

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO NON BIS IDEM Y DE LA
CONSPIRACIÓN COMO DELITO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA, DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

VIVIAN ADALY AGUILAR GÓMEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO NON BIS IDEM Y DE LA
CONSPIRACIÓN COMO DELITO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA, DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VIVIAN ADALY AGUILAR GÓMEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2012

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

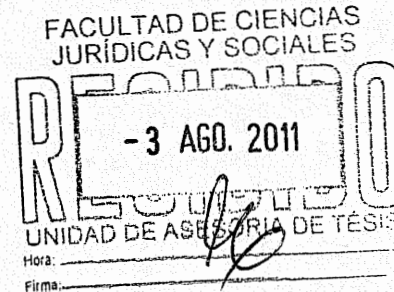
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciado
Jose Waldemar López Gómez
Abogado y Notario



Guatemala, 04 de julio de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Licenciado Castro Monroy:

Le doy a conocer que de acuerdo a resolución emitida por el despacho a su cargo de fecha veintitrés de febrero del año dos mil once, se me nombró asesor de tesis de la bachiller Vivian Adaly Aguilar Gómez, que se denomina: **“EL DELITO DE CONSPIRACIÓN CONFORME LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS REPERCUSIONES EN EL PRINCIPIO NON BIS IDEM”**. Después de la asesoría llevada a cabo, le indico:

- a) La bachiller Aguilar Gómez al desarrollar la tesis empleó un contenido técnico y científico acorde y relacionado con el tema investigado, mediante la obtención de la información jurídica y doctrinaria adecuada. También, hizo la utilización correcta del lenguaje apropiado; mediante el empleo de los pasos del proceso investigativo.
- b) Durante el desarrollo de la misma, fueron empleados los métodos de investigación siguientes: analítico, con el que se señaló la importancia del principio *non bis in idem*; el sintético, estableció sus características; el inductivo, dio a conocer el delito de conspiración y el deductivo, indicó lo relacionado con la delincuencia organizada.
- c) Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas, y con las mismas se recopiló la información legal y doctrinaria relacionada con el tema de tesis que se investigó.
- d) La redacción tiene relación con los capítulos de la tesis, y se adapta a los cuatro capítulos desarrollados. La hipótesis formulada, se comprobó al señalar la violación al principio *non bis in idem*.
- e) En relación a su contenido, la misma señala los fundamentos jurídicos, que informan el delito de conspiración en la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Los objetivos dieron a conocer, lo esencial de su regulación legal.
- f) La tesis es contributiva de forma científica a la ciudadanía guatemalteca y es de útil consulta para estudiantes y profesionales, y en ella la bachiller Aguilar Gómez estudia

Licenciado
Jose Waldemar López Gómez
Abogado y Notario



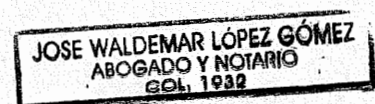
jurídica y doctrinariamente el delito de conspiración y la violación al principio *non bis in idem*.

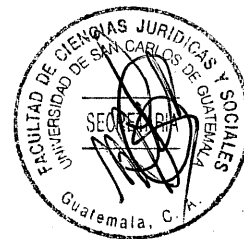
- g) Las conclusiones y recomendaciones, fueron redactadas de forma sencilla y constituyen supuestos valederos, que definen el delito de conspiración en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.
- h) La bibliografía es adecuada y actualizada. A la sustentante le sugerí la necesidad de realizar varias correcciones a su introducción, índice, capítulos y bibliografía; encontrándose de acuerdo en llevar a cabo las correcciones. También, le indiqué la necesidad de modificar el título de su tesis, quedando de la siguiente forma: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y DE LA CONSPIRACIÓN COMO DELITO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Lic. Jose Waldemar López Gómez
Asesor de Tesis
8ª. avenida 20-25 local "A" zona 1
Tel. 46489734
Colegiado 1,932

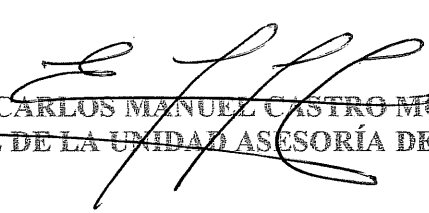




UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OSCAR FRANCISCO CIFUENTES MENDOZA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VIVIAN ADALY AGUILAR GÓMEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO NON BIS IDEM Y DE LA CONSPIRACIÓN COMO DELITO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA."

