

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



**NECESIDAD DE LIMITAR LEGALMENTE
LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN DE LOS JUECES
DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS DELITOS
DE NARCOACTIVIDAD**

JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO

GUATEMALA, JUNIO DE 2007

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

**NECESIDAD DE LIMITAR LEGALMENTE LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN
DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS DELITOS DE
NARCOACTIVIDAD**

TESIS

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

Por

JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2007.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Lemus Orellana
Vocal: Licda. Gloria Pérez Puerto
Secretario: Lic. Otto Marroquín Guerra

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Carmen Díaz Dubón
Vocal: Lic. Víctor Manuel Soto
Secretaria: Licda. Marisol Morales Chew

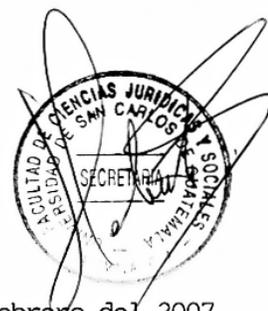
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de la licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Elder Algeo Morales Aldana

Abogado y Notario

11 Av. 13-63, zona 1, Ciudad Guatemala.

Tel. 2251 8073



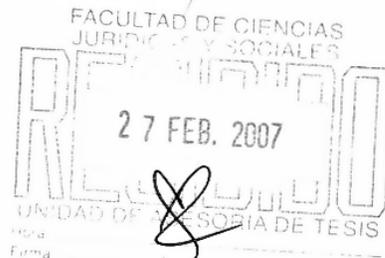
Guatemala, 07 de febrero del 2007.

Licenciado

Bonerge Amilcar Mejia Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.



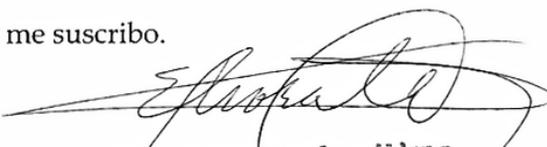
Señor Decano:

De conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con fecha veinticuatro de enero del dos mil siete, en el que se dispone nombrar al suscrito como ASESOR de tesis del Bachiller Jhony Adolfo Gutiérrez Castillo, quien elaboro el trabajo intitulado "NECESIDAD DE LIMITAR LEGALMENTE LA FACULTAD DE TIPIFICACION DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS DELITOS DE NARCOACTIVIDAD".

En la presentación del trabajo, se formularon varias sugerencias al bachiller Jhony Adolfo Gutiérrez Castillo, las cuales fueron tomadas en cuenta para la presentación final del presente trabajo, por lo cual estimo que el problema planteado en dicha investigación es evidente, y el estudio realizado se encuentra debidamente estructurado y denota la aplicación en forma correcta de las técnicas de investigación.

En razón de lo expuesto, el suscrito es de la opinión que el trabajo de tesis del bachiller Gutiérrez Castillo, reviste especial importancia y cumple con los requisitos reglamentarios establecidos para ser aceptado, en consecuencia, se emite DICTAMEN FAVORABLE, para que se sirva de base en el Examen Publico de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo.



Elder Algeo Morales Aldana
Abogado y Notario

Licenciado Elder Algeo Morales Aldana
Asesor de Tesis
Colegiado 3139



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiocho de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) OTTO WALTER GUDIEL GODOY**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JHONY ADOLFO GUTIERREZ CASTILLO**, Intitulado: **“NECESIDAD DE LIMITAR LEGALMENTE LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS DELITOS DE NARCOACTIVIDAD”**.

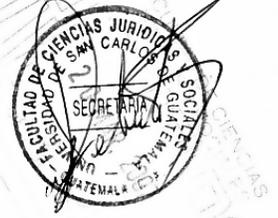
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Otto Walter Gudiel Godoy
Abogado y Notario
11 Av. 13-63, zona 1
Ciudad Guatemala.



Guatemala, 15 de marzo del 2007

Lic. Bonerge Amilcar Mejia Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Me es grato saludarle por medio de la presente y además hacer de su conocimiento que por resolución de fecha veintiocho de febrero del año dos mil siete en la cual que se nombrar al suscrito como REVISOR del trabajo de tesis del Bachiller Jhony Adolfo Gutiérrez Castillo, y para lo cual informo:

El postulante presento el tema de investigación intitulado "NECESIDAD DE LIMITAR LEGALMENTE LA FACULTAD DE TIPIFICACION DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS DELITOS DE NARCOACTIVIDAD".

De la revisión practicada al trabajo de tesis presentado por el bachiller Gutiérrez Castillo, puede establecerse que el contenido técnico y científico del mismo se ajusta a los requisitos exigidos por las disposiciones correspondientes, y se dirige a analizar la necesidad de una reforma integral a la ley contra la narcoactividad a efecto de limitar la facultad de los jueces al tipificar los delitos relativos a la narcoactividad, el cual fue realizado con adecuada metodología y correctas técnicas de investigación, ya que en el mismo se establece un orden lógico de investigación.

Por lo que es mi opinión el APROBAR el trabajo de investigación realizado por el bachiller Gutiérrez Castillo por las razones antes indicadas, así como que en las conclusiones arribadas son acertadas en la investigación y las recomendaciones realizadas son idóneas para la resolución del problema presentado, así mismo se establece la correcta aplicación de las normas de redacción en la tesis, por lo que se emite DICTAMEN FAVORABLE, para que se continúe con el tramite respectivo a efecto de culminar el presente trabajo de tesis.

Sin otro particular, deferentemente.

Licenciado Otto Walter Gudiel Godoy
Revisor de Tesis
Colegiado 3709

Otto Walter Gudiel Godoy
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de abril del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO, Intitulado "NECESIDAD DE LIMITAR LEGALMENTE LA FACULTAD DE TIPIFICACIÓN DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS DELITOS DE NARCOACTIVIDAD" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh





DEDICATORIA

- A MIS PADRES:** Desiderio Gutiérrez Arias (Q.E.P.D.) y Blanca Estela Castillo Fuentes, quienes con su esfuerzo y dedicación son los principales autores del presente logro.
- A MIS HERMANOS:** Por su amor y apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** Sin mencionar a alguien en especial ya que todos y cada uno de ellos, de un modo u otro han sido fuente de inspiración, apoyo y ánimo durante el transcurso del día a día.
- A MI UNIVERSIDAD:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A MI FACULTAD:** Ciencias Jurídicas y Sociales, por las lecciones profesionales y de vida ahí aprehendidas.



INDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El delito.....	1
1.1 Elementos positivos.....	7
1.2 Elementos negativos.....	14
1.3 Leyes penales especiales	30
1.4 Los delitos relativos a la narcoactividad	31

CAPÍTULO II

2. Jurisdicción y competencia	35
2.1 Antecedentes	35
2.2 Diferencia entre jurisdicción y competencia	38
2.3 Clases de competencia	41
2.4 Juzgados de primera instancia de narcoactividad	44

CAPÍTULO III

3. El proceso penal.	47
3.1 Procedimientos penales.....	47
3.2 El procedimiento común.....	49
3.3 El auto de procesamiento	60
3.4 La prisión provisional	61



CAPÍTULO IV

4. La tipificación	63
4.1 Análisis general.....	63
4.2 Momento procesal de tipificar la conducta en Código Procesal Penal.....	83
4.3 Deficiencias en la Regulación de los delitos de Narcoactividad ...	86
4.4 Deficiencias en la forma de tipificación actual en delitos de narcoactividad.....	89
4.5 Necesidad de modificar el momento y la forma de tipificar los delitos de narcoactividad	96
4.6 Ventajas y desventajas de la propuesta contenida en la tesis	98
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	105



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata sobre la realidad del país, la actual corrupción e inseguridad que prevalece, así como un Organismo Judicial en un estado de olvido por los demás organismos; el crecimiento del crimen organizado y la relación directa que tiene este con el narcotráfico, son algunas de las circunstancias que fundamentan el problema planteado en la presente tesis.

La amplia facultad que nuestra legislación le da al juzgador para encuadrar las conductas delictivas en las normas típicas contenidas en la ley especial contra la narcoactividad; es otro elemento de nuestra investigación, ya que de por no estar debidamente reguladas en sus elementos da una gran libertad para que sea el “criterio” del juzgador el que decida el elemento subjetivo de la conducta (sus intenciones) del sujeto agresor de la ley.

En la actualidad los jueces de primera instancia que conocen delitos relativos a la narcoactividad son susceptibles de presiones al momento de conocer estos delitos, por lo que la norma vigente no contiene mecanismos suficientes para evitar dichas presiones, dando libertad al juzgador para calificar la conducta del infractor de entre una variedad de delitos de distinta naturaleza y gravedad.

Fuerón de mucha ayuda los métodos analítico y sintético; el primero, porque deben estudiarse las instituciones jurídicas involucradas, el delito y sus



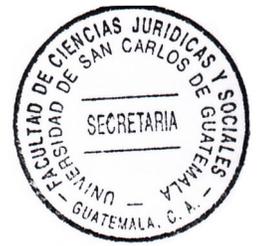
elementos, los principios del proceso penal, la tipicidad y otras; y el segundo al analizar los elementos que contiene cada uno de ellos. Además el inductivo y sintético, entre otros; se realiza un análisis exhaustivo a fin de comprobar la hipótesis formulada, presentando posibles soluciones con el fin de solventar el problema presentado. Lo anterior en utilización a la técnica de observación ya que los delitos relativos a la narcoactividad se dan en nuestra sociedad de una manera continúa.

El contenido es una pequeña reseña de lo que es el delito y sus elementos, con base a las diversas teorías de autores reconocidos como Muñoz Conde, Bacigalupo y Manuel Osorio que explican dicha conducta antijurídica así como el procedimiento que se sigue a los infractores de las leyes penales, todo esto con la finalidad de que el lector comprenda las normas que tipifican a los mismos y el procedimiento y función del juzgador dentro del sistema de justicia, para lograr una mejor comprensión del problema presentado y que al final de la misma se dé cuenta de que el problema es real, actual y de gran trascendencia para la sociedad.

Al final de la investigación, se presenta un análisis del problema presentado, a efecto de presentar las posibles soluciones a dicho problema; que son factibles de existir voluntad política por parte de los funcionarios responsables de la legislación, siendo simples y sencillas las acciones a tomar para cumplir con dicho fin, al hacerse una reforma integral a la legislación relativa a la narcoactividad, con el fin de limitar la facultad de los jueces al momento de tipificar las figuras relativas a la narcoactividad.



Se busca proponer una solución al problema presentado en el sentido de legislar en cuanto a los aspectos que no son claros y completos en la legislación analizada; esto para coadyuvar el desarrollo del derecho guatemalteco y, especialmente el derecho penal; fortaleciendo las normas jurídicas que protegen a la sociedad guatemalteca de los delitos que comprenden la narcoactividad.



CAPÍTULO I

1. El delito

La base del presente trabajo de investigación, consiste en establecer que es DELITO, para lo cual existe una diversidad de criterios para definirlos como podemos mencionar entre otros:

Criterio legalista;

Criterio filosófico;

Criterio natural sociológico;

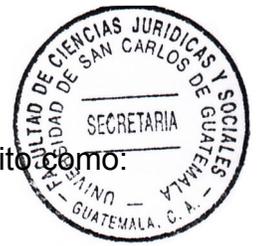
Criterio técnico - jurídico.

De dichos criterios podemos precisar que no existe una unificación de criterios para dar una definición de lo que es delito, por lo que a continuación se citaran las definiciones mas aceptadas:

Una definición de delito ampliamente conocida nos indica: “la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.”¹

Enrique Bacigalupo, profesor titular de derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, define delito desde el punto de vista prejuridico como: “perturbación grave

¹ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 4.



del orden social.” Definiendo delito desde el punto de vista de la Teoría del Delito como:

“Acción típica, antijurídica y culpable.”²

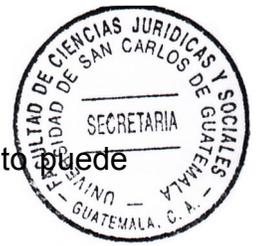
Manuel Osorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sSociales define el término delito de la siguiente manera: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.³

Los conceptos de los siguientes tratadistas fueron citados por los autores Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela en su libro Derecho Penal Guatemalteco. “Luis Jiménez de Asúa: [el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella]. José María Rodríguez Devesa: “El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena.” Raúl Carrancá y Trujillo; “El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal.” Sebastián Soler: “El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal.” Carlos Fontán Balestra: “El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.”⁴

² Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Pág. 19.

³ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 123.

⁴ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág.136.



De lo anteriormente indicado se establece que así mismo el concepto de delito puede fijarse desde diferentes puntos de vista como lo son:

Concepto formal: Delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona como una pena.

Concepto sustancial: es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal.

Concepto dogmático: Es la acción típica, antijurídica y culpable.

Concepto legal: De las anteriores definiciones se establece que ni los propios tratadistas se han puesto de acuerdo en una definición universal, evidenciándose dicha circunstancia en nuestra legislación por lo que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición de lo que es delito, sino únicamente nos va indicando en que consiste cada uno de los elementos que lo constituyen.

Por lo que para tener una completa visión de lo que es delito y en virtud de las diversas corrientes y definiciones existentes podemos asegurar acertadamente que **delito** es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable). Por lo que el Estado reprime dicha acción por medio de una pena.



Dentro del próximo título se tratarán más ampliamente los elementos que conforman aquella conducta que es considerada como delito, siendo estos los elementos positivos así como aquellas circunstancias que excluyen a estos, los cuales se denominan elementos negativos. Pero aunados a estos elementos existen otros los cuales son de vital importancia para la presente investigación, entre los cuales enumeraremos los siguientes:

- SUJETO:

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre del sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, etc.

ACTIVO: En legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos. Sin embargo con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora podemos decir que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana. Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que o comete directamente.



Con respecto a las personas jurídicas como sujetos activos del delito podemos mencionar que luego de realizado el segundo congreso internacional de derecho penal, realizado en Bucarest, concluyeron que se debe establecer en el derecho penal medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad. Que la aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración de los intereses de la persona jurídica.

Por la finalidad de la presente investigación debemos especificar lo que para la ley de narcoactividad es ser el sujeto activo en la comisión de delitos relativos a la narcoactividad lo cual encontramos en Artículo 9 el cual expresa que serán considerados como autores de los delitos a que se refiere esta ley las personas físicas que tomaren parte en la ejecución del hecho, prestaren auxilio o una ayuda anterior o posterior, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer, emitieren promesas anteriores a la perturbación o instigaren a su realización o determinación.

PASIVO: Sujeto que sufre las consecuencias del delito. Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro.

- **OBJETOS:**

Es todo ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal. Es



todo aquello sobre lo que se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo, y al cual se refiere la conducta del sujeto activo. Su contenido son las personas individuales o jurídicas, los animales y los objetos inanimados.

- FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DELITO

La conducta humana, como presupuesto indispensable, para la creación formal de todas las figuras delictivas, suele operar de dos maneras distintas (obrar activo y obrar pasivo), dando origen a la clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción.

De acuerdo a las dos maneras de actuar se clasifican así:

- a) Delito por acción
- b) Delito por omisión

En derecho penal, el delito omisivo aparece de una triple forma.

a) Los delitos omisivos propios. En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro. En él, el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave Art.154 CP) que exige una intervención. No socorrer, determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto de este delito omisivo, al que suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia tal el asunto de poder hacerlo sin riesgo propio ni de terceros.



b) Como delito de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta normalmente;

c) Como delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión, en los que, al igual que en los supuestos anteriores de la omisión, ésta se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto, no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo, pues, un problema de interpretación, al dilucidar cuándo la forma omisiva puede ser equiparada a la activa, que sí se menciona expresamente en la ley. Este tipo de omisión lo encontramos regulado en el Artículo 18 de nuestro Código Penal.

