal de la Nación.
- Federal Sentencing Guidelines Manual. 1998 Edition.