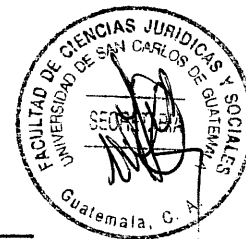
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/Cpt

Lic. Oscar Francisco Gifuentes Mendoza
Abogado y Notario



Guatemala, 28 de septiembre de 2011

Licenciado

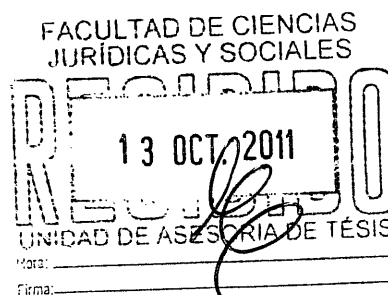
Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de emitir dictamen sobre la revisión de tesis de la bachiller Vivian Adaly Aguilar Gómez, según resolución de fecha dieciocho de agosto de dos mil once, de su trabajo de tesis intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO NON BIS IDEM Y DE LA CONSPIRACIÓN COMO DELITO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA". Después de la revisión encomendada dictamino:

1. El contenido científico y técnico de la tesis es el adecuado y para su obtención la sustentante empleó la doctrina y legislación adecuada, redactándola correctamente y utilizando un lenguaje apropiado y además desarrolló de manera sucesiva; los distintos pasos del proceso de investigación.
2. La tesis contribuye de manera científica a la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para profesionales y para estudiantes, y en la misma la ponente señala un amplio contenido; que se relaciona con el delito de conspiración.
3. La redacción empleada es la correcta y se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis. La hipótesis comprobó la importancia de sancionar a los responsables de la comisión del delito de conspiración en Guatemala.
4. El contenido técnico y científico de la tesis, señala con datos actuales la problemática actual. Los objetivos se determinaron y establecieron los fundamentos jurídicos que informan el delito de conspiración en la legislación penal guatemalteca.

Lic. Oscar Francisco Cifuentes Mendoza
Abogado y Notario



5. Los métodos de investigación empleados, fueron los siguientes: analítico, con el que se señaló la conspiración; el sintético, dio a conocer sus características; el inductivo, señaló la problemática; y el deductivo dio a conocer su regulación legal. Las técnicas de investigación utilizadas fueron: fichas bibliográficas y documental, con las cuales se recolectó la información actual y suficiente.
6. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla y constituyen supuestos certeros que definen los hechos ilícitos que se cometen y que derivan del delito de conspiración.
7. La bibliografía utilizada es la adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción, citas bibliográficas y capítulos; encontrándose conforme en llevar a cabo las modificaciones sugeridas.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.

Oscar Francisco Cifuentes Mendoza
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Oscar Francisco Cifuentes Mendoza
Vía 5 3-65 zona 4 oficina 23 Edificio El Ángel
Tel: 52287286
Colegiado 3429
Revisor de Tesis



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de febrero de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante VIVIAN ADALY AGUILAR GÓMEZ titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO NON BIS IDEM Y DE LA CONSPIRACIÓN COMO DELITO DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DECRETO 21-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Por ser la luz, la fuerza y la esperanza de mi vida y guiarme hacia el camino correcto.
- A MIS PADRES: Edwin Gerardo Aguilar Hernández (Q.E.P.D.), y Blanca Lidia Gómez de Aguilar, por darme el regalo de la vida pero en especial a mi madre por el apoyo incondicional que me brinda en cada instante TE AMO MAMI.
- A MIS HERMANOS: Gerardo y Amhed, por estar presentes en mis triunfos y logros alcanzados.
- A MIS HIJOS: Axel y Ximena, por llenar mi vida de alegría y ser la base fundamental de mis metas y propósitos.
- A MIS AMIGOS: Por todos los momentos que vivimos, para alcanzar nuestros sueños.
- A LOS PROFESIONALES: Por la paciencia y dedicación, para la preparación de mi formación académica.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala
por abrirme las puertas y darme la oportunidad
de egresar de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El delito.....	1
1.1. Naturaleza jurídica.....	2
1.2. Definiciones.....	7
1.3. Criterios.....	8
1.4. Elementos positivos del delito.....	13
1.5. Elementos negativos del delito.....	13
1.6. Relación de causalidad.....	14
1.7. Causas de inimputabilidad.....	14
1.8. Causas de justificación.....	15
1.9. Causas de inculpabilidad.....	16
1.10. Circunstancias atenuantes.....	17
1.11. Circunstancias agravantes.....	20

CAPÍTULO II

2. Delincuencia organizada.....	25
2.1. Definición.....	28
2.2. Generalidades.....	29
2.3. Estructura.....	30
2.4. Operaciones administrativas internas.....	36



2.5.	Operaciones administrativas externas.....	38
2.6.	Operaciones financieras.....	39
2.7.	Principales actividades.....	41
2.8.	Influencia de la delincuencia organizada en el ámbito social.....	41