1.1 Elementos positivos

En la presente investigación se hace necesario hacer una pequeña relación de los elementos que deben darse para que una conducta sea considerada como delictiva, estos elementos son los denominados como elementos positivos, los cuales se encuentran íntimamente ligados unos a otros por lo que deben de ser analizados en un orden lógico ya que al no darse uno de ellos la conducta realizada no constituye un hecho delictivo. Estos elementos son:

➤ **Acción:**

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una



acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una externa; y otra interna. En la fase interna, lo que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente a la realización del fin propuesto. Por ejemplo: El aprobar el examen técnico profesional. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (El adquirir la bibliografía necesaria para su estudio, los códigos, el plan de estudio, tiempo de estudio, etc.). Esta selección, sólo puede hacerse a partir del fin ya propuesto y determinado. Es decir, solo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere hacer, por tanto ya puede plantearse el problema de cómo lo quiere hacer. Al saber lo que quiere hacer y saber como quiere hacerlo también prevé todas las otras circunstancias ligadas a esta decisión como por ejemplo debe saber que necesita determinado tiempo estudiar y repasar lo cual planea que se someterá a examen en un plazo de seis meses, pero luego analiza que por motivo de trabajo dicho tiempo no será suficiente, debe de reconsiderar ampliar el tiempo a nueve meses para poder abarcar el contenido de lo que debe estudiar. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes que ya había analizado pertenecen a la acción.-

Fase externa: Pues bien, ya propuesto el fin representado mentalmente, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el



proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta, realizando paso a paso cada acto diseñado mentalmente.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que esta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo. No podrán ser delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni la intención sino se traduce en actos.

La fase externa de la acción ya fueron analizados anteriormente al referirnos sobre la forma de manifestación del delito, al indicar como la acción planeada es exteriorizada y nace al mundo de lo jurídica, como ejemplo el hecho de planear la comisión de un asesinato, la persona espera a su víctima a la hora y en el lugar planeado y con ayuda de un arma de fuego cega la vida de la otra persona, al causar la muerte por dicho medio la idea maquinada por esta persona nace al mundo exterior.

➤ Tipo:

En todas las acciones las que nos interesan son las típicas. Ya que se puede establecer que el ejemplo anteriormente dado no contraria el ordenamiento jurídico ni dicha conducta afecta un bien jurídico tutelado por el Estado ya que el fin de dicha acción por el contrario es muy loable. De ahí que nos preguntemos entonces que acciones son consideradas típicas.



Acción típica: especificada en la parte especial del código penal, estos elementos que utiliza el código penal se llaman típicos, son para individualizar una conducta. Aquella conducta que reúne varios requisitos se llamará por ejemplo: parricidio. Todos esos elementos son los tipos. Para el principio de legalidad para que se de un delito tiene que cumplirse cada uno de los tipos o elementos que estén en el código.

Este tema se tratara más ampliamente en los próximos capítulos ya que este elemento es de vital importancia para la presente investigación ya que la misma trata de desvirtuar la actual legislación al atacar la actual forma en que los Jueces tipifican los delitos relativos a la Narcoactividad.

➤ Antijuricidad:

No debe confundirse que el hecho que la acción sea típica ya es un delito ya que este es un indicio, pero nos faltan elementos como la acción antijurídica.

Hay acciones antijurídicas que no son típicas, por ejemplo, pasarse un semáforo en rojo es antijurídico pero como no está en el código penal, no es típico.

Acciones típicas antijurídicas: Si va en contra de la norma son acciones típicas y antijurídicas. Hay acciones típicas que no necesariamente son antijurídicas como matar en legítima defensa, es decir está tipificado el delito de homicidio y por ello es típica dicha acción pero es antijurídica porque fue en legítima defensa.

De ahí es que podemos decir que antijuricidad es la relación de oposición entre la



conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico-penal establecido previamente por el Estado.

Materialmente se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado, sin que exista una causa de justificación, el interés o bien

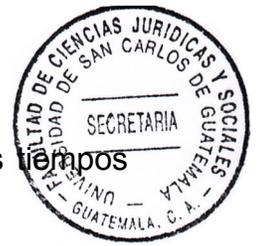
Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídicas solo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

➤ La Culpabilidad

La comisión de una acción típica y antijurídica no basta para considerar que se ha cometido delito. Es necesario que el autor haya obrado en forma culpable.

El fundamento de la culpabilidad está íntimamente ligado a las teorías que fundamentan la pena. En el derecho antiguo se concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito y apreciaba solamente el daño producido prescindiendo de su causalidad espiritual.

Sin embargo, en algunas remotas legislaciones se encontraban insospechadas precursiones sobre la imputabilidad y culpabilidad con el código de Ammurabí, en el



libro de Manú, pero éstas constituyen raras excepciones, ya que en aquellos tiempos prevaliera el desconocimiento del elemento psicológico del delito.

Fue indispensable el paso del tiempo de muchos siglos para que llegara a formularse cada base fundamental del derecho penal, el principio de que sin imputabilidad y responsabilidad no se concibe la imposición de una pena.

La influencia del cristianismo y el resurgimiento del derecho romano abrieron en el campo de la penalidad un nuevo período, el de la responsabilidad moral. Este hecho se verificó en la edad media y la teoría del libre arbitrio se convirtió en el punto central del derecho penal, principio que aún hoy en día perdura “sin libre arbitrio no es posible penalidad alguna”.

Por mucho tiempo dominó la doctrina que fundamentaba que la imputabilidad y la responsabilidad penal en el libre arbitrio de las acciones humanas, pero la evolución filosófica dio paso a nuevas doctrinas que contradecían a la doctrina del libre albedrío.

- Doctrina del libre arbitrio; alma de la escuela clásica.
- Doctrina determinista; fundamento científico de la escuela positiva.

Según la doctrina del libre arbitrio para que un individuo sea imputable y responsable de sus actos deben concurrir las siguientes condiciones:

1. Que en el momento de la ejecución posea inteligencia y discernimiento.



2. Que goce de la libertad de su voluntad, es decir, la facultad de poder escoger.

Sólo cuando concurren estas dos condiciones podrá declararse a un individuo responsable y culpable, pues ha querido el delito y lo ha ejecutado libremente. Su responsabilidad penal es consecuencia de su responsabilidad moral.

Bacigalupo entiende que será culpable el que pudiendo, no se ha motivado por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la violación y deja a un lado la prueba de la libertad o del determinismo.⁵

Zaffaroni no admite que el fundamento de la culpabilidad sea la prevención general. Para él la culpabilidad es responsabilidad que se dará si el sujeto pudo entender lo antijurídico de la conducta y si pudo elegir libremente.⁶

➤ La Punibilidad

Este elemento no es compartido por muchos autores lo cual es visible ya que en la bibliografía utilizada para la presente investigación no se hace referencia sobre el presente aspecto, el cual según el criterio del autor de la presente tesis, si es de gran importancia, ya que si no existe una pena por parte del Estado, la acción, típica, antijurídica, culpable realizada no constituye delito.

⁵ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**. Pág. 19.

⁶ Zafarronil, Eugenio Raúl, **Manual de derecho penal**; Pág.523.



La punibilidad consiste en la sanción que el Estado impone a la persona que ha infringido la ley penal, como lo establecen los Artículos 41 y 42 del Código Penal que establecen el tipo de penas a imponer como lo son las principales y las accesorias, en las cuales como sanción por la infracción de la ley penal es Estado a través de los órganos jurisdiccionales restringe o priva de algún derecho al agresor.

1.2 Elementos negativos

➤ Ausencia de conducta

Puesto que el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede esto en tres grupos de casos:

a) Fuerza irresistible. (vis absoluta) El código penal en su Artículo 25 numeral 2, declara exento de responsabilidad criminal al que obra violentado por una fuerza exterior irresistible. La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.

La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso, más dudosamente, de fuerzas naturales. La doctrina considera que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, Estados pasionales) no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no excluye que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes,



como la de trastorno mental transitorio que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

b) Movimientos reflejos. Los movimientos reflejos tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad.

Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano, o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal, o el que en el sueño profundo y en la convulsión epiléptica toma del cuello a la pareja y la estrangula. Distintos de los movimientos reflejos son los actos en "corto circuito", las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción.-

c) Estados de inconsciencia. También falta la acción en los Estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

Aunque en los Estados de inconsciencia falta la acción, pueden ser penalmente relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho Estado para delinquir.



Como pudimos observar en las excluyentes de la acción en ninguno de los tres casos la voluntad del agente se manifiesta ya que los actos que realiza deben de ser de manera involuntaria, de manera contraria se estaría manifestando la voluntad del agente y por ende la acción seria tomada como constituyente del delito.

➤ Atipicidad

Entendemos por atipicidad el fenómeno en virtud del cual un determinado comportamiento humano no se adecua a un tipo legal

- CLASES DE ATIPICIDAD

Distínganse dos modalidades de este fenómeno: la primera, conocida como atipicidad relativa, se caracteriza porque la conducta realizada no se subsume plenamente en un tipo penal determinado por ausencia de al menos uno de sus elementos constitutivos. La segunda implica realmente inexistencia de un tipo penal que describa la conducta en examen, y suele denominarse atipicidad absoluta.

Examinaremos brevemente el alcance de ambos fenómenos.

a) Atipicidad relativa. La falta de adecuación típica que distingue este fenómeno puede referirse a uno cualquiera de los elementos que integran el tipo, así: los sujetos, la conducta o el objeto.

Habrà atipicidad relativa en relación con los sujetos —activo o pasivo— cuando el hecho descrito en la ley penal es realizado por persona que no reúne las condiciones



señaladas en el tipo, o cuando el titular del bien jurídico vulnerado tampoco presenta dichas calidades. Un ejemplo de la primera hipótesis se daría cuando un particular obtiene el concurso de la fuerza pública para consumir acto arbitrario o injusto; tal comportamiento es atípico, exige que el agente sea "empleado oficial". Ejemplo de la segunda hipótesis podría ser la realización del acceso carnal sobre persona mayor de catorce años con su consentimiento; en este caso la atipicidad se deriva de que limita la edad del sujeto pasivo a catorce años.

La atipicidad será relativa respecto de la conducta, cuando el comportamiento del actor no puede subsumirse dentro de un determinado tipo penal por falta de un elemento descriptivo o normativo señalado en dicho tipo; ha de advertirse que al mencionar el elemento descriptivo de la conducta típica nos referimos igualmente a una cualquiera de las circunstancias modales, temporales o espaciales que integran tal elemento. En estas condiciones sería atípica la conducta de quien, para su propia satisfacción, induce a la prostitución a persona honesta.

Finalmente, habrá atipicidad relativa en relación con el objeto material cuando este no reúne las características señaladas en el respectivo tipo, como cuando alguien causa daño a un animal de su propiedad, cuando la conducta no lo vulnera como en la falsedad inocua.

Puede considerarse también como forma de atipicidad relativa la que surge de la producción de un resultado típico derivado de caso fortuito o fuerza mayor no predicable de conducta humana, lo mismo que la inacción”.



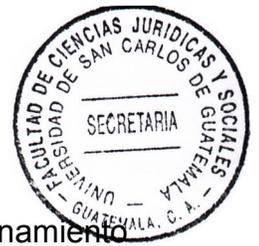
b) Atipicidad absoluta: Supone este fenómeno que la conducta examinada no sea subsumible en ningún tipo penal porque no está en absoluto descrita en la ley como hecho punible. Hay, pues, en este caso una verdadera ausencia de tipo y, por ende, imposibilidad de aplicar sanción alguna, de conformidad con el principio según el cual no hay delito sin tipicidad.

➤ Aspecto negativo: causas de justificación o licitud

En la doctrina científica del derecho penal, las causas de justificación son el negativo de la antijuricidad o antijuricidad como elemento positivo del delito, y son aquellas que tienen la virtud de convertir en lícito un acto ilícito, es decir, que cuando en un acto delictivo aparece una causa de justificación de lo injusto, desaparece la antijuricidad del delito (porque el acto se justifica), y como consecuencia se libera de responsabilidad penal al sujeto activo.

El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones sino también de preceptos permisivos o permitidos que autorizan realizar un hecho humano, en principio, prohibido, pero tolerable y aceptable por las circunstancias en que éstos llegan a suceder.

Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio que pueda existir de la antijuricidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación.-

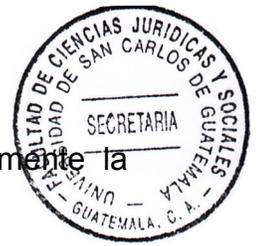


Las causas o los fundamentos de la justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, es así indiferente que la realización de la acción típica esté autorizada por el derecho civil, administrativo o penal. Por ejemplo, el derecho de retención que también rige en materia civil. La principal característica de la causa de justificación, es que excluye totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no solo la penal, sino también la civil, administrativa etc., no solo respecto al autor, sino también a quienes le han ayudado o inducido, a diferencia de las de inculpabilidad y las excusas legales absolutorias, en las cuales subsiste la responsabilidad civil y la responsabilidad de los partícipes.⁷

Para autores como Bacigalupo y Jescheck el número de causas de justificación no quedará nunca cerrado, es decir que por ley no podrán limitarse y definirse las causas de justificación posibles, por el contrario, lo que fundamenta la calidad de una circunstancia como causa de justificación, es la decisión referente a que esa circunstancia debe tratarse bajo las reglas de las causas de justificación.

Bacigalupo al analizar la teoría de la justificación afirma: “Un punto de vista que combine el criterio objetivo y subjetivo, resulta ser en verdad, el que mejor responde a una estructura de lo ilícito que reconoce un disvalor del resultado junto con un disvalor

⁷ Bacigalupo, Enrique: **Manual de derecho penal**. Pág 117.



de la acción y que, en la teoría de la justificación debe requerir paralelamente la exclusión tanto del disvalor del resultado como del disvalor de la acción.”⁸

Esta afirmación de que estas causas de justificación no pueden ser antojadizas sino que deben de encontrarse reguladas las encontramos en nuestra legislación en el Artículo 24 de nuestro Código Penal, en la cual nos indica que existe causas de justificación en tres preceptos:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad y
- c) Legítimo ejercicio de un derecho

Para lo cual daremos una pequeña explicación de cada una de estas circunstancias.

➤ Legítima defensa

Dentro de este apartado vamos a enunciar las principales características que tanto la legislación como la doctrina señalan sobre este instituto, pero con mayor relevancia expondremos el por qué de su existencia, es decir, como se justifica que esta figura, que excluye la antijuridicidad de la acción y que por tanto exonera por completo de responsabilidad penal sea una constante en todos los ordenamientos, tanto los más conservadores como los de avanzada, debiendo anotar además que esta institución se remonta incluso hasta el derecho natural.

⁸ Ibid. Pág. 121.



En pocas palabras Wetzel señala que “el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto”.⁹

Podemos afirmar que es un tipo permisivo que se aplica cuando se presenta una situación determinada, que reúne todas las características que el mismo exige, excluye la antijuridicidad de la acción, por lo que lejos de violar el derecho el acto lo reafirma y defiende.

Para resumir dicha afirmación podemos indicar que el sujeto actúa legítimamente porque el Estado no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos, la protección de sus bienes jurídicos.

Como idea medular tenemos entonces que en la legítima defensa no hay una valoración de males, puesto que no hay una colisión de “intereses jurídicos” en situación tal de que exista riesgo de uno de ellos y posibilidad de salvar otro, simplemente existe la necesidad de responder frente a una agresión ilegítima.

Cuando se habla de agresión ilegítima debemos cuestionarnos qué vamos a entender como tal, así podemos afirmar que se trata de una conducta por parte del agresor, lo cual significa que debe actuar con conocimiento y voluntad de lo que hace, así se excluiría la legítima defensa frente a los casos de involuntabilidad, caso fortuito y

⁹ Wetsel, Hans: Derecho penal alemán.. Pág. 122.



fuerza mayor.¹⁰ En este mismo sentido Zaffaroni refiere que no hay agresión sino hay conducta, como sucede cuando se trata del ataque de un animal o un involuntario, pues como se requiere que la agresión sea ilegítima (antijurídica), no lo es algo que no es conducta, en estos casos según su criterio se aplica el Estado de necesidad, también la excluye en los casos en la agresión es culposa, para él la agresión debe ser intencional.¹¹

Para finalizar el breve resumen de lo que es la legítima defensa debemos indicar lo que es la legítima defensa presunta o privilegiada. La cual se encuentra regulada en El Artículo 24 del Código Penal el cual finaliza regulando la figura que ha sido denominada por la doctrina como defensa presunta o privilegiada. Se entiende que concurre la causa de justificación, cuando sin importar el daño que se ocasiona al agresor, el individuo extraño se encuentra dentro de una edificación o sus dependencias con peligro para los que la ocupan o la habitan.

➤ Estado de necesidad

Para exponer la presente causal de justificación, al igual que el caso de la legítima defensa, debemos empezar por definir un poco su concepto y justificación.

“En el Estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica. Esta diferencia hace que en el Estado de necesidad

¹⁰ Issa Khoury, Jacobo Henry y Alfredo Chirino Sánchez; **Metodología de la resolución de conflictos jurídicos en material penal**. Pág. 41.

¹¹ Ibid. Pág. 523.



debe mediar una estricta ponderación de lo males: el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiere evitar, en la legítima defensa no hay una ponderación de esta naturaleza, porque en uno de los platillos de esa balanza hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente.”¹²

El Dr. Rodríguez Devesa sostiene que el código penal español no contiene una definición de lo que es Estado de Necesidad, por lo que señala que hay una definición que parece aceptada en doctrina que considera que consiste en una situación de tal índole que no hay otra opción que lesionar un bien jurídico de otra persona (o infringir un deber) o sufrir la destrucción de un bien jurídico propio (o dejar de cumplir otro deber, si de colisión de deberes se trata).¹³

Su justificación para algunos autores está en que el principio de que necesidad carece de ley, pues lo ineluctable cae fuera de las normas ordinarias que regulan la conducta humana tanto de orden moral, como jurídico. De este modo se trata de una pugna de intereses que nace de una situación de hecho que no implica licitud inicial, de ahí que el agente puede reaccionar de igual modo frente a lo lícito y lo ilícito.¹⁴

El Estado de Necesidad no siempre ha sido aceptado como eximente, y para ello se parte de dos razones: Unas veces la impunidad ha sido otorgada por una razón subjetiva que toma en cuenta el ánimo del autor, y otra es tomada en cuenta un criterio objetivo

¹² Ibid. Pág. 522.

¹³ Henti, Hang Von (Autor) y José María Rodríguez Devesa (Coautor); **La pena, formas primitivas y conexiones histórico - culturales**. Pág 569.

¹⁴ Quintano Repolles, Arturo; **Comentarios al código penal**. Pág. 78.



de los bienes en juego, y el mayor interés que tiene el derecho en el bien jurídico defendido por el autor.

Para legislaciones como la Argentina, la española, y la nuestra el Estado de necesidad es causa de justificación porque prevalece el mayor interés que tiene el derecho en que se evite el mal mayor, es decir sigue un criterio objetivo.

Los anteriores conceptos y otros que enmarcan la figura, se encuentran recogidos en nuestro derecho en el Artículo 24 inciso 2) del Código Penal. Seguidamente, se desarrollan los requisitos que exige la ley para que se configure el Estado de necesidad:

La realidad del mal que se trata de evitar, ya que si por sugestión del sujeto se comete un acto típico este no sería una causa de justificación sino una causa de inculpaibilidad como lo establece el Artículo 25 del Código Penal en cuanto lo relativo al error, este Estado de necesidad no es necesaria una amplia explicación ya que es claro al indicar que el mal que se evita debe de ser percibido realmente.

Pasamos ahora a cuestionar que debemos entender por evitar un “mal mayor”. Esto nos lleva a cuestionarnos en que consiste esa valoración de bienes que implica el Estado de necesidad, como sabemos que el mal que se evita es menor, o en otras palabras que el bien sacrificado es de menor jerarquía y por tanto era el que se debía sacrificar.



Nuestro código parece seguir la tesis de que para que opere la eximente necesariamente debe evitarse un mal mayor, pero no nos indica la apreciación que se debe dar a tal circunstancia, por lo que deja a criterio del juzgador y de la prueba aportada durante el juicio para establecer la misma, pero dicha circunstancia puede o es objeto de otra tesis, lo único que debemos mencionar por ende es que de dicha apreciación se debe determinar que el daño realizado debe ser menor del que se trata de evitar.

Como ultima circunstancia el legislador regulo que el agente debe prever que el mal inminente no pueda ser evitado de otro forma. A contrario sensu, no opera la eximente si analizando el caso ex post nos encontramos con que el mal se hubiera evitado con consecuencias menores si el agente hubiese actuado de una forma diferente a como lo hizo. Este requisito debe analizarse vinculado con la necesidad creada por la amenaza de un mal mayor. En otras palabras quizá resulte más importante ver de acuerdo a las circunstancias objetivas de la situación si el autor no excedió la medida racionalmente necesaria para evitar el peligro, ya que luego de pasada la situación de necesidad, pueden aparecer muy diversas formas de resolver el conflicto, pero es diferente estar ante la situación apremiante. Deben analizarse los conceptos disponibilidad y efectividad, sea el medio disponible, más efectivo y que cause el menor daño posible.

Quien tiene la obligación de afrontar el riesgo no puede ampararse en esta eximente. Estos casos son de sacrificio de lo propio en servicio de lo ajeno. Así, en condiciones normales, la madre debe afrontar los riesgos del embarazo y del parto. Los médicos y enfermeras deben afrontar los riesgos de un contagio, porque prevalece el interés de



la salud de sus pacientes. El salvavidas de una piscina no podrá eludir su obligación de salvar al bañista ante el peligro de ahogarse. Todas estas personas ante una situación de peligro inminente en razón de su especial posición no pueden eludir el peligro y ampararse en la eximente que analizamos.

➤ Legítimo ejercicio de un derecho

En cuando al ejercicio legítimo de un derecho que también contempla la norma que exponemos, debemos empezar por diferenciarlo del cumplimiento de un deber legal pues en ocasiones se utilizan indistintamente o se confunden. La principal distinción radica en que respecto del deber legal el sujeto no tiene opción y debe actuar conforme se lo exige la ley, mientras que quien ejerce un derecho tiene la facultad de renunciar a ese ejercicio, es decir ante un derecho legítimo la persona puede hacer o no uso de él. De modo que la causal de justificación operaría en el tanto se haga uso del derecho.

El ejercicio del derecho debe ser legítimo, lo cual implica que los medios por los cuales se hace valer deben ser los prescritos por el ordenamiento, dichos medios no deben ser constitutivos de delito. Por otro lado ese ejercicio tampoco es ilimitado y hay ciertas esferas de la convivencia social que deben respetarse, como por ejemplo la reservada a las tribunas. Así, aunque haya sido víctima de un robo no estoy facultado para recuperar mis bienes a matar o herir al receptor.

➤ Causas excluyentes de culpabilidad

En el derecho penal guatemalteco actualmente tiene vigente como causas de inimputabilidad, a) El menor de edad; b) Quien en el momento de la acción u omisión,



no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

Así mismo otras mas especificas o limitadas a la aplicación en casos concretos las encontramos en el Artículo 25 del mismo cuerpo legal en el cual enumera las causas de inculpabilidad, conocidas doctrinalmente como causas de exculpación entre las cuales menciona el miedo invencible, la fuerza exterior (que como ya analizamos es mas bien una falta de acción), el error, la obediencia debida y la omisión justificada.

Conforme a dichas normas legales, todas ellas responden a la idea de las eximentes de responsabilidad penal. La minoría de edad como causa de inimputabilidad, está establecida buscando la seguridad jurídica, de un modo tajante que no admite gradación. De tal modo que solo a partir de los dieciocho años se puede responder y no antes a la responsabilidad penal, aunque en el caso concreto se pudiera demostrar que el menor de esa edad tiene la capacidad de culpabilidad suficiente.

Algo similar sucede con la alteración en la percepción; aquí el legislador exige, sin embargo, que la afección lo sea de nacimiento o desde la infancia y que tenga alterado gravemente la conciencia de la realidad, con lo que se alude ya a un dato que afecta a la capacidad de culpabilidad.



La enajenación y el trastorno mental transitorio inciden de lleno en la capacidad de motivación y, con ello, se convierte en la causa de inimputabilidad por excelencia.-

El miedo invencible, o mejor por la doctrina como Estado de necesidad disculpante (vis compulsiva), nos remonta nuevamente a lo ya analizado como Estado de necesidad pero con una pequeña variante ya que aquí el daño realizado no debe ser menor que el evitado aquí el daño realizado nos indica debe ser igual o mayor, estableciendo que la doctrina lo denomina como vis compulsiva por el hecho que aquí el agente si realiza una acción pero en virtud de elementos externos psicológicos, contrario a la vis absoluta, la cual nos lleva a la siguiente excluyente que es la fuerza exterior la cual ya ha sido analizada anteriormente como una falta de acción.

El error, que nos indica que el agente realiza la acción típica y antijurídica en creencia racional, o sea en circunstancias que apreciables desde cualquier punto de vista podrían ser ciertas, de una agresión ilegítima contra su persona, siempre y cuando la reacción sea en proporción al riesgo que se cree tener, siendo esta causal de inculpatibilidad a criterio del autor de la presente tesis muy subjetivo por lo que al final es el juzgador quien deba apreciar la misma.

La obediencia debida, la cual la misma ley nos indica que se debe de dar en cumplimiento de ciertas circunstancias como lo son que exista subordinación entre quien ordena la acción y quien la realiza, así como que la orden dada debe de darse dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite y revestida con las formalidades que la ley indica y que este mandato dado no sea manifiestamente contrario a la ley.

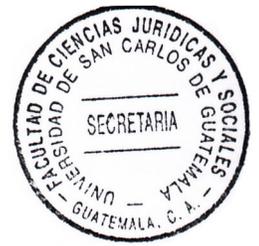


Y por ultimo en cuanto a la omisión justificada en síntesis podemos indicar que es falta a un deber de hacer en virtud de encontrarse impedido de actuar, como por ejemplo el salvavidas que su deber consiste en salvar la vida de las personas que acuden a una playa determinada, pero coincidentemente dos personas necesitan su auxilio en el mismo momento, y por salvar la vida de uno el otro fallece, esta persona en ese momento se encontraba a todas luces impedido de salvar las vida de ambas personas, por lo que la omisión de salvar la vida de uno no constituye causa de culpabilidad.

➤ Causas excluyentes de la punibilidad

Como ya se indico la punibilidad es la facultad del Estado de imponer una pena a quien ha cometido un delito, pero nuestra legislación en ciertas circunstancias excluye esta pena al darse ciertas circunstancia, el ejemplo mas claro que podemos encontrar se encuentra regulado en el Artículo 476 del Código Penal, al indicar que se esta excepto de la pena en el delito de encubrimiento siempre y cuando sea a favor de parientes dentro de los grados de ley, cónyuge, concubinario o persona unida de hecho.

Lo anterior tiene fundamento lógica ya que la Constitución política de guatemala en su Artículo 16 regula lo relativo a que ninguna persona esta obligada a declarar en contra de si misma o sus parientes en grados de ley, cónyuge o persona unida de hecho legalmente. Por lo que el mismo Estado no puede imponer una sanción ya que esto seria contrario a derecho, pese a que en dicho delito se den todos lo demás elementos que ya han sido analizados.



1.3 Leyes penales especiales

Como ya ha sido indicado, uno de los elementos del delito debe ser la tipicidad de la acción realizada la cual es base dentro de la presente investigación, la cual para recapitular debemos recordar que la acción debe de ser contraria a la ley, por lo que debe de encontrarse regulada dentro de un cuerpo legal.

Podemos dividir el derecho penal en dos grandes ramas lo que es el derecho penal material o sustantivo, dentro de la cual se regulan en concreto que conductas se deben considerar como delitos o como faltas y que penas o medidas y seguridad se deben imponer a quienes lo cometan, regulado en el código penal decreto 17-73 y además en todas las leyes penales especiales. Y el derecho Penal Procesal o Adjetivo en el que se regula todo el desarrollo del proceso para determinar si una persona cometió un delito y en su caso ponerle un a pena o una medida de seguridad, regulado en el código procesal penal, decreto 51-92.

Dentro del derecho penal material o sustantivo podemos realizar una subdivisión

- PARTE GENERAL

Comprende todas aquellas normas que regulan aspectos aplicables a todos los delitos. Lo cual se encuentra regulado dentro del primer libro del código penal dentro de los Artículos del 1 al 122.



- PARTE ESPECIAL:

La parte especial es aquella parte del derecho penal en la que se establece un listado de todas las conductas que se encuentran prohibidas por el derecho penal, es decir de los delitos y de las faltas. Las cuales se encuentran reguladas en libro segundo del código penal denominado parte especial, así como en otras leyes denominadas especiales de conformidad con el Artículo 9 del Código Penal.

Dentro de estas leyes especiales dentro de las cuales podemos encontrar figuras delictivas tenemos por nombrar algunas: la Ley contra la Narcoactividad (La cual será el objeto principal de la presente investigación), la Ley de armas y municiones, la Ley de bancos y grupos financieros, por mencionar algunas.

1.4 Los delitos relativos a la narcoactividad

Establecimos anteriormente que el Estado crea las figuras delictivas a efecto de cuidar bienes jurídicos de las personas en este caso podemos indicar que el Estado cumpliendo dicha función debe proteger la salud de las personas. La cual se ve grandemente afectada por lo que es el narcotráfico.

Por narcotráfico debemos entender toda actividad ilícita tendiente al cultivo o producción al procesamiento o elaboración y transporte o distribución de todo tipo (le fármacos, drogas o estupefacientes).



Al intentar un análisis del fenómeno; se puede hacer desde dos puntos de vista. Primero en relación con el tráfico ilegal de drogas incluyendo la producción y el cultivo y segundo en relación al consumo indebido.

En cuando al primer aspecto debe tomarse en cuenta la ubicación de Guatemala en el continente americano. Tal ubicación es propicia para servir de puente al narcotráfico: que emana de América del Sur y se envía para su consumo en los Estados Unidos. Guatemala, además de ser utilizada para el tránsito ilegal de drogas, también tiene un alto nivel de producción, especialmente en áreas geográficas de difícil acceso donde cultivan igualmente marihuana y amapola.

La convención de las naciones unidas contra el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena, el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por nuestro país el 29 de noviembre de 1990 da como resultado finalmente la ley contra la narcoactividad. En su primera parte esta ley da definiciones sobre lo que debe considerarse como drogas, estupefacientes y psicotrópicos, adicción, tráfico ilícito, consumo, tránsito internacional, precursores, bienes e instrumentos y objetos del delito.

Delitos. La ley presenta una estructura distinta en relación a las conductas que contienen los tipos penales.