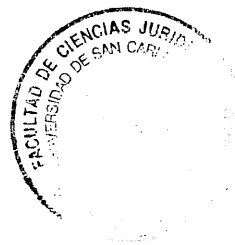
CAPÍTULO III

3.	Análisis de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.....	45
3.1.	Objeto, naturaleza y ámbito de aplicación.....	46
3.2.	Definición de grupo delictivo.....	46
3.3.	Agravantes especiales y pena accesoria.....	49
3.4.	Plazos.....	50
3.5.	El deber de colaborar y la confidencialidad.....	50
3.6.	Alcances de la investigación criminal.....	51
3.7.	Pruebas anticipadas de testimonios.....	52
3.8.	Operaciones y agentes encubiertos.....	53
3.9.	Entregas vigiladas.....	62
3.10.	Interceptaciones telefónicas.....	67
3.11.	Responsabilidad de funcionarios públicos.....	68

CAPÍTULO IV

4.	Análisis jurídico del principio <i>non bis in idem</i> y del delito de conspiración como delito de la delincuencia organizada.....	71
4.1.	Imposibilidad de sancionar dos veces el mismo delito.....	73
4.2.	Las infracciones no penales.....	73

	Pág.
4.3. El principio <i>non bis in idem</i> y las sanciones de carácter penal.....	76
4.4. Concurso ideal.....	79
4.5. Concurso real de delitos.....	82
4.6. Concurso de leyes.....	84
4.7. Inadmisibilidad de la perfección penal múltiple.....	87
4.8. La doble persecución en el caso de sentencia condenatoria o absolutoria.....	89
4.9. El principio <i>non bis in idem</i> y la conspiración como delito de la delincuencia organizada.....	92
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

El tema se eligió, debido a la importancia de analizar el principio *non bis in idem* y su repercusión en el delito de conspiración en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, para así determinar que la citada norma, cataloga el delito de conspiración como autónomo y el mismo no cumple con los requisitos para serlo, debido a que si la acción del verbo rector para ese delito, consiste en conspirar o concertar con otras personas, sin que la ejecución de lo que han concertado se ha llevado a cabo, sería sumamente difícil para las autoridades investigativas y para el Ministerio Público; la determinación de que punto se conspiró, concertó; y que fue lo que realizó desde la perspectiva del *iter criminis*.

Los objetivos de la tesis, señalaron que puede acumularse una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho, si el sujeto se encuentra en relación de sujeción especial con la administración, y si existe una relación de especial sujeción entre los penados y la administración penitenciaria; ello justifica que los reclusos sean sancionados penalmente y disciplinariamente. La hipótesis formulada, señaló que el principio *non bis in idem* puede ser invocado desde el comienzo de la persecución penal, para evitar la duplicidad de procesos, ya que en el Código Procesal Penal, no aparece contemplada expresamente la litispendencia; como una de las excepciones que se pueden oponer al progreso de la persecución penal. No obstante, es evidente que tal excepción es el medio idóneo, para impedir una múltiple persecución simultánea, motivo por el cual el hecho de no estar expresamente nominada; no impide



admitirla como excepción procesal.

La Ley del Organismo Judicial también obliga al juez, a declararse incompetente y así evitar la posibilidad de una persecución múltiple simultánea y dispone que toda acción judicial deberá entablarse ante el juez que tenga competencia para conocer de ella, y siempre que de la exposición de los hechos, el juez aprecie que no la tiene, debe abstenerse de conocer y sin más trámite mandará que el interesado concorra ante el tribunal que corresponda, en cuyo caso; a solicitud del interesado se remiten las actuaciones al tribunal o dependencia competente.

Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas empleados fueron: documental y fichas bibliográficas. La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, se refiere al delito, naturaleza jurídica, definición, criterios, elementos positivos y negativos, causas de inimputabilidad, de justificación, inculpabilidad, atenuantes y agravantes; el segundo, se refiere a la delincuencia organizada, definición, generalidades, estructura y actividades; el tercero, indica un análisis a la Ley Contra la Delincuencia Organizada; y el cuarto analiza jurídicamente el principio *non bis in idem* y el delito de conspiración.

La existencia de dos sentencias dentro de distintos procesos, también es un motivo para poder impugnar dichos fallos, por violación a garantía constitucional o, en última instancia, faculta al condenado por el delito de conspiración; a presentar recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia.



CAPÍTULO I

1. El delito

Como razón de ser de toda actividad punitiva del Estado guatemalteco, y del derecho penal, el delito ha recibido distintas denominaciones durante la historia de las ideas penales, tomando en consideración que siempre ha sido una valoración jurídica, que se encuentra sujeta a cambios; que necesariamente conllevan a la evolución de la sociedad.

“Fue en la culta Roma, donde aparece por vez primera la valoración subjetiva del delito, es decir, juzgando la conducta antijurídica y atendiendo a la intención dolosa o culposa del agente; como se regula actualmente en las legislaciones penales modernas”.¹

En la actualidad, en el derecho penal moderno y especialmente en el medio de cultura jurídica se habla de delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal; y de contravenciones o faltas. En relación a la terminología anotada, la técnica moderna plantea el sistema bipartito, que utiliza un mismo término para las transgresiones a la ley penal graves o menos graves utilizándose la expresión delito; y se utiliza también, el término falta o contravención, para la designación de las infracciones leves a la ley penal, castigadas con menor penalidad que los delitos o

¹ Mir Puig, Santiago. **Tratado de derecho penal**, pág. 39.

crímenes; el segundo sistema, emplea un mismo término para la designación de todas las infracciones o transgresiones a la ley penal, que sean graves; menos graves o bien leves.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala se adscribe al sistema bipartito, al clasificar las infracciones a la ley penal del Estado; en delitos y faltas.