Dentro del capítulo cuarto de la ley contra la narcoactividad podemos encontrar lo relativo a los delitos y sus penas, dentro del cual del Artículo 35 al 51 califica las conductas típicas que son consideradas delitos.

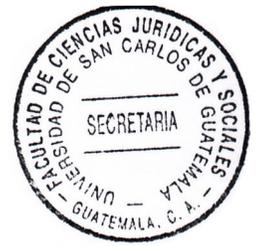


Dentro del presente estudio se analizar especialmente tres figuras delictivas las cuales enumeraremos a continuación:

- Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito de drogas, Artículo 38:
- Posesión para el consumo, Artículo 39:
- Promoción y fomento de las drogas, Artículo 40:

El problema presentado en la presente investigación consiste en la flexibilidad que las anteriores normas le da al juzgador para que en ciertas circunstancias pueda cambiar de un delito a otro ya que los mismos no son claros, precisos, específicos o limitantes al momento de definirlos y en virtud de que dichos delitos son los mas cometidos y dada la envergadura de dichos delitos se da lugar a presiones por parte de los acusados lo cual se tratara mas ampliamente en el transcurso de la presente investigación.





CAPÍTULO II

2. Jurisdicción y competencia

2.1 Antecedentes

Los conflictos entre grupos se resuelven en forma que, si bien siempre es dinámica, logra una cierta estabilización que va configurando la estructura de poder de una sociedad, que en parte es institucionalizada y en parte difusa. Toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura, se controla socialmente la conducta de los hombres, control que no sólo se ejerce sobre los grupos más alejados del centro del poder, sino también sobre los grupos más cercanos al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse.

De este modo, toda sociedad tiene una estructura de poder (político y económico) con grupos más cercanos al poder y grupos más marginados del poder, en lo cual, lógicamente, pueden distinguirse grados de centralización y de marginación del poder. Esta centralización-marginación teje una maraña de múltiples y proteicas formas de control social (influencia de la sociedad delimitadora del ámbito de conducta del individuo).



En virtud de esta estructura el Estado debe de velar por la creación de controles que tanto sean aplicables a los grupos mas cercanos al poder como los mas alejados, este control se realiza con la promulgación de normas tanto de índole civil, penal, laboral, administrativo y tantas como ramas del derecho existen, pero para el fin de la presente investigación analizaremos las relativas al derecho penal.

Se ha dicho que el derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad. En la interrelación humana se manifiesta la conducta humana que realiza acciones u omisiones según su voluntad, pero cuando estas acciones u omisiones dañan un interés jurídicamente tutelado son reprobados por el derecho penal en nombre del Estado.

La administración de justicia durante la Colonia, estuvo a cargo del Consejo Supremo de Indias, que era el sumo gobernador y supremo juez de América española. Este órgano realizó una importante labor legislativa y administrativa y se integró con los ex virreyes, ex gobernadores y ex oidores.

Otros órganos importantes fueron:

Las capitanías generales

Las gobernaciones

Los ayuntamientos y

Los corregimientos



Al independizarse Guatemala de España, en nada se modificó la legislación penal vigente en nuestro país, porque se continuaron aplicando los ordenamientos penales de la potencia colonizadora.

El primer intento de reformar ese Estado de cosas, se dio el 24 de junio de 1834, durante el gobierno del Dr. Mariano Gálvez, fecha en la cual se ordenó la promulgación del código de Livingston, por haber sido tomado y traducido al español de la compilación legislativa y que en 1821 redactó para el eEstado de Louisiana, Estados Unidos el Dr. Edward Livingston. El traductor fue don José Francisco Barrundia.

El Código de Livingston introdujo 2 reformas importantes:

El sistema penitenciario que hacía de la cárcel un taller, donde el trabajo era el principal medio de redención;

El juicio por jurados, que independizaba la administración de justicia de la tutela de los jueces.

El General Justo Rufino Barrios acordó nombrar el 26 de junio de 1875, una comisión que se encargara de redactar los nuevos códigos para la administración de justicia en Guatemala. Casi a los dos años de integrada la comisión ésta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar los nuevos códigos penal y de procedimientos penales, para la República de Guatemala. El ordenamiento sustantivo penal fue calificado con el nombre de “Código del ‘77”.



El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo código penal por decreto 419, dictado por el presidente de la República, General Manuel Lisandro Barillas. Este código fue aprobado por el Decreto No. 48 de la Asamblea nacional legislativa, de fecha 29 de abril de 1889. En este código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes.

En 1936 se designó a los abogados Manuel Zeceña Beteta y Manuel Marroquín, para que redactaran la legislación penal que se conoce como “Código del 36”, que entró en vigor el 25 de mayo de 1936 según Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de Guatemala. El criterio de varios penalistas guatemaltecos, es que la tendencia que siguió el Código penal del 36, fue la de la escuela clásica. Dicho código fue abrogado por el decreto 17-73, actualmente en vigencia.

2.2 Diferencia entre jurisdicción y competencia

➤ Jurisdicción:

La autoridad principal, que ostenta la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, no puede ser ejercida por cualquier persona. Debe recaer en un funcionario que esté investido de las facultades jurisdiccionales para poder conocer el proceso penal. Entonces podemos decir que la jurisdicción como la facultad y el deber de administrar justicia.



La jurisdicción es entonces, "la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir su propias resoluciones; esto último como manifestación del imperio" 15

Elementos de la Jurisdicción:

Notio = Jurisdicción, facultad de conocer un litigio dentro de un proceso determinado;

Vocatio = Llamamiento, facultad de hacer comparecer a las partes;

Coertio = Contención, restricción, facultad de castigar o penar, poder coercitivo de los tribunales para hacer que se cumplan sus resoluciones;

Iudicium = Facultad de dictar sentencia;

Executio = Ejecución judicial, mediante auxilio de fuerza pública.

Si la jurisdicción es la potestad pública atribuida al Estado para administrar justicia, por medio de los órganos jurisdiccionales instituidos por la ley, los que deben actuar conforme la misma, y emitir la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada; entonces, la jurisdicción es una actividad encomendada única y exclusivamente a los tribunales de justicia; y en ningún momento a otro órgano o institución pública en particular.

¹⁵ Alsina, Hugo; **Prologo del proceso civil**.Pág.11.



Estos órganos son los juzgados, los tribunales y las cortes, en los que los titulares de la potestad son los jueces, quienes deben ejercer la función de administrar justicia en forma independiente e imparcial, libre de toda presión política o sectaria, sea cual fuere su procedencia.

De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, la función jurisdiccional se ejerce por el Poder Judicial, cuya existencia se fundamenta en el Artículo 203 de la Constitución Política de Guatemala el cual preceptúa "La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. . .", así mismo el Artículo 37 del Código Procesal Penal y el 57 de la Ley del Organismo Judicial, amplían dicha norma.

- COMPETENCIA:

Partiendo de la idea de que la competencia es un instituto procesal que alude a la aptitud o capacidad que un órgano jurisdiccional tiene para conocer en una relación jurídica procesal concreta, pero éstos, únicamente pueden ejercerla dentro de los límites señalados por la ley.

El autor Hugo Alsina señala que la competencia se refiere a: "Los límites dentro de los cuales el Juez puede ejercer su facultad jurisdiccional".¹⁶ Según Couture, la competencia "es el fragmento de jurisdicción atribuido a un Juez",¹⁷

¹⁶ Ibid. Pág. 256

¹⁷ Couture, Juan Eduardo. **Vocabulario Jurídico**. Pág.57.



La jurisdicción entonces, es un concepto genérico aplicado al caso concreto, pues no todos los jueces pueden intervenir en cualquier litigio, sino tan sólo en aquellos casos para que la ley lo determina como competentes.

2.3 Clases de competencia

La doctrina regula diversas clases de competencia, pero en razón de la materia que nos ocupa, nos limitaremos a destacar la competencia que se determina en función del territorio, por la materia y por la función o de grado.

Competencia Territorial: En esta clase de competencia, resulta más cómoda la administración de justicia, por cuanto la misma se ejerce dentro de una determinada parte del territorio nacional debidamente delimitada. Los límites horizontales de la jurisdicción están dados por la competencia territorial. En la extensión del territorio de un Estado existen jueces o tribunales igualmente competentes en razón de la materia, pero con capacidad para conocer solamente en determinada circunscripción.

El Código Procesal Penal, en su Artículo 40 prescribe: "La competencia penal es improrrogable. La competencia territorial de un tribunal no podrá ser objetada ni modificada de oficio una vez iniciado el debate; se exceptúan aquellos casos regulados por una disposición constitucional que distribuye la competencia entre distintos tribunales...".



En otras palabras, una vez que se haya iniciado y se está dentro del debate no puede en ningún momento modificarse y objetarse por ningún motivo, la competencia del tribunal. Y el mismo artículo continúa diciendo: "En la sentencia, el tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más graves no puede declararse incompetente porque la causa pertenezca a un tribunal con competencia para juzgar hechos punibles más leves".

Competencia por razón de la materia: Esta clase de competencia determina qué materia jurídica puede en un momento dado conocer el órgano jurisdiccional; o sea que le permite al juez ejercer su jurisdicción en determinada clase de procesos, por ejemplo, los procesos penales.

Como se recordará, la jurisdicción también se divide por la naturaleza del derecho sustancial que constituye su objeto, clasificándose entonces, en penal, civil, laboral, etc., en virtud de cuyos motivos los tribunales que han de conocer de unos y otros asuntos, están separados de manera que un tribunal de lo civil no tiene competencia para conocer o juzgar sobre las otras materias que le son ajenas, excepto si legalmente se le haya investido de competencia, para conocer en distintas materia jurídicas.

La regla general establece que cada juzgado de primera instancia, debe estar investido de competencia para conocer de una sola materia jurídica, sin embargo, es únicamente en la ciudad capital y municipios de gran cantidad de habitantes donde se cumple este presupuesto, ya que, en el interior de la república, en los departamentos, donde



únicamente haya un Juez de primera instancia, éste tiene competencia para conocer, tanto de la jurisdicción civil, como de la penal, laboral, familia, económico coactivo.

Lo anterior obedece en mayor grado por la debilidad económica del organismo judicial; y porque la ley establece (Artículo 94 de la Ley del Organismo Judicial) que "La Corte Suprema de Justicia determinará la sede y distrito que corresponde a cada juez de primera instancia y en donde hubiere más de uno, les fijará su competencia por razón de la materia, de la cuantía y del territorio." Asimismo, el Artículo 52 del mismo instrumento normativo prescribe: "La Corte Suprema de Justicia distribuirá la competencia territorial y reglamentará el funcionamiento, organización, administración y distribución de los jueces de paz, de narcoactividad y delitos contra el ambiente, de primera instancia, tribunales de sentencia, salas de la corte de apelaciones, jueces de ejecución y del servicio público de defensa, en forma conveniente." De modo que es la Corte Suprema de Justicia la que a través de Acuerdos establece la competencia por razón de la materia.

Competencia Funcional o de Grado: Esta clase de competencia es la que se atribuye a los Jueces de Primera Instancia, de conformidad con las funciones que a éstos les están asignadas en relación al momento en que conocen del proceso. El proceso, según la legislación penal guatemalteca, está sometido a la doble instancia y en ciertos casos, a un recurso de casación; por lo tanto, a ello obedece que se hable de competencia jerárquica o por grados y es por este motivo, que son competentes los jueces menores y los jueces de primera instancia. Esto demuestra que están facultados para instruir y decidir los asuntos que por la materia, cuantía y territorio les corresponde



conocer en grado; y que la corte de apelaciones lo está para conocerlos en grado de apelación y la corte suprema de justicia en el Estado de casación.

La competencia funcional o de grado, se diferencia, en cuanto a que el juez de primera instancia de narcoactividad y delitos contra el ambiente, que controla la investigación, y el tribunal llamado a dictar sentencia, son órganos jurisdiccionales que conocen en primera instancia, en la misma relación jerárquica. En tanto que la segunda instancia se da cuando es un tribunal superior quien conoce de la decisión judicial impugnada, el que puede darse mediante el recurso de apelación, la queja, o bien el recurso de apelación especial, contra una sentencia o un auto, según sea el caso. Así reluce entonces un primer grado o primera instancia y un segundo grado o segunda instancia.

La competencia en relación al grado la establece el código procesal penal en sus Artículos 47, 48, 49 y 50.

2.4 Juzgados de primera instancia de narcoactividad

Por el Artículo 4 del decreto numero 51-2002 del Congreso de la república, el cual entro en vigencia el 24 de marzo del año dos mil tres, fue adicionado el Artículo 45 del Código Procesal Penal, el cual establece lo relativo a los juzgados de narcoactividad y juzgados de delitos contra el ambiente.



Dicho artículo establece: “Los jueces de narcoactividad conocerán específicamente de los delitos relacionados con el tráfico, tenencia, producción y procesamiento de fármacos o estupefacientes y delitos conexos...”

Este tipo de juzgado según la misma ley tienen a su cargo el control jurisdiccional de los actos de investigación relacionados con los delitos de su competencia.

La anterior norma se suple perfectamente por el Artículo 2 de la Ley contra la narcoactividad, la cual nos da definiciones de lo que debemos entender por tráfico, tenencia, producción, etc. Con lo cual podemos determinar perfectamente la jurisdicción y competencia de dichos juzgados.

Por el problema económico ya indicado que por muchos años y aun actualmente atraviesa el Organismo Judicial, en la actualidad dichos Juzgados comparten la competencia por los juzgados de primera instancia, así como delitos contra el ambiente, por lo que se no existen Juzgados que conozcan únicamente sobre delitos relativos a la narcoactividad ya que la competencia de estos es mucho mas amplia.





CAPÍTULO III

3. El proceso penal

3.1 Procedimientos penales

Nuestro código procesal penal en su estructura nos indica dos tipos de procedimientos, el procedimiento común, que como el ordinario en lo civil es el procedimiento tipo, en el cual se tramitan todos los conflictos relativos a esta materia, y los procedimientos específicos, los cuales se aplican en circunstancia específicas como su nombre los distingue.

Como fin para nuestra investigación debemos hablar ampliamente sobre el procedimiento común, pero antes de esto daremos una pequeña reseña sobre los procedimientos específicos los cuales nacen de la necesidad de acelerar los trámites judiciales en casos concretos, de profundizar la investigación cuando fracasa el recurso de exhibición personal, de prevenir la comisión de nuevos delitos y la naturaleza especial de los ilícitos privados y las faltas, determinan la creación de ciertas variantes al proceso penal ordinario común.

Procedimiento abreviado:

Procede cuanto el Ministerio Público estima suficiente, por la falta de peligrosidad, la falta de voluntad criminal del imputado o por la escasa gravedad del delito, la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad o de una multa.



Procedimiento especial de averiguación:

Este procedimiento de urgencia busca, sobre todo, evitar las detenciones ilegales, proteger a las víctimas de tan aberrante práctica y procurar el efectivo respeto de los derechos humanos, particularmente los de goce de libertad y a no sufrir vejámenes o coacciones.

Juicio por delito de acción privada:

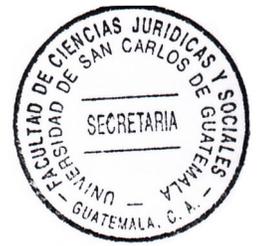
En los delitos en que no se lesiona el interés social, corresponde al agraviado comprobar el hecho que causa su acusación, entonces no son necesarias las fases procesales de instrucción e intermedia. El Tribunal de sentencia admite la querrela y convoca a una audiencia de conciliación para buscar un acuerdo entre las partes, si este no se logra, entonces se pasa a juicio oral.

Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección:

Procede cuando después de realizado el procedimiento preparatorio el Ministerio Público estima que únicamente corresponde aplicar una medida de seguridad y corrección al imputado, con el objeto de que este pueda ser readaptado socialmente y la misma sociedad pueda defenderse contra el peligro que el mismo significa.

Juicio por faltas:

Consiste en un procedimiento acelerado y simple para resolver infracciones intrascendentes, que por su escasa gravedad está tipificados como faltas, conocen los jueces de paz en única instancia y dentro de su jurisdicción.



3.2 El procedimiento común

➤ Procedimiento preparatorio

Con la entrada en vigor del código procesal penal vigente, se establecen fases procesales en que se agrupan los actos y hechos procesales a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso este se divide en cinco fases principales:

1°. Fase de investigación, instrucción o preliminar, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación y por ende el juicio oral y público;

2°. Fase intermedia: donde se critica, se depura y analiza el resultado de esa investigación;

3°. Fase de juicio oral y público: etapa esencial, plena y principal que define el proceso penal por medio de la sentencia;

4°. Fase de control jurídico procesal sobre la sentencia. Este se desarrolla a través de los medios de impugnación; y,

5°. Fase de ejecución penal, en la que se ejecuta la sentencia firme.

➤ Instrucción:

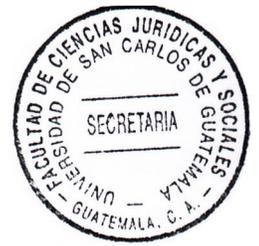
La instrucción penal es más conocida como tal por el sistema inquisitivo o mixto, constituye la primera fase del procedimiento criminal y tiene por objeto recoger el material para determinar, por lo menos aproximadamente, si el hecho delictivo se ha cometido y quién sea su autor y cuál su culpabilidad.



Esta fase preparatoria en el proceso penal, inicia con el conocimiento de la noticia críminis, compuesto por actos eminentemente investigativos que, como su nombre lo indica, preparan y construyen las evidencias, informaciones o pruebas auténticas, que permitirán establecer la existencia del delito y la participación del imputado y que, posteriormente, servirán al fiscal del Ministerio Público, formular la acusación y la petición de apertura del juicio penal contra el procesado, ante el Juez de primera instancia penal contralor de la investigación.

Esta fase procesal importa no sólo por lo dicho, sino porque si el fiscal del Ministerio Público no realiza completamente esta fase de investigación, es decir, no reúne el material probatorio ni proporciona suficientes elementos de convicción, para fundamentar la acusación contra el imputado, se da la posibilidad de que el proceso finaliza mediante el sobreseimiento, la clausura provisional o bien el archivo, según sea el caso. (Artículos: 310 y 328 del código procesal penal).

En Guatemala, el sistema actual es preponderantemente acusatorio y el principio de oficialidad se manifiesta poderosamente; porque si bien, el juez aún puede practicar diligencias de investigación, éste debe hacerlo con raras excepciones, lo que demuestra la relevancia de la función investigativa que, como se sabe, se encuentra separada por completo de la función jurisdiccional, lo cual posibilita un mejor desenvolvimiento dialéctico del proceso penal.



➤ Actos introductorios:

Para que se inicie un proceso penal contra alguna persona debe llegar el conocimiento de la "noticia críminis" al órgano encargado de la persecución penal, o excepcionalmente al tribunal. Esto motiva que inmediatamente se inicie el proceso penal, ya sea a través de una denuncia, querella, conocimiento de oficio, o bien, una prevención policial, y simultáneamente se activa el órgano jurisdiccional, a quien corresponde controlar esa actividad investigativa.

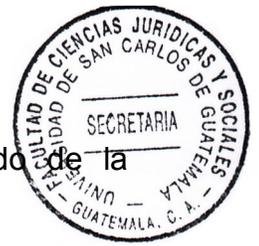
- Denuncia:

Cualquier persona deberá comunicar, por escrito u oralmente, al Ministerio Público o a un tribunal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública. El denunciante debe ser identificado..." Art. 297 del CPP.

Precisa enfatizar que la legislación adjetiva penal, considera que la denuncia es un acto procesal obligatorio, y no facultativo, puesto que claramente expresa que cualquier persona debe comunicar y poner en conocimiento al fiscal del Ministerio Público o a la policía, de la comisión de un delito.

- Querella:

Este es un acto de iniciación procesal, de naturaleza formal, donde el interesado o querellante previamente debe cumplir con determinados requisitos procesales que la ley exige de conformidad con el Artículo 302 del Código Procesal penal con el fin de



para poner en movimiento al órgano jurisdiccional y al órgano encargado de la persecución penal.

Es un acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al titular de un órgano jurisdiccional, por el sujeto, además de poner en conocimiento de la noticia de un hecho que reviste de caracteres de delito o falta, solicita la iniciación de un proceso frente a una o varias personas determinadas o determinables y se constituye en parte acusadora en el mismo, proponiendo que se realicen los actos encaminados al aseguramiento y comprobación de los elementos de la futura pretensión punitiva y de resarcimiento en su caso.

En la doctrina procesal penal se conocen dos clases de querellas, una conocida como querella pública, y la otra como querella privada. La primera se da cuando el agraviado la presenta por delitos de acción pública, cuya persecución también puede darse de oficio por el órgano encargado de la persecución penal. También la puede presentar cualquier persona ante el órgano jurisdiccional competente y persigue asegurar una sentencia condenatoria contra el acusado. La segunda alude a los delitos de acción privada, donde el agraviado u ofendido es el único titular de ejercer la acción penal, en cuyo caso, el querellante exclusivo debe formular la acusación, por sí o por mandatario especial, directamente ante el tribunal de sentencia para la realización del juicio correspondiente.



- Persecución de oficio:

Cabe recordar aquí que nuestro sistema procesal penal se fundamenta, entre otros, en el principio de oficialidad, por lo que el acto de iniciación procesal de persecución de oficio, tiene lugar cuando el fiscal del Ministerio Público tiene conocimiento directo, por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente de la comisión de un hecho punible, en cuyo caso, el fiscal debe inmediatamente iniciar la persecución penal, en contra del imputado y no permitir que el delito, produzca consecuencias ulteriores; esto, con el objeto de que oportunamente requiera el enjuiciamiento del imputado.

Esta forma de iniciar la investigación en un proceso penal, se presenta cuando el mismo órgano encargado de la persecución penal, es el que de por sí se insta sobre la base de su propio conocimiento, documentando y volcando en una propia acta, en la que narra, tras la fecha de la misma, el señalamiento del cargo que la produce y su firma, el hecho de que ha tomado conocimiento personal todas sus circunstancias modales y la noticia que tuviera de su autor o participe. Presentando las pruebas que tuviera y ordenando luego las diligencias a producir para tramitar la investigación.

- La prevención policial:

Uno de los medios más usuales con que se inicia el proceso penal, en los delitos de acción pública, es la prevención policial; consistente en que la policía de oficio, debe practicar inmediatamente las actuaciones y diligencias de investigación que tiendan a establecer la comisión del delito y la posible participación del imputado, lo cual asegura efectivamente, el ejercicio de la persecución penal, por parte del Ministerio Público, bajo cuya orden permanece la policía.



La policía, entonces, investiga por iniciativa propia o por denuncia, o bien por orden de autoridad competente, los delitos cometidos, individualizando a los culpables y reuniendo las pruebas para dar base a la acusación penal.

Al darse inicio la investigación la ley prevé circunstancias que pueden suspender o interrumpirla los cuales son denominados obstáculos a la persecución penal y civil, pues si bien esta fase procesal, no es una etapa eminentemente contradictoria, como lo es el juicio oral, si existen iguales posibilidades de defensa para las partes, ello significa la facultad de proponer diligencias, participar en los actos, plantear incidentes, o excepciones que el mismo código establece. Estos son los conocidos obstáculos a la persecución penal y civil, los cuales básicamente son:

a) Cuestión prejudicial: que consiste en la existencia de una situación que previamente debe ser resuelta en un proceso independiente, para poder seguir con el proceso de que se trate;

b) El Antejucio; definido en la Ley en materia de antejucio decreto 85-2002 del congreso de la república como: “Derecho de antejucio es la garantía que la Constitución Política de la República o leyes específicas otorgan a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa...”



c) Excepciones: de incompetencia, falta de acción (falta de derecho), extinción de la persecución penal o de la pretensión civil. Las cuales se encuentran reguladas en el Artículo 294 del Código Procesal Penal.

Resueltos los obstáculos se continuara con la investigación cuyo objeto básico es: a) Determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal; b) Establecer quiénes son los partícipes y las circunstancias personales para valorar la responsabilidad y que influyen en la punibilidad; c) Verificar los daños causados por el delito; d) Es ésta etapa, el Ministerio Público actuará a través de sus fiscales; y, e) Todas las autoridades y funcionarios públicos están obligados a facilitarle el cumplimiento de sus funciones a los fiscales.

El Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones.

La terminación de esta fase preparatoria, se da en diversas formas entre las cuales tenemos:

Acto conclusivo norma; y,

Actos conclusivos anormales:

Desestimación (solicitud de archivo);



Sobreseimiento;

Clausura provisional;

Archivo.

Acto conclusivo normal: Un acto conclusivo normal de la fase de investigación lo constituye la acusación, ya que ésta se da cuando en un proceso penal el resultado de la investigación es suficiente para que el Ministerio Público formule la acusación y pida que se abra a juicio penal contra el acusado ante el órgano jurisdiccional competente;

- Acusación:

Una vez vencido el plazo de investigación, el MP a través de un fiscal formulara la acusación y pedirá la apertura a juicio (o, si procediere, el sobreseimiento o la clausura y la vía especial del procedimiento abreviado cuando proceda conforme al CPP. Si no lo hubiere hecho antes, podrá requerir la aplicación de un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal.) Entonces, con la petición de apertura a juicio se formulará la acusación.

- Actos conclusivos anormales:

- La desestimación:

Puede decirse que el desistimiento o desestimación es un acto conclusivo anormal, por medio del cual termina la fase preparatoria. Este se materializa cuando el Ministerio Público le solicita al Juez de Primera Instancia que se archiven las actuaciones, por



cuanto que el hecho sujeto a investigación no es constitutivo de delito ni falta. (Arts. 310 y 311 CPP).

- Sobreseimiento:

El sobreseimiento es la declaración de voluntad del Tribunal competente en virtud de la cual se declara terminada la instrucción preliminar sin que pueda iniciarse el proceso propiamente dicho, cuando se dan ciertas circunstancias establecidas en la ley.

- Clausura provisional:

El código procesal penal en el Artículo 331 establece: "Clausura Provisional. Si no correspondiera sobreseer y los elementos de prueba resultaran insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura. Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación."

- Archivo:

La legislación adjetiva penal, incluye como forma de concluir la fase preparatoria, el archivo de las actuaciones. Lo cual también está relacionado con el Artículo 310 de la desestimación que indica que: "El Ministerio Público solicitará al juez de primera



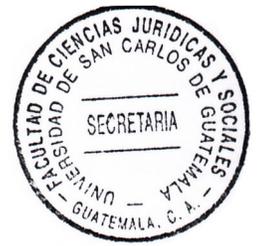
instancia el archivo de la denuncia, la querrela o la prevención policial, cuando sea manifiesto que el hecho no es punible o cuando no se pueda proceder. Si el Juez estuviera de acuerdo con el pedido de archivo, firme la resolución, el jefe del Ministerio Público decidirá si la investigación debe continuar a cargo del mismo funcionario o designará sustituto."

➤ Fase intermedia

- Procedimiento intermedio:

La fase intermedia se desarrolla después de agotada la etapa de investigación. Es decir, después de haber realizado un cúmulo de diligencias consistentes en informaciones, evidencias o pruebas auténticas, que servirán para determinar si es posible someter al procesado a una formal acusación y si procede la petición del juicio oral y público.

Esta fase está situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función principal consiste en determinar si concurren los presupuestos procesales que ameritan la apertura del juicio penal. Se caracteriza por ser un tanto breve, ya que es un momento procesal en el que el Juez de Primera Instancia; contralor de la investigación, califica los hechos y las evidencias en que fundamenta la acusación el Ministerio Público; luego se le comunica a las partes el resultado de las investigaciones, los argumentos y defensas presentadas confiriéndoseles audiencia por el plazo de seis días para que manifiesten sus puntos de vista y cuestiones previas. Posteriormente, el juez determina se procede o no la apertura a juicio penal.



- El juicio oral:

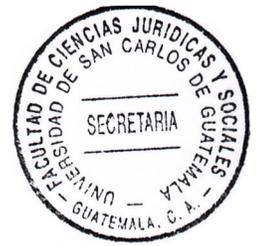
Esta es la etapa plena y principal del proceso porque, frente al tribunal de sentencia integrado por tres jueces distintos al que conoció en la fase preparatoria e intermedia, en ella se produce el encuentro personal de los sujetos procesales y de los órganos de prueba y se resuelve, como resultado del contradictorio, el conflicto penal.

- El debate:

Es la etapa fundamental del juicio, en que se concreta la acusación y se escucha al acusado si éste lo desea, se recibe y produce toda la prueba tendiente a definir, lo atinente a la existencia del hecho imputado, la participación culpable y punible del procesado y a la determinación de la sanción o medida de corrección y en donde se escucha las valoraciones de las partes sobre todo lo ocurrido a través de la emisión de sus respectivos alegatos.

- Sentencia:

La sentencia es el último acto o fase procesal del juicio oral, que está conformada por un razonamiento lógico decisivo, mediante el cual el órgano jurisdiccional pone fin a la instancia del proceso penal. También puede decirse que es el acto procesal con el que el tribunal o juez resuelve, fundándose en las actas y lo actuado en el debate, la causa penal y civil, en su caso, llevadas a su conocimiento.



3.3 El auto de procesamiento

Aún cuando el primer párrafo del Artículo 321 contiene un mandato, como lo es el de que inmediatamente de dictado el auto que impone una medida de coerción debe emitirse el auto de procesamiento, dicho mandato no puede cumplirse si no se han cumplido con el otro requisito contenido en el segundo párrafo de dicho precepto, que establece que solo puede dictarse después de que sea indagada la persona contra quien se emita. Para cumplir estrictamente con tal mandato, es menester que el Ministerio Público tenga disponibilidad de agentes y auxiliares para asistir a las audiencias respectivas, pues siendo ese ministerio el encargado de la investigación, son ellos los que deben formular las preguntas al detenido y así hacer realidad la ‘indagatoria’.

La finalidad de esta resolución es que el procesado sepa por qué hecho delictivo se le liga al proceso y sus derechos y obligaciones y con esta resolución se inicia el procedimiento preparatorio.

Para la presente investigación este auto es de trascendental importancia porque como ya lo indicamos es en este momento en el cual el Juzgador da la calificación jurídica provisional al hecho delictivo cometido, por lo que es en este momento en que el Juez contralor de la investigación (Juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente) tiene la libertad de decisión en este caso la comisión de delitos



tipificados en la Ley contra la narcoactividad, ya que por que la norma no es clara o da limitantes a estos, se puede calificar una conducta entre varias opciones.

Es más, una vez dictada, quien se considere afectado puede gestionar su reforma con el fin de que el mismo sea modificado, ampliado o aclarado, con el objeto de incluir o excluir delitos o cambiar la denominación de los delitos que figuran en el auto de procesamiento.

La norma respectiva crea alguna confusión pues indica que la reforma procede de oficio o la instancia de parte, garantizando el derecho de audiencia. Si hay solicitud de parte, pues se confiere audiencia, pero si el juez pretende reformar de oficio ¿debe conferir audiencia? Considero que no y al efectuarla, si la parte afectada no está de acuerdo, que haga acopio de las alternativas que contempla la ley.