1.1. Naturaleza jurídica

Es bastante difícil, abordar el tema de la naturaleza jurídica del delito, para lograr indagar en relación a la esencia del hecho punible; de una forma válida universalmente y permanentemente.

“Muchos criminalistas, han intentado llevar a cabo una formulación relativa a la noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sea de utilidad en todos los tiempos y también en todos los países; para la clara determinación y establecimiento de si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito, en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito; se considere hoy como lícito y viceversa”.²

² Cerezo Mir, José. **Derecho Penal**, pág. 50.

Es de importancia, la creación de un sistema abierto a las necesidades y fines de la sociedad guatemalteca, un sistema susceptible de modificaciones cuando se presenten nuevos problemas; que no pueden resolverse con los esquemas tradicionales.

El punto óptimo al que se tiene que aspirar, consiste en un equilibrio dialéctico entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. Con ello, se puede corroborar la profundidad filosófica del tema relativo a la naturaleza jurídica del delito, pero, es de importancia considerar que, para ese análisis es necesario remontarse a los postulados de las escuelas del derecho penal que han existido, ya que las mismas son el conjunto de doctrinas y principios que tienen por objetivo la investigación, de la naturaleza del delito y de las condiciones que influyen en su comisión, y además también son de utilidad; para la ubicación de la naturaleza del delito.

- a) Postulados de la Escuela Clásica: "A mediados del siglo XIX, la Escuela Clásica del derecho penal, con las doctrinas de su máximo exponente Francesco Carrara, y la de sus antecesores, el estudio del delito alcanza según él, su máxima perfección, considerando que la idea del delito no es sino una idea de relación, es a saber; la relación de la contradicción entre el hecho del hombre y la ley".³

La escuela señalada, define al delito al señalar que es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre; positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.

³ García Molina, Antonio. **Introducción al derecho penal**, pág. 26.



De esa forma, se asienta la doctrina clásica relativa a que el delito no es, sino un acontecimiento de tipo jurídico, un contraste de la actividad humana con la norma penal, es en esencia; un ente jurídico.

En relación al delincuente, se limitó a señalar que la imputabilidad moral y su libre albedrío, son el fundamento de su responsabilidad penal; en cuanto a la pena, sostuvieron que era un mal mediante el cual se llevaba a cabo la tutela jurídica y concluyeron por determinar, que el derecho penal consistía en una ciencia eminentemente jurídica, que para su estudio tenía que utilizar el método lógico abstracto; racionalista o especulativo.

- b) Postulados de la Escuela Positiva: cuando se pensó que la Escuela Clásica, había alcanzado su mayor nivel y que sus postulados habían sentado las bases de un derecho penal definitivo, surge la Escuela Positiva del derecho penal, que de manera indudable vino a revolucionar; completamente los principios que habían sido sentados por los clásicos.

“Los principales representantes de la Escuela Positiva, fueron César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, quienes en sentido contrario a los clásicos parten del estudio del delincuente, y estudian el delito como la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito; con el aparecimiento de la teoría del delito natural y legal”.⁴

⁴ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho panal**, pág. 35.

Para los seguidores de esta escuela, el delito no es un ente jurídico, sino una realidad humana, el mismo; es un fenómeno natural o social.

En relación al delincuente, sostenían que el hombre es imputable, no debido a que sea un ser consciente, inteligente y libre; sino que sencillamente por el hecho de vivir en sociedad. En relación con la pena, consideraron que era un medio de defensa social y que ésta debía imponerse en atención a la peligrosidad social del delincuente, y no en relación con el daño causado, proponiendo las famosas medidas de seguridad con el fin de prevenir el delito y rehabilitar al delincuente, y lo más característico de esta corriente fue concluir que la ciencia del derecho penal, no es perteneciente al campo de estudio de las ciencias jurídicas, sino al campo de estudio de las ciencias naturales y que para su estudio debía utilizar el método positivo; experimental o fenomenalista.

Con la finalidad de inquirir sobre la naturaleza del delito, dentro del campo del derecho penal, se tiene obligatoriamente que cuestionar los planteamientos anteriormente expuestos, y para ello es fundamental analizar la Escuela Positiva; y luego la Escuela Clásica.

Con los planteamientos de la Escuela Positivista, es notorio que el derecho penal, pierde su autonomía al considerarlo como parte de las ciencias naturales o fenomenalistas, postura que actualmente no puede ser mantenida, debido a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica y que se encuentra integrada por un conjunto de normas jurídicas, tendientes a la regulación del comportamiento humano para alcanzar la protección de determinados valores, que se toman en consideración



como esenciales para la convivencia y desarrollo social, y en dicho sentido el objeto de estas normas es normas, es que buscan pertenecer al campo del deber ser y que llevan consigo un juicio valorativo, mientras que las ciencias criminológicas, se encargan del estudio de los fenómenos naturales o reales, que están sujetos a la relación de causa y efecto; por lo que pertenecen al campo del ser.

Las disciplinas criminológicas, tiene por finalidad el estudio del delito o crimen, y en sus distintas acepciones también lo es que las mismas, se encuentran constituidas por dos clases de conocimientos: los primeros, normativos que pertenecen al mundo del ser; y los segundos, los fenomenalistas que estudian al hombre como sujeto capaz de cometer delitos.

“La criminología estudia al criminal, como un individuo antisocial; y el derecho penal estudia al crimen como delito. Este razonamiento, deja clara la independencia del derecho penal y la necesidad de su estudio, aparte de las demás disciplinas del derecho penal y la necesidad de su estudio, y como consecuencia se entiende que el delito, solamente es un fenómeno de la naturaleza o social que resulta de la personalidad humana; sino también es un fenómeno jurídico”.⁵

El planteamiento de la Escuela Clásica, tomado en consideración la construcción que concibe el delito como un ente jurídico, producto de la relación de contradicción, entre la conducta del hombre y la ley del Estado, plantea desde ya una concepción

⁵ Orts Berenguer, Enrique. **Compendio de derecho penal**, pág. 44.

completamente legalista, por cuanto circunscribe a la existencia de la ley penal como toda la dogmática del delito, intentando fijar; el límite eterno de la ilicitud.

Ante la imposibilidad de encontrar una noción filosófica del delito, que sea satisfactoria y valedera para todas las corrientes del pensamiento dentro del campo del derecho penal, es recomendable tener presente la concepción de la Escuela Clásica, la cual no constituye una noción filosófica, sí es esencialmente formal, debido a que en todas las legislaciones penales; el delito está supeditado a la ley.

Una noción verdadera del delito, la suministra la ley al destacar la amenaza penal; sin la ley que sancione no hay delito.

El hecho de supeditar el delito a la ley, es reconocer el monopolio de la ley para la creación de los delitos, con lo cual se está sellando el destino de la concepción jurídica del delito.

1.2. Definiciones

“Delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable al culpable, conminado con una pena, o en ciertos casos; con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.⁶

⁶ Alimena, Bernardino. **Derecho Penal**, pág. 53.

“El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a determinadas condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.⁷

También se le define de la siguiente forma: “Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a figuras penales”.⁸

1.3. Criterios

En la actualidad, existe abundancia de formas para definir el delito; las que van desde las más sencillas hasta las más complejas.

- a) Criterio legalista: para la misma, el delito es lo prohibido por la ley, el cual es un concepto que por su simplismo se torna en indeterminado, y resulta ser demasiado amplio en la actualidad, debido a que cuántos actos hay que son prohibidos por la ley; y sin embargo son cometidos.

Para el criterio legalista, el delito es la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, siendo esos elementos dignos de análisis con un criterio jurídico; dentro del movimiento de la construcción técnica jurídica de la infracción.

⁷ Berdugo, Ignacio. **Manual de derecho penal**, pág. 70.

⁸ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 65.

- b) Criterio filosófico: la inexistencia de trascendencia del legalismo, debido a los trastornos ocasionados por los postulados radicales de la Escuela Positiva, en oposición a la Escuela de Juristas, hizo que los estudiosos del crimen de la época se encaminaran por senderos filosóficos, tomándolos en consideración desde distintos puntos de vista, entre los que era esencial primeramente el aspecto moral; por parte de los teólogos que identificaban al delito con el pecado.

En la actualidad, el criterio filosófico no tiene validez alguna, debido a que el pecado, de forma indiscutible, teniendo una orientación divina, nada tiene que ver con una orientación jurídica; y segundo, porque las infracciones al deber atienden más a normas de conducta moral, que a normas de conducta jurídica, si bien es cierto, que ambas persiguen de alguna forma; regular la conducta humana. Las primeras, carecen de sanción estatal, mientras que las segundas, cuando se refieren al delito; su característica básica es la amenaza de la sanción del Estado.

Al no prosperar la concepción del delito, relacionado a ésta con la moral y el deber; se intenta definirlo como una infracción al derecho.

- c) Criterio natural sociológico: a pesar de que también este criterio, podría haberse analizado dentro de los filosóficos, resulta de mayor importancia hacerlo de forma independiente, ya que son representativos del criterio de una corriente de pensamiento distinta; como es el de la Escuela Positiva del derecho penal.

Después del análisis del delincuente, se puede señalar que era el presupuesto para que existiera el delincuente. Plantearon, la teoría del delito natural tomando como base los sentimientos, los cuales para él fueron de importancia y sobre los cuales se construye; la definición de delito natural.