3.4 La prisión provisional

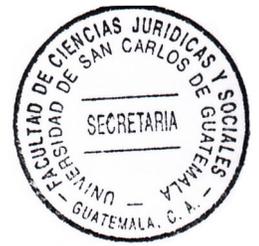
La prisión preventiva es el encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca al juicio, que la pena será cumplida, y que en una y otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado u obstaculización de la verdad del hecho.

Esta medida a la que también se le denomina auto de prisión, esta contemplada en el Artículo 259 del Código Procesal Penal que establece: "Prisión Provisional. Se podrá ordenar la prisión preventiva después de oír al sindicado, cuando media información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que



el sindicado lo ha cometido o participado en el. La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso." El artículo subsiguiente establece los requisitos que ha de contener el auto de prisión dictado por el juez competente; luego, el Artículo 261 prescribe los casos de excepción, en el sentido de que en los delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, asimismo de que no se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción. Inmediatamente después en los Artículos 262 y 263 se establecen los parámetros para determinar cuando hay peligro de fuga y cuándo peligro de obstaculización, respectivamente.

Cabe indicar que únicamente hablaremos lo relativo a la medida de coerción de prisión preventiva y no así de la medida sustitutiva, ya que de conformidad con lo regulado en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, los delitos relativos a la narcoactividad no gozan de dicho beneficio por lo que únicamente el Juzgador puede ordenar la prisión preventiva.



CAPÍTULO IV

4. La tipificación

4.1 Análisis general

➤ Tipo

La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo.

El tipo tiene en derecho penal una triple función:

- Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- Una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos establecidos como delitos pueden ser sancionados penalmente.
- Una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.



➤ Tipicidad:

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.”¹⁸ Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del "nullum crimen sine lege" contenido en el Artículo 17 de nuestra Constitución Política y Artículo 1 del Código Penal. Solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerado como tal. Es decir, es nula la acción del Estado cuando pretende sancionar conductas del ser humano que la ley no ha calificado como acto ilícito.

De todos los comportamientos antijurídicos que se dan en la vida diaria, el legislador selecciona, aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos que el Estado debe de proteger y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada.

El legislador no debe describir con toda exactitud y hasta en sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal.

¹⁸ Ibid, pag 31.



La tipicidad se encuentra apoyada en el ordenamiento jurídico por el principio de legalidad ya citado y en especial en los preceptos constitucionales y estos principios supremos constituyen una garantía de legalidad.

Las garantías constitucionales garantizan al sujeto su libertad en tanto no exista una norma o tipo que establezca el comportamiento que se pudiera imputar.

➤ Clasificación de los tipos

Los tipos presentan características distintas de acuerdo con su estructura, con el sujeto activo al cual se refieren, con el bien jurídico que buscan proteger o con el alcance de la conducta que describen.

División de los tipos en relación con su estructura

Si nos atenemos a su estructura formal, los tipos penales pueden ser básicos, especiales y subordinados; elementales y compuestos; autónomos y en blanco.

a) Tipos básicos, conocidos igualmente como fundamentales son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal; de esta especie son el homicidio simple y el hurto.

b) Son especiales aquellos tipos que, además de los elementos propios del básico contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso



se aplican con independencia de este. Es ejemplo de éste, el hurto de uso respecto del hurto propiamente dicho

c) Llámense subordinados o complementados los tipos que, refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación se reflejan solo en el momento procesal de la imposición de la pena de esta clase son el homicidio agravado y el hurto cualificado.

d) Con el nombre de elementales calificamos aquellos tipos que solo describen un modelo de comportamiento; se distinguen porque tienen apenas un verbo rector; son de esta categoría la fuga de presos y la violación carnal.

e) Compuestos son los tipos que describen una pluralidad de conductas cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores; pertenecen a esta categoría la concusión y el falso testimonio

f) Son tipos autónomos aquellos que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba acudir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto



g) Llámense tipos en blanco aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica. Desde el punto de vista estrictamente formal, pueden ser completos o incompletos; pero sustancialmente muestran un vacío conceptual que ha de ser llenado por otra disposición legal.

En la elaboración de esta clase de tipos ha de tener especial cuidado el legislador, pues se corre el riesgo de que su norma integradora no tenga suficiente claridad, como lo que sucede en los delitos de Narcoactividad, o de que sea modificada frecuentemente, con eventual violación del principio de tipicidad.

División de los tipos en relación con el sujeto activo

Si nos atenemos al número de agentes que se requieren para la realización de la conducta típica, los tipos se dividen en mono-subjetivos y pluri-subjetivos.

a) Son mono-subjetivos aquellos tipos que describen conductas realizables por una sola persona; así, el prevaricato y el abuso de confianza.

b) Tipos plurí-subjetivos son los que exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita; tal la rebelión y el concierto para delinquir.



En cuanto a la calidad de los actores, divídanse los tipos en: de sujeto activo indeterminado y de sujeto activo cualificado.

a) Llámense tipos de sujeto activo indeterminado, aquellos en los; que no se exige ninguna condición especial para ejecutar la conducta en ellos descrita; para referirse a tales sujetos el legislador suele emplear palabras como "el que" o "quien"; de esta categoría son la inducción a la prostitución y la extorsión.

b) Por tipos de sujeto activo cualificado se conocen los que requieren del sujeto agente una cualidad o categoría especial, sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal; dicha cualificación puede ser natural, jurídica o profesional; la primera se relaciona con la edad, el sexo o cualquiera otra condición bio-síquica del actor, como en caso del aborto en cuanto solo puede ser cometido por una mujer embarazada; la segunda se refiere a una condición personal con relevancia jurídica inmediata, como la de ser funcionario o empleado público (peculado, cohecho), la última dice relación a la actividad profesional que debe desarrollar el sujeto activo, como la condición de comerciante reclamada en la quiebra fraudulenta.

División de los tipos en relación con el bien jurídico tutelado.

Desde este punto de vista los tipos penales pueden ser simples y complejos, de lesión y de peligro.

a) Con el nombre de tipos simples o mono-ofensivos se conocen aquellos en los que el legislador quiso tutelar un solo bien jurídico; tales el hurto, en el que se pretende



velar por el derecho de propiedad privada, y el homicidio, mediante el cual se busca amparar el derecho a la vida.

b) Complejos o pluriofensivos se llaman, en cambio, los tipos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos; quien realiza la conducta en ellos prevista afecta, pues, al propio tiempo, una pluralidad de intereses. En el incendio de cosa mueble o inmueble por ejemplo. se está lesionando el bien jurídico de la propiedad de quien tiene el dominio sobre la cosa quemada, pero igualmente se está atentando contra la integridad colectiva por el peligro que para el conglomerado social representa un incendio.

c) Tipos de lesión son los que protegen bienes jurídicos cuya integridad desaparece o sufre mengua con la conducta del agente; de esta categoría son el homicidio, pues que quien da muerte a otro destruye el bien jurídico de la vida, y el hurto, en cuanto quien sustrae cosa ajena disminuye el patrimonio económico de la persona afectada.

d) Son tipos de peligro los que describen conductas cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger; se trata por lo regular de intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los defiende incluso de conductas que tengan poder suficiente para afectarlos; en estos casos basta, pues, que el comportamiento del actor sea idóneo para amenazar el bien Jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado; el envenenamiento o contaminación de aguas o sustancias destinadas a la alimentación es claro ejemplo de esta especie de



tipos penales; ellos sancionan la conducta de quien pone en peligro la vida del grupo social por el solo hecho de contaminar aguas o sustancias alimenticias, sin esperar a que el consumo de estas o aquellas pueda causar real daño.

División de los tipos en relación con su contenido

Esta clasificación se refiere a los diversos aspectos a que da lugar la técnica empleada por el legislador para describir los modelos de comportamiento susceptibles de sanción penal. Por este aspecto divídanse los tipos en las siguientes especies: de mera conducta y de resultado; de conducta instantánea y de conducta permanente; de acción y de omisión; abiertos y cerrados.

a) Tipos de mera conducta son los que describen como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias; de esta especie es el falso testimonio, pues sanciona la conducta del actor por el solo hecho de afirmar una falsedad o de negar o callar lo que es verdad, sin que se requiera que tal actitud ocasione determinadas consecuencias.

b) Tipos de resultado son aquellos en los que se exige expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto, vale decir como una modificación del mundo exterior. La violación carnal y las lesiones personales son ejemplos de esta especie porque la primera supone la penetración de elemento extraño en el órgano sexual del sujeto pasivo y la segunda modificación dañosa de la integridad biosíquica.



c) Tipos de conducta instantánea son aquellos en los que la realización del comportamiento descrito se agota en un solo momento; esta categoría puede comprender tipos de mera conducta como la injuria, o de evento como el homicidio, sin que en este último caso importe que el resultado (muerte) se produzca inmediatamente después de ejecutada la conducta o en un momento posterior, siempre que en este caso haya relación causal entre la acción y su resultado.

d) Tipos de conducta permanente son aquellos en los que el comportamiento del agente se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se ponga fin a la conducta en estos casos, dice PANNAIN, “Se ocasiona la lesión de un bien jurídico que se produce en un momento dado y que se prolonga en el tiempo a partir del momento inicial de la lesión.” El concierto para delinquir y el secuestro son ejemplos de esta especie en el primero, la conducta típica se mantiene en tanto haya asociación con animo delincuyente, y en el segundo, permanece todo el tiempo en que el sujeto pasivo se halle a merced del actor.

e) Tipos de acción son los que describen un comportamiento positivo que ha de exteriorizarse mediante actos sensorialmente perceptibles como dar muerte a alguien, prender fuego a bien mueble o inmueble o destruir instalaciones telegráficas.

f) Entendemos por tipos de omisión aquellos en los que se describe una conducta negativa, vale decir, un no hacer penalmente relevante adviértase, sin embargo, que no cualquier actitud negativa configura la omisión típica, sino el no actuar cuando se tenía la obligación jurídica de hacer algo; tal la situación del agente de la fuerza pública que



rehúsa prestar el apoyo solicitado por autoridad civil o la de quien se niega a socorrer a persona "herida o en peligro de muerte o de grave daño a su integridad personal".

Sobre los delitos de omisión ya hablamos mas ampliamente anteriormente.

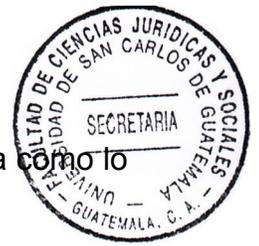
g) Son tipos abiertos los que describen escuetamente la conducta o mencionan solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo. De esta categoría son, entre otros, la falsificación de moneda y el incesto.

h) Cerrados son, en cambio, aquellos tipos que concretan las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que la conducta debe realizarse o señalan no solamente el resultado del comportamiento descrito sino también la forma como debe producirse; pertenecen a esta especie el estupro y la violación de derechos políticos.

➤ Elementos del tipo:

La acción realizada, revestida de un carácter ilegal no es un simple proceso causa, sino un proceso regido por la voluntad, de ahí se desprende que debe de tenerse en cuenta la voluntad del sujeto por eso el tipo cuenta con dos elementos el llamado tipo objetivo y el llamado tipo subjetivo.

En el primero se incluyen todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan a la acción realizada como lo es el autor, la acción, los medios, el objeto, etc. Y en el



segundo se encuentra el contenido de la voluntad que rige a la acción realizada como lo es el fin, los efectos comitantes y la selección de los medios.

Sobre los elementos objetivos del tipo ya hemos hablado extensamente anteriormente, por lo que en el presente tema nos limitaremos a lo relativo al elemento subjetivo del tipo que como ya indicamos son aquellos aspectos subjetivos que transcurren en la conciencia de la persona que realiza el delito, dentro de este el elemento principal es el denominado dolo del cual hablaremos a continuación.

➤ Concepto de dolo:

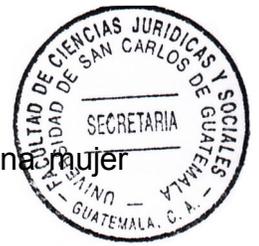
El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo. El Término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

Es la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso. O sea que es propósito o intención deliberada de causar un daño.

➤ Elementos de dolo:

De la definición de dolo aquí propuesta se deriva que el dolo se constituye por la presencia de dos elementos: uno intelectual y otro volitivo.

a) Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción como acción típica. Es decir ha de saber, por ejemplo en el homicidio, que mata a otra persona; en el hurto,



que se apodera de una cosa mueble ajena; en la violación, que yace con una mujer privada de razón o de sentido o menor de 12 años, etc.

El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

Esto no quiere decir que el sujeto deba tener un conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo.

b) Elemento volitivo. Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto. Cuando el atracador a un banco del sistema mata al cajero para apoderarse del dinero que éste tiene bajo su custodia, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero que éste guarda.



Igualmente, son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los móviles del autor. En el ejemplo anterior, los móviles del autor pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc.; el atraco no deja por eso de ser doloso.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aún no está decidido a realizar el hecho (por ejemplo, aún no sabe si disparar y espera la reacción del otro) o sabe que no puede realizarlo (la víctima se ha alejado del campo de tiro) no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.

➤ Clases de dolo:

Para establecer la clase de dolo debe de tomarse en cuenta la intensidad del elemento intelectual y volitivo, pudiendo así distinguir entre dolo directo y dolo eventual. Ambas categorías suponen una simplificación y una reducción de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto en relación con los elementos objetivos del tipo.

Dolo directo: En el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo penal (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad): El autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa, etc. En estos casos se habla de dolo directo de primer grado.



En el código penal se utiliza a veces expresiones como "de propósito", "intención", "malicia", etc., que equivalen a esta especie de dolo directo. Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende: Dispara contra alguien que está detrás de una vitrina de almacén, y sabe que para matarlo tiene que romper la vitrina que da a la calle del negocio referido. No basta con que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria producción, la incluya en su voluntad.

Dolo eventual: Con la categoría del dolo directo no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido debe, por razones político-criminales, imputarse a título de dolo a quien se le atribuye la acción, aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado.

En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado en su mente, como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción de éste. No es que el sujeto quiera el resultado a producir, pero el mismo se le representa mentalmente como probable, es decir, existe la posibilidad que éste se produzca, o en otras palabras, en su mente ha estado presente que "cuenta con él", o bien "admite su producción", "admite que es posible su probable producción" "acepta el riesgo", etc.

El "dolo eventual" constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario



distinguir las con una mayor claridad, dicha circunstancia ha sido objeto de un sin número de tesis las cuales por la naturaleza de la presente investigación no son relevantes.

El Artículo 11 del Código Penal indica que delito doloso es cuando el resultado ha sido previsto o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto. Nuestra legislación lo clasifica así: dolo directo y dolo indirecto.

La doctrina nos indica otras clasificaciones en cuanto al dolo las cuales únicamente enumeraremos y daremos una pequeña explicación, como lo son:

- DOLO DIRECTO: Es cuando la previsión y la voluntad se identifican completamente con el resultado, (cuando el resultado ha sido previsto), llamado también dolo intencional o determinado.
- DOLO INDIRECTO: Es cuando el resultado que no se quería causar directamente y que era previsible, aparece necesariamente ligado al hecho deseado y el sujeto activo ejecuta el acto, lo cual implica una intención indirecta.
- DOLO EVENTUAL: Surge cuando el sujeto activo ha previsto y tiene el propósito de obtener un resultado determinado, pero a su vez prevé que eventualmente pueda ocurrir otro resultado y aún así no se detiene en la ejecución del acto delictivo.