“El delito, es la ofensa de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que son poseídos; para un grupo social determinado”.⁹

Para el criterio natural sociológico, el delito es la acción determinada por motivos individuales y antisociales, que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de una sociedad; en un momento determinado.

El derecho penal, es independiente y se tiene que analizar y estudiar de forma separada de las disciplinas fenomenalistas integrantes de la enciclopedia criminológica, y por ende el criterio natural sociológico para definir el delito; no cuenta con relevancia jurídico penal.

- d) Criterio técnico jurídico: después de separada la crisis por la que atravesó el derecho penal, en la segunda mitad del siglo XIX, cuando se encontró sometido a las más exageradas especulaciones del positivismo, comienza a renacer la noción jurídica del delito; con el movimiento técnico jurídico.

⁹ Manzini, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**, pág. 35.

Ese movimiento, fruto del empleo del método analítico, se aparta de los extremos positivistas, para dedicarse por completo al examen lógico del delito, dando vida a lo que doctrinariamente se llama la construcción técnico jurídica de la infracción, que sintetiza la teoría jurídica del delito y que alcanza total relevancia, dentro del derecho penal; hasta el extremo de que casi ha venido a resumirse en ella.

El comienzo de esta nueva corriente, que se desarrolla en diversas etapas, puede comenzar a contarse desde las aportaciones sobre el delito que construyen su teoría; sobre bases estrictamente jurídicas.

Para los mismos, la tipicidad consiste en uno de los caracteres fundamentales del delito. La construcción del delito, tiene que tomar sus elementos de la legislación positiva, o sea el concepto formal que por abstracción hace el legislador; de los diversos hechos que son objeto de la parte especial de los códigos penales.

Tomando en consideración la tipicidad, la corriente técnico jurídica define al delito señalando que es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada; y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.

Sus principales aportes son: se le atribuye haber introducido la tipicidad, como elemento esencial del delito, tomándolo como concepto formal, que al igual que la acción no es valorativo, sino descriptivo, es decir que es perteneciente a la ley y no a la vida real; considera la antijuricidad como característica sustantiva e independiente a la noción del delito, separada por completo de la tipicidad, debido a que hay acciones típicas que no

son antijurídicas, sin que por ello dejen de ser típicas; considera a la punibilidad como elemento del delito, debido a que el mismo tiene que sancionarse con una pena adecuada y no considera construido el delito; si no quedan satisfechas las condiciones objetivas de la punibilidad.

La construcción jurídica del delito, presenta elementos característicos del hecho punible que operan de manera autónoma e independiente, y por ello se le hizo acreedor de diversas críticas doctrinariamente, atacando la complicada terminología que emplea en la confusa teoría de los tipos; y en la consignación de las condiciones objetivas de punibilidad.

El finalismo, conduce de manera inevitable a una concepción intelectualista, exclusivamente racionalista del actuar humano, y ello es inexacto, debido a que es esencial tomar en consideración el marco de la pena de los estados emotivos; con raíces profundas en la vida instintiva. Además, el desarrollo del finalismo ha conducido a la dogmática a excesos del método analítico.

En Guatemala, el criterio que ha tenido mayor trascendencia para la definición del delito, por tomarse en consideración que es el de mayor aceptabilidad dentro del campo penal, ha sido el aportado por el movimiento técnico-jurídico, en la primera mitad del presente siglo; sobre esta base, los más prodigiosos penalistas de la época, han construido sus definiciones, variando solamente la forma de plantearlo. En determinadas ocasiones, se prescinde de la pena y de algún elemento característico, o bien; se añaden otros y casi siempre se altera el orden en que quedan enunciados.

1.4. Elementos positivos del delito

Los elementos positivos, son los siguientes:

- a) Acción o conducta humana.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuricidad.
- d) Culpabilidad.
- e) Imputabilidad.
- f) Condiciones objetivas de punibilidad.
- g) Punibilidad.

1.5. Elementos negativos del delito

Los elementos negativos del delito, son los siguientes:

- a) Falta de acción.
- b) Atipicidad o ausencia de tipo.
- c) Causas de justificación.
- d) Causas de inimputabilidad.
- e) Causas de inculpabilidad.
- f) Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
- f) Causas de exclusión de la pena.



1.6. Relación de causalidad

El Artículo 10 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta”.

1.7. Causas de inimputabilidad

El Artículo 23 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No es imputable:

1. El menor de edad.
2. 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”.

1.8. Causas de justificación

El Artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son causas de justificación.

Legítima defensa: quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o su concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad: quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta

exención se entiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitar;
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho: quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia”.

1.9. Causas de inculpabilidad

El Artículo 25 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son causas de inculpabilidad.

Miedo invencible. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior: ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada por él.

Error: ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Obediencia debida: ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que hay subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada: quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.

1.10. Circunstancias atenuantes

El Artículo 26 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica: las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación: el exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo: obrar el delincuente por estímulos tan poderosos, que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación.

Arrepentimiento eficaz: si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación de perjuicio: si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad: no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

Presentación a la autoridad: si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio, idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea: la confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia: la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever: en los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbables o difícil de prever.

Provocación o amenaza: haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensa: haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados. Se entiende de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados. Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta: las expresadas en el Artículo 25 cuando no incurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía: cualquier otra circunstancias de igual entidad y análoga a las anteriores”.

1.11. Circunstancias agravantes

El Artículo 27 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son circunstancias agravantes.

Motivos fútiles o abyectos: haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía: ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación: obrar con premeditación conocida. Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos: ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.



Aprovechamiento de calamidad: aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad: abuso de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento: aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia de la acción delictual.

Preparación para la fuga: ejecutar el hecho empleando vínculo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito: cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad: cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo: cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad: prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de funciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada: ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla: ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado: ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad: ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta esté ejerciendo sus funciones.

Embriaguez: embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido: ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o pecuaria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Vinculación con otro delito: ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir, u ocultar otro delito o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar: ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando este no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever; en los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios: ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia: la de ser reincidente el reo. Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad: la de ser el reo delincuente habitual. Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.





CAPITULO II

2. Delincuencia organizada

El término delincuencia organizada es bastante complejo, debido a la estructura de esas organizaciones criminales, ya que cuantas veces no se ve o se escucha en los diversos medios de comunicación del país, sobre estas organizaciones, al ver que son capturadas algunas bandas de delincuentes que han secuestrado personas, robado automóviles o sus partes; o que han cometido algún delito en grupo.

La palabra delincuencia, es la forma ilícita con la que actúan una o varias personas, con el objetivo de delinquir o llevar a cabo delitos y con una organización que consiste, en la integración de dos o mas personas que se encuentran organizadas bajo normas y fines determinados, o sea; bajo una estructura jerárquica y de mando.

Al unir ambas acepciones, se puede concluir señalando que la delincuencia organizada, consiste en el conjunto de personas que están organizadas, bajo jerarquías y normas, con la finalidad de cometer o llevar a cabo ilícito; o sea, se habla de una organización criminal.

Por ende, toda sociedad o asociación, se encuentra bajo la sujeción de normas jurídicas encargadas de disciplinar y regir la realización de su fin, siendo sus actos ilegales; y con la finalidad de obtener ganancias lucrativas de la realización de esas actividades ilícitas.

El crimen organizado, se conceptúa como una sociedad que busca llevar a cabo sus operaciones fuera del control de la ciudadanía y del Gobierno, debido a que involucra a un elevado número de delincuentes que trabajan dentro de sus complejas estructuras, ordenadas y disciplinadas como cualquier corporación; las cuales se encuentran bajo la sujeción de reglas aplicadas con rigidez.

Efectivamente, en la actualidad el concepto de crimen organizado es señalado a grandes grupos organizados, que se encuentran dedicados a la realización de actividades ilícitas, estructurados en variadas ocasiones con apariencia de corporaciones de carácter lícito; pero mediante las cuales se llevan a cabo o se ocultan operaciones criminales.

Esa forma corporativa, implica una estructura directiva, cuadros de operaciones, acervos tecnológicos, ciclos de financiamiento, relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno y; en general todo aquello que puede tener cualquier gran corporación lícita.

La fuerza que tiene la delincuencia organizada, radica en el establecimiento de alianzas y de vínculos que alcanza en todos los niveles, tomando en consideración el político y el militar; con la ayuda de actos de corrupción que logran su impunidad.

De esa forma, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil y comercial, así como también acciones de soborno, extorsión, ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios fraudulentos y ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas y control de centros de juegos ilegales.

Por ende, la delincuencia en su manifestación organizada; que es constitutiva de uno de los más grandes problemas que dañan y perjudican a la humanidad. Cuando la delincuencia organizada, construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo; se le identifica como delincuencia organizada transnacional.

La delincuencia organizada, tiene un eje central de dirección y mando. Además, su estructura es formada en forma celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad, más allá de la vida de sus miembros, tienen un grupo de sicarios a su servicio, tienden también a corromper a las autoridades, operan bajo un principio desarrollado de división del trabajo, a través de células que solamente se relacionan entre sí; mediante los mandos superiores.

Es por ello, que esas organizaciones criminales de forma ineludible, ocupan poco o mucho del capital a veces para emprender un negocio, el que combinado con organizaciones, disciplina, rigidez y políticas forman una familia mediante su organización criminal; obteniendo ganancias de conformidad al giro que dichas organizaciones criminales se dediquen.