- DOLO DE LESION: Cuando el propósito deliberado del sujeto activo es lesionar, dañar o destruir, perjudicar o menoscabar un bien jurídico tutelado.
- DOLO PELIGROSO: Es cuando el propósito deliberado del sujeto activo no es precisamente lesionar un bien jurídico tutelado, sino ponerlo en peligro.
- DOLO GENERICO: Está constituido por la deliberada voluntad de ejecutar un acto previsto en la ley como delito.
- DOLO ESPECIFICO: Está constituido por la deliberada voluntad de ejecutar un acto previsto en la ley como delito.
- DOLO IMPETU: Es cuando surge imprevisiblemente en la mente del sujeto activo como consecuencia de un Estado de animo.
- DOLO DE PROPÓSITO: Es el dolo propio que surge en la mente del sujeto activo con relativa anterioridad a la producción del resultado criminoso, existe un tiempo más o menos considerable, que nuestro Código denomina premeditación, como agravante

➤ Tipo culposo

Como contraposición a lo que el tipo doloso, existe el tipo culposo el cual consiste en la violación de un deber de cuidado.



El concepto general de culpa puede construirse a partir de los tipos culposos que hay en la parte especial. Hay códigos que crean un "delito de culpa" (que se suele llamar crimen culpae) o bien, que admiten que cualquier tipo puede tener la forma culposa.

Si bien se ha dicho que la imprudencia es un exceso en el actuar y la negligencia es una falta en el actuar, lo cierto es que en uno y otro caso —que en el fondo no pueden distinguirse bien— hay un deber de cuidado violado, que es lo importante, como se deduce del mismo tipo cuando, en general, se refiere a los "deberes a su cargo".

- CULPA Y FINALIDAD. El derecho penal individualiza conductas que prohíbe con relevancia penal, mediante los tipos. Los tipos, legales siempre individualizan conductas y es imposible que individualicen otras cosas, porque es inconcebible que el derecho prohíba algo distinto que conductas humanas. Por consecuencia, el tipo culposo, al igual que el doloso, no hace distinto en individualizar una conducta. Si la conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. Todo este planteo parece una simpleza y, en realidad lo es. Puede reducirse a lo siguiente: los tipos (dolosos y culposos) contienen prohibiciones de conductas. No obstante, debemos hacer el planteo porque demasiado frecuentemente se ha confundido lo que se prohíbe (la conducta) con la forma en que se la prohíbe.



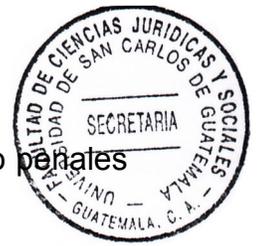
Cuando un sujeto circula por una carretera a exceso de velocidad, realiza exactamente la misma conducta violatoria del deber de cuidado que cuando circula por la misma carretera y a igual velocidad, pero con la diferencia de que causa una lesión o una muerte. Sin embargo, en el primer caso la conducta será atípica y en el segundo será típica.

La violación del deber de cuidado. Habiendo fracasado todas las tentativas de valerse de la causalidad para individualizar la conducta culposa, pasó a desempeñar un primerísimo papel la violación del deber de cuidado. Se trata de un componente normativo del tipo objetivo culposo que es hoy ampliamente reconocido como prioritario y decisivo por casi toda la doctrina.

Resulta claro que el deber de cuidado debe ser violado por una conducta, porque es inadmisibles que haya procesos causales que violen deberes de cuidado. Por otra parte, son incontables las conductas en que se puede violar, un deber de cuidado, determinando la afectación de un bien jurídico ajeno y que no se hallan reglamentadas ni podrían estarlo. Aquí las remisiones a las pautas sociales son absolutamente ineludibles.

➤ *La iter crimines*

En derecho penal se conoce como *iter criminis* a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación, esta constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir



lo que se ha propuesto, dichas etapas puede tener o no repercusiones jurídico penales y se dividen en fase interna y fase externa del iter criminis.

- Fase Interna:

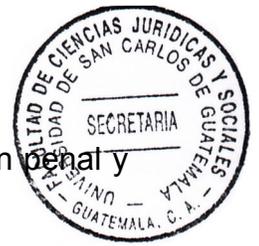
Esta conformada por las llamadas “voliciones criminales” que no son mas que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito. Este estadio del iter criminis se basa en el principio de “el pensamiento no delinque”.

- Fase externa:

La fase externa del iter criminis comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido a través de una resolución criminal manifiesta nuestro código penal reconoce expresamente dos formas de resolución criminal una individual, la proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra o a otras personas a ejecutarlo; y la colectiva, la conspiración cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito.

- La consumación

El delito es consumado cuando ocurren todos los elementos de su tipificación realizando voluntariamente actos propios del delito y configurando los elementos que lo



integran, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico objeto de protección penal y se sancionará de acuerdo con el Artículo 62 del Código Penal.

- La tentativa

la tentativa cuando con el fin de cometer un delito se comienza su ejecución por actos externos, idóneos, y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente, el sujeto activo mantiene la finalidad de cometer el delito, esta finalidad se identifica plenamente con la “intencionalidad” de tal manera que sólo cabe en los delitos dolosos, ya que en los delitos culposos existe ausencia de voluntad intencional, los actos encaminados a la ejecución del delito deben ser idóneos y dirigidos a la perpetración del mismo, se sanciona de acuerdo a los Artículos 63 y 64 del Código Penal.

- La tentativa imposible

Si la tentativa se efectúa con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad. En este caso no obstante la voluntad del sujeto activo, el delito no puede llegar a consumarse nunca, porque las medidas que utiliza son inadecuadas (envenenamiento con azúcar) o porque el objeto sobre que recae la acción hace imposible la consumación del hecho (pretender matar a un muerto), en este caso la ley supone evidentemente un indicio de peligrosidad en el sujeto activo y ordena las medidas de seguridad correspondientes.

- El desistimiento



Cuando comenzada la ejecución de un delito el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlos. Solo se le aplicará sanción por los actos ejecutados, si estos constituyen delitos por sí mismos. No hay que confundirlo con el desistimiento procesal, aquí se trata de que el sujeto activo a pesar de que puede consumar el delito y habiéndolo iniciado desiste voluntariamente de consumarlo, entonces su conducta es impune a menos que de los actos realizados se desprenda la comisión de otro delito el cual deba sancionarse.

4.2 Momento procesal de tipificar la conducta en Código Procesal Penal

Este tema es meramente procesal, como ya lo vimos en el procedimiento común, es la etapa preparatoria donde el juez posterior al conocimiento de un hecho delictivo y haber escuchado la declaración del sindicado debe de resolver su situación jurídica. Para esto analizaremos paso a paso el proceso en los delitos relativos a la narcoactividad que es el tema central de la presente investigación.

Los delitos relativos a la narcoactividad pueden dar inicio de cualquiera de las maneras analizadas en los capítulos anteriores como lo son la denuncia, prevención policial, conocimiento de oficio y muy rara vez como una querrela ya que por la magnitud de dichos delitos el ente encargado de la investigación (Ministerio Público), actúa inmediatamente.



Analizaremos la circunstancia de los delitos de narcoactividad en los cuales los autores son sorprendidos flagrantemente, por lo que la forma de inicio que presentaremos será la prevención policial.

Posterior a la detención y de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, al ser puesto a disposición del órgano jurisdiccional, el sindicado debe de ser escuchado, cumpliendo los requisitos esenciales de la misma los cuales de conformidad con la ley, es que sea ante juez competente, dentro del plazo establecido en la ley y en presencia de su abogado defensor. Las formalidades de la declaración del sindicado se encuentran reguladas en los Artículos 81, 82 y 83 del Código Procesal Penal.

De conformidad con el Artículo 259 del Código Procesal Penal, de mediar información suficiente sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que la persona sindicada lo ha cometido o participado en el, el órgano jurisdiccional decreta la prisión preventiva. Como ya ha sido indicado anteriormente los delitos relativos a la narcoactividad no tienen el beneficio del otorgamiento de una medida sustitutiva, por lo que el juzgador de no cumplirse los requisitos de la prisión preventiva, únicamente puede resolver la falta de merito.

En este momento y de conformidad con el Artículo 320 del Código Procesal Penal, el juzgador dicta el auto de procesamiento.



“Artículo 320. Auto de procesamiento. Inmediatamente de dictado el auto de prisión o una medida sustitutiva, el juez que controla la investigación con base en el requerimiento del fiscal, emitirá auto de procedimiento contra la persona a que se refiere. Sólo podrá dictarse auto de procesamiento después de que sea indagada la persona contra quien se emita. Podrá ser reformable de oficio o a instancia de parte solamente en la fase preparatoria, antes de la acusación, garantizando el derecho de audiencia.”

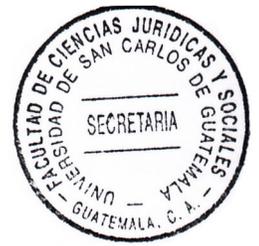
Dicho auto debe de cumplir ciertas formalidades o requisitos los cuales de conformidad con la ley son:

“Artículo 321. Requisitos. El auto de procesamiento deberá contener:

- 1) Nombres y apellidos idos completos del imputado, su nombre usual en su caso, o cualquier otro dato que sirva para identificarlo.
- 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos sobre los que recibió la indagatoria
- 3) La calificación legal del delito, la cita de las disposiciones aplicables; y
- 4) Los fundamentos de la decisión y la parte resolutive.”

Como se establece en el numeral tres de dicho artículo se da lo relativo al tipo, es aquí donde el juzgador debe establecer que figura delictiva de las contempladas en la ley es por la cual se continuara el procedimiento.

Para seguir el orden contenido en nuestro código procesal penal, debemos de hablar sobre los efectos del auto de procesamiento los cuales se encuentran regulados así:



“**Artículo 322. Efectos.** Son efectos del auto de procesamiento:

- 1) Ligar el proceso a la persona contra quien se emita.
- 2) Concederle todos los derechos y recursos que este código establece para el Imputado.
- 3) Sujectarlo, asimismo, a las obligaciones y prevenciones que del proceso se deriven, inclusive el embargo precautorio de bienes; y
- 4) Sujetar a la persona civilmente responsable de las resultas del procedimiento.”

Como adición podemos mencionar otros dos efectos que no necesariamente se encuentran regulados pero al fin y al cabo son consecuencia de que se dicte el mismo los cuales son:

- Establecer la calificación jurídica del delito a perseguir.
- Iniciar el procedimiento preparatorio.

4.3 Deficiencias en la Regulación de los delitos de Narcoactividad

A continuación analizaremos las normas relativas a los delitos de narcoactividad, específicamente tres figuras delictivas que son las que mas frecuentemente se dan en esta ciudad, siendo estos: Comercio, trafico y almacenamiento ilícito, regulado en el Artículo 38 de la Ley contra la Narcoactividad, posesión para el consumo, regulado en



el Artículo 39 y Promoción y fomento regulado en el Artículo 40 del cuerpo legal ya citado.

A continuación analizaremos cada uno de estos delitos a efecto de establecer las deficiencias de cada una de las calificaciones que hace el legislador en cuanto a cada delito.

“Artículo 38. Comercio, Tráfico y almacenamiento ilícito. El que sin autorización Legal adquiera, enajene a cualquier título, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expendo o realice cualquier otra actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florescencias o sustancias o productos clasificados como drogas, estupefacientes, psicotrópicos o precursores, será sancionado con prisión de doce a veinte años y multa de Q. 50,000,00 a Q. 1,000.000.00, igual pena se aplicará a quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas utilizadas para el tráfico ilícito.”

Esta tipificación que el legislador le da a la figura de Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito es demasiado amplia, ya que contiene varias acciones que el sujeto pueda realizar para considerar que su acción se encuadra en dicha norma, por lo que aquí se establece la primera deficiencia que consiste en la amplitud de criterio que la misma ley le da al juzgador.

Cabe tomar nota de los elementos del tipo consistentes en la acción a realizar la cual se encuentra contenida en los verbos de “almacene”, “transporte”, “venta”, “expendo”, “o



realice cualquier otra actividad”, los cuales compararemos con los otros delitos a analizar.

“Artículo 39. Posesión para el consumo. Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q200.00 a Q 10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.”

Este artículo por el contrario al anterior es mas limitado en la acción a realizar ya que únicamente nos indica que quien adquiera o posea, el problema con este artículo es que dichos verbos son susceptibles de ser igualados o comparados a los del delito de Comercio, trafico y almacenamiento ilícito, ya que el anterior deja abierta la posibilidad de que el juzgador pueda incluir la actividad de poseer o adquirir dentro de la acción de “o realice cualquier otra actividad”.

“Artículo 40. Promoción y fomento. El que en alguna forma promueva el cultivo, el tráfico ilícito, de semillas, hojas floescencias plantas o drogas, o la fabricación, extracción, procesamiento o elaboración de éstas, o fomente su uso indebido, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de Q 10,000.00 a Q.100, 000.00.”

En este artículo la deficiencia existe en las dos principales acciones que debe de realizar el sujeto, el promover o fomentar, ya que como lo vimos anteriormente estos



son elemento subjetivos del tipo por lo que el juzgador debe de analizar al momento de dictar el procesamiento. Circunstancia que debe de ser analizada procesalmente, lo cual es tratado en el siguiente tema.

4.4 Deficiencias en la forma de tipificación actual en delitos de narcoactividad.

En la actualidad ya establecimos que inmediatamente después de escuchar al sindicado el juez debe de realizar la tipificación del delito al dictar el auto de procesamiento, de los Artículos 38, 39 y 40 de la Ley contra la Narcoactividad pudimos establecer que los mismos son amplios o no muy específicos en cuanto la acción a realizar por parte del sujeto lo cual aunado a varias circunstancias que a continuación analizaremos, dejan una amplitud de criterio al juzgador para tipificar cierta conducta de un delito a otro. Estas circunstancias que el juzgador puede tener analizaremos las siguientes.

Los jueces como en todo sistema judicial puede ser susceptible de presiones en este caso se de tipo económico, emocional o físico, ya sea por la corrupción o la inseguridad que prevalece en nuestro país.

Hablar de narcoactividad implica hablar de drogas, y precisamente por ello, debemos señalar que según la Organización Mundial de la Salud (OMS), drogas son "*sustancias de origen natural o sintético, que introducidas en nuestro organismo por cualquier vía,*

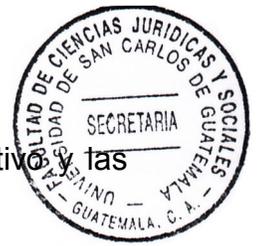


afectan el sistema nervioso central (SNC) y pueden ocasionar dependencia física, psicológica o ambas”.

Las drogas ilegales como la tradicional marihuana, la cocaína y su explosiva variante el crack, la heroína y las Metanfetaminas como el éxtasis, a pesar de su poca incidencia en el consumo, sin embargo, nos reportan graves consecuencias sociales por la violencia y delincuencia que les acompaña. A lo anterior debemos agregar que a partir de los datos disponibles, podemos afirmar que el consumo de drogas ilícitas se concentra en las áreas más densamente pobladas y se acentúa en el área metropolitana.

El narcotráfico ha contribuido sustancialmente al aumento de la criminalidad, generando corrupción, violencia y desestabilización política. En 10 de los 13 países que ofrecen datos comparativos fiables, las tasas de delincuencia aumentaron cuatro o seis veces en los años noventa. A medida que la autoridad de los gobiernos ha disminuido, amplias zonas urbanas y rurales se han convertido en áreas vedadas para la policía, donde los barones de la droga imponen su sistema de control político, recolectando impuestos y estableciendo toques de queda, reclutamientos y requisas forzosas.

En 1997 un estudio del Banco Mundial sobre la criminalidad en América Latina mostró que los delincuentes basan sus decisiones en una especie de análisis de coste-beneficio: calculan los potenciales beneficios de un delito en relación a los costes y riesgos de cometerlo y la probabilidad y severidad del castigo. Si la industria del secuestro en países como Colombia o México es un indicativo fiable de esa teoría,



entonces las bandas han concluido que el crimen es extremadamente lucrativo y las consecuencias penales escasas.

Otro problema que nuestro país enfrenta es el lo relativo a la proliferación de las “maras”, (las cuales se encuentran muy ligadas al crimen organizado) bandas juveniles que derivan su nombre de la “marabunta”, una voraz plaga de hormigas que arrasa con todo lo que encuentra a su paso. Esa metáfora no es exagerada: en diciembre de 2004 unos pistoleros abrieron fuego contra un autobús en Chamalecón, Honduras, matando a sus 28 pasajeros sin ninguna razón aparente. Los atacantes eran miembros de la “Mara Salvatrucha” –o MS-13– que con esa matanza enviaba un mensaje al Gobierno sobre lo que podía ocurrir si continuaba su ofensiva contra sus miembros. Unos meses después, la policía Estadounidense detuvo a los presuntos planificadores del ataque en Tejas.

El aumento en el número de ataques contra jueces, fiscales y defensores de derechos humanos, y la consecuente falta de investigación exhaustiva sobre estos hechos delictivos, constituyen una seria manifestación del clima de impunidad con la que operan grupos clandestinos. Las debilidades que se observan en el Ministerio Público, tanto en términos de recursos humanos como materiales, impiden que tal órgano desempeñe sus funciones de manera eficaz.

Como otro gran problema tenemos la corrupción la cual ha aumentado significativamente en los últimos años y representa el obstáculo número uno para



aumentar la efectividad de todos los programas de cualquier índole en Guatemala. La Organización Transparencia Internacional (Transparency International) en alguna oportunidad reciente colocó a Guatemala en el lugar número veintiuno de países más corruptos de un total de 102 países. Constantemente se escuchan quejas de agentes de policía, fiscales y jueces corruptos. Los esfuerzos para aprobar la ley sobre corrupción y transparencia han fracasado, principalmente por los desacuerdos que existen entre los partidos políticos.

En la primera cumbre regional contra la narcoactividad y la corrupción realizada en San José, Costa Rica se llegó a la conclusión en cuanto a corrupción que "En Centroamérica persisten todavía debilidades institucionales que le restan legitimidad, credibilidad y eficacia a la democracia. El fortalecimiento de los parlamentos, pieza central de la democracia, es una de las más apremiantes tareas públicas que enfrenta el sector público. No existe una democracia verdadera sin un parlamento fuerte; fuerte en mecanismos de fiscalización y control del poder ejecutivo; en legitimidad frente a los ciudadanos y la opinión pública; en representar todos los sectores; en la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción y la defensa de los derechos humanos".

En Guatemala, los profesionales del derecho sufren amenazas, intimidación y ataques con demasiada frecuencia. Tanto jueces, como fiscales y abogados son víctimas de amenazas de muerte y de otros actos de intimidación, especialmente aquellos que tratan de hacer justicia en relación con abusos contra los derechos humanos cometidos en el pasado.



Son acciones valerosas las que logran cambios, como la realizada por La Red internacional de profesionales del derecho de amnistía Internacional quienes han iniciado una campaña bajo el lema **Justicia sin miedo** dirigida a fortalecer a la comunidad jurídica guatemalteca. Además de informar sobre el contenido de la campaña, los miembros de la red pretenden ayudarles a denunciar las amenazas y ataques, y contribuir a dar a conocer la labor de los diversos mecanismos de rendición de cuentas existentes, como la fiscalía de delitos contra los operadores de justicia y el relator especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y magistrados.

Otro gran problema es la falta de presupuesto que tienen todas las instituciones relacionadas con la justicia las cuales en los últimos años se han visto abandonadas en virtud de las resoluciones que dictan en contra de ciertos funcionarios de gobierno, quienes irónicamente deben de decidir el presupuesto de las mismas.

Todos los anteriores problemas son claros y nos hacen comprender que los jueces por las presiones que pueden sufrir al momento de ser tentados por ofrecimientos económicos, ya que los delincuentes cuentan con recursos económicos, o por amenazas que puedan sufrir en contra de ellos o sus parientes, ya que en la actualidad son pocas las acciones que se puedan tomar para salvaguardar la integridad física de jueces, magistrados, fiscales y sus familiares.



Dejando las presiones por un lado existe una ultima deficiencia en cuanto a la forma de tipificación actual de los delitos de narcoactividad, la cual consiste en que como ya vimos el legislador dicta el procesamiento inmediatamente después de escuchar la primera declaración del sindicado, momento en el cual no se tienen mayores medios de convicción para fundamentar el auto de procesamiento, ya que únicamente cuenta con el contenido de la prevención policial (en caso de delito flagrante), y la declaración del sindicado.

Lo anterior nos lleva a resumir en que consisten las deficiencias:

- Las normas de los delitos de narcoactividad estudiadas en el tema anterior no son claras o precisas.
- Los Jueces son sujetos de presiones.
- Al momento de dictar el procesamiento el juez no cuenta con suficientes medios de convicción para fundamentar su resolución.

Con el siguiente ejemplo se pretende que quede claro el problema planteado en la presente tesis:

En un día cualquiera a una hora determinada es detenido un sujeto el cual porta medio kilo de mariguana en varios sobres, estos pocos datos dados son así mismo los recibidos por el juez al momento de tomar la declaración, ignorando aun si la droga lo es efectivamente y si el peso también es el que se dice ser.



Al recibir la declaración, lógicamente el sindicado negara lo afirmado en el parte policial, es aquí donde se da el problema imaginemos que dicho sujeto es uno de los principales dentro de la organización delictiva, por lo que ofrece al juzgador una jugosa cantidad para solventar mas rápidamente su situación, lo cual en virtud de la corrupción y los otros problemas expuestos es posible, o peor aun manda a otros delincuentes de la organización a proferir amenazas al juzgador o familiares, circunstancia también muy posible.

El juzgador el virtud de dichas circunstancias y dada la no muy clara legislación puede establecer que la droga que tenia el sujeto era para su consumo, encuadrando su acción en posesión para el consumo delito que tiene una pena no muy grave, o bien podría tipificar la hacino como comercio, trafico y almacenamiento ilícito, ya que la persona indica el juzgador puede aducir que la droga era transportada, o era para ser distribuida o para venta, o como otra figura podría tipificarla conducta como promociona y fomento, aduciendo que la acción del sujeto era la de promover el consumo de dicha droga. Lo anterior puede hacerlo en perjuicio del sistema de justicia ya que como ya se estableció los diferentes delitos cuentan con penas distintas, unas de mayor gravedad que otras, dándose así beneficios a ciertos delincuentes.

Dichos beneficios pueden ser aparte de una pena mas beneficiosa otros como la suspensión condicional de la pena, la cual para su otorgamiento la ley exige ciertos requisitos como el que la pena máxima no exceda de cinco años, como el delito de posesión para el consumo, no así el de fomento y estimulo y el de comercio trafico y



almacenamiento ilícito, por lo que encuadrar una figura delictiva de comercio tráfico y almacenamiento ilícito, en la figura de posesión para el consumo puede dar este beneficio al sindicado.

Lo anterior deja claro el problema existente y la necesidad de limitar la actual facultad de los jueces al momento de tipificar las figuras delictivas.

4.5 Necesidad de modificar el momento y la forma de tipificar los delitos de narcoactividad.

Como ya lo vimos en el capítulo anterior se necesita modificar el momento y la forma de tipificar los delitos de narcoactividad, por que el momento, por que actualmente el juez no cuenta con suficientes medios de convicción para poder tomar una decisión acertada y fundamentada, y por que la forma, por que el juez por la gravedad de este tipo de delitos se puede ver influenciado al momento de tomar tan importante decisión.

Como alternativas para la solución de dichos problema el sustentante propone una reforma integral a la ley especial en materia de narcoactividad, en la cual los artículos que describen la actividad delictiva del sujeto sean mas especificas describiendo circunstancias que hagan mas limitada la facultad del juez de jugar entre las distintas figuras delictivas, como lo vimos en el ejemplo del capítulo anterior, lo cual puede hacerse al regular un peso en lo relativo a la posesión para el consumo en base a estudios de profesionales, ya que resulta ilógico que una persona que porta una gran



cantidad de droga sea juzgada por el delito de posesión para el consumo, el cual tiene una pena menor de la que realmente debería merecer el delincuente.

Otra circunstancia que debería ser aconsejable es incluir en la norma circunstancias específicas de la conducta, como el lugar de comisión, ya que no es la misma gravedad la comisión de un delito de narcoactividad en un centro de detención o en un lugar donde únicamente pueda ingresar personas adultas, que distribuir droga frente a una escuela de educación primaria, con lo cual tocamos otro punto importante, la persona a la cual se dirige la comisión del delito ya que este tipo de delito lo que protege es la salud y la integridad tanto física como mental de la persona, pero no será la misma gravedad la venta a una persona adulta que es adicta que el daño que se le hace a un menor que no tiene idea de lo que se le esta ofreciendo.

Circunstancias como las ya descritas son de vital importancia y pese a que la ley especial de la materia regula alguna que otra circunstancia de las ya descritas, lo hace fuera de la norma específica, con lo cual los jueces se hacen de la vista gorda y aplican la ley a su mejor conveniencia, cabe volver a mencionar lo relativo a las presiones, ya que no se podría tachar a todos los jueces de corruptos por las actitudes de unos cuantos.

Al verse la realidad del país se puede establecer que lo anterior es totalmente factible y que las circunstancias por mas extremas que puedan parecer, son posibles, por lo que la reforma propuesta debe de ser de gran importancia, ya que en la actualidad se dan



dichas circunstancias, por lo que se da beneficios a personas que no los merecen, lo que legalmente no pueden dárseles, fomentando con esto la injusticia y la impunidad.

4.6 Ventajas y desventajas de la propuesta contenida en la tesis

Debemos tomar en cuenta las ventajas de la presente investigación, ya que al darse la reforma integral propuesta, los jueces pese a las presiones tanto económicas como a la integridad física de ellos o sus familiares, no puedan dar beneficios a los delincuentes y les impongan las penas las cuales se merecen, tratando de apalea con esto la delincuencia actual.

Pero como todo cambio necesita de la voluntad política de diversos funcionarios para que este pueda ser concretizado, y como ya lo vimos este tipo de delito esta íntimamente ligado al crimen organizado, el que en la actualidad tiene un gran poder en la toma de decisiones de cualquier índole en el país, lo cual puede afectar gravemente la propuesta realizada.

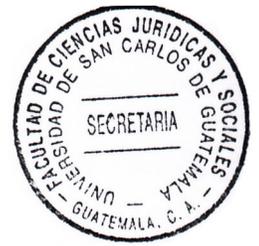
Otra dificultad es la falta de presupuesto en las instituciones que deben velar por el correcto cumplimiento de la ley, ya que al tenerlas en el olvido no pueden implementarse los mecanismos necesarios para la instrucción y capacitación de jueces especiales en lo relativo a la narcoactividad los cuales sean preparados para la aplicación de las normas de conformidad con su espíritu y su contenido, ya que al



dárseles ciertas libertadas vuelven a surgir las presiones que actualmente son susceptibles, al tener un sueldo no muy honroso y una seguridad precaria.

Lo anterior se puede ver cambiado si como se da en la actualidad, la sociedad civil se sigue levantando, exigiendo sus derechos, participando en la vida política, eligiendo a las autoridades correctamente, no dejándose engañar por políticos que únicamente ven su conveniencia y tomando cada vez mas y mas interés en la realidad del país, con lo cual verdaderamente se podrá exigir a los funcionarios que apliquen correctamente la ley y velen por el bienestar de todos los guatemaltecos.





CONCLUSIONES

1. Hay que admitir la realidad de nuestro país, al aceptar que los delitos relativos a la narcoactividad están íntimamente ligados al crimen organizado, el cual cuenta con un sinnúmero de recursos, inclusive superiores a los del sistema de justicia.
2. Los jueces de narcoactividad, por la falta de recursos y la inseguridad, son susceptibles a ser objeto de presiones, ya sean económicas; dado los ingresos tan bajos y los índices de corrupción, o presiones en contra de su integridad al ser objeto de amenazas y de temor a ser lesionados en su integridad física o la de sus familiares.
3. La norma jurídica que tipifica los delitos relativos a la narcoactividad, da una gran libertad a los jueces para que ellos decidan cómo encuadrar la conducta del delincuente en las figuras delictivas relativas a la materia, las cuales entre una y otra otorga ciertos beneficios a los infractores.





RECOMENDACIONES

1. Que el Estado busque los mecanismos para garantizar la vida, la salud, la integridad y el desarrollo de su población, a efecto de radicar o limitar los efectos de la narcoactividad en nuestro país.
2. A corto plazo, que el Organismo Judicial busque los mecanismos para evitar la corrupción, así como a prestar seguridad a los jueces para que éstos se sientan seguros de aplicar la ley correctamente sin temor a ser objeto de lesiones a su integridad.
3. A largo plazo, que el Congreso de la República de Guatemala, reforme integralmente la Ley contra la Narcoactividad a efecto de que no se dé tan amplia libertad a los juzgadores al momento de dictar el auto de procesamiento; esto, limitando la norma al agregarle elementos, como pueden ser un peso, un ánimo más específico, el objeto del delito, etc.
4. Que al reformarse la Ley contra la Narcoactividad, se limite la facultad de los juzgadores al momento de tipificar los delitos relativos a la narcoactividad, por medio de una legislación más clara o que no de tanta amplitud a que sea el juzgador que decida cual era la intención del sindicado al momento de efectuar la infracción a la ley penal.





BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, **Prólogo de el proceso civil**. Buenos Aires, Argentina; Ediciones Jurídicas Europa – América, 1957, pag. 552.

ASENCIO MELLADO, José María. **Derecho procesal penal**. 2a ed. Valencia, España. Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 2da. ed. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro 1985.

COUTURE, Juan Eduardo, **Vocabulario jurídico**, Buenos Aires, Argentina ; Ed. Desalma, 1976.

DE LEÓN VELASCO, Aníbal, y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 14a. ed. Guatemala. Ed. F&G Editores, 2003.

Diccionario de la lengua española. (s.e) Barcelona, España, Ed. Océano, S. A. 1994.

HENTIG, Hans Von (Autor) y Rodríguez Devesa, José Maria (Coautor), **La pena, formas primitivas y conexiones histórico – culturales**, Madrid, España, Ed. Espasa-Calpe, 1967.

ISSA KHOURY, Jacobo Henry y Alfredo Chirino Sánchez, **Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal**. San Jose, Costa Rica. Ed. Iland. 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **Teoría general del delito**. 2da. Ed. Bogota, Colombia, Editorial Temis, S.A. 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 9a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1985.



PALÉS, MARISOL. **Diccionario jurídico Espasa**. 1a ed. electrónica. Madrid, España

Ed. Espasa Calpe, S.A. 2001

QUINTANO REPOLLES, Arturo; **Comentarios al código penal**, Madrid, España. Ed.

Revista de Derecho Privado, 1966.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; **Manual de derecho penal**. México D.F. México. Ed.

Cárdenas, 1991, 4ta edición.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional

Constituyente, 1986.

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

Ley Contra la Narcoactividad. Congreso de la República, Decreto número 48-92,
1992.