Por ello, no es dable decir que la delincuencia va más allá de una delincuencia común, o sencillamente que la delincuencia organizada opera de manera distinta, aunque sus actos sean bastante parecidos; o bien se asimilen a los que lleva a cabo un delincuente común.

2.1. Definición

La delincuencia organizada, es un fenómeno no convencional que aunque ha existido desde hace muchos años, con el avance de la tecnología; y con la globalización económica ha adquirido un alto desarrollo en foros mundiales y regionales. La complejidad de ese fenómeno, comienza justamente con su definición.

“Delincuencia organizada, es un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados, con miras a obtener, directa o indirectamente; un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.¹⁰

“La delincuencia organizada, es el conjunto de colectividades socialmente organizadas que desarrollan actividades delictivas con fines de lucro. Entre dichas actividades, suelen encontrarse el tráfico de drogas, armas, réplicas de obras artísticas y de tesoros arqueológicos”.¹¹

¹⁰ García Ramírez, Sergio. **Delincuencia organizada**, pág. 29.

¹¹ **Ibid**, pág. 34.



2.2. Generalidades

Al analizar, las organizaciones criminales y las organizaciones legales como empresas comerciales, se concluye que desde el punto de vista formal, no existe una mayor diferenciación; debido a que su finalidad fundamental es la obtención del máximo de rentabilidad.

Muchas organizaciones legales, que están legítimamente constituidas ejecutan acciones abiertamente ilegales para el incremento de sus ganancias, como es el caso de la evasión de impuestos, despidos sin indemnización, ocultamiento de información aduanera; sobornos y alteraciones contable.

Existe coincidencia, en relación a los medios empleados; para alcanzar sus fines. La delincuencia organizada opera a gran escala, con una organización y estructura de trabajo, códigos y disciplinas bien rígidas.

La palabra y el significado de delincuencia organizada, más que una acepción, consiste en un nivel en el que se involucran demasiados intereses, capital financiero, infraestructura, mercado y políticas en comparación con la delincuencia común, que no tiene orden o capacidad para delinquir y sus delitos son simples, mientras el delincuente común opera con miedo de la tecnología; para alcanzar un poder financiero nacional e internacional.



Son tan complejas sus estructuras, debido a que sus actividades ilícitas se ocultan a luz pública, no se sabe como se integra, quienes son los responsables de sus áreas, y esa información se llega a conocer; cuando sus integrantes son aprehendidos por el Estado.

Es bastante común, referirse a la delincuencia organizada bajo el sinónimo de mafia. Originalmente, los términos delincuencia organizada, crimen organizado y mafia, a pesar de sus distintas acepciones son todas por igual y consisten en la capacidad financiera de los individuos y de las organizaciones, con poder y tecnología actualizada que le permite llevar a cabo sus actividades ilícitas a gran escala; permitiéndole extender a un amplio mercado de nivel nacional e internacional.

Estas corporaciones criminales tienen como finalidad esencial el dinero fácil; o sea, lograr beneficios económicos de elevado impacto y en corto plazo; a través de cualquier medio. Además, se encargan de ofrecer productos y servicios ilegales que demanda la población.

2.3. Estructura

Cualquier sociedad secreta del crimen organizado, se basa en las más modernas técnicas de dirección empresarial, desde la organización, planificación y coordinación de las actividades; hasta su ejecución y control de resultados.

Su jerarquía, unidad de mando, división del trabajo y productividad son conceptos manejados de manera natural por la delincuencia organizada. Sus miembros son



solidarios entre ellos, exactamente como sucede en cualquier empresa, en las cuales los jefes y los obreros; laboran por el bienestar común.

La delincuencia organizada, actúa con criterios empresariales claramente establecidos, planificando sus actividades de conformidad con los criterios económicos de la oferta y demanda, contemplando el impacto de la acción investigativa y penalizadora del Estado; lo que es una situación que les permite la regulación del alza o baja de los precios.

De igual forma, estructuran su actividad con la división del trabajo y con la especialidad de la mano de obra, o sea con el modelo gerencial de las organizaciones que se dedican al tráfico de drogas, de las bandas organizadas de secuestradores, de los grupos que lavan dinero, de las organizaciones multinacionales, del tráfico de personas, del comercio de insumos para el procesamiento de drogas; de los carteles de gasolina y de los falsificadores.

Si el crimen o delincuencia organizada, se rige mediante los mismos estatutos que una empresa u organización, como tal tiene que tener un organigrama de políticas y funciones que dirige cada persona de la organización, es decir cada persona tiene un rol; de conformidad a su capacidad y función en la organización.

Evidentemente, el crimen o delincuencia organizada se encuentra constituido en formas de organización, debido a que existen jerarquías bien definidas, con funciones y atribuciones de conformidad a dichas jerarquías y reglas para sus integrantes, derechos

y obligaciones, métodos de acción y formas de operación; cuotas y modos de impunidad.

La organización criminal, para la obtención de sus fines tiene que encontrarse debidamente estructurada, sobre todo debido a que la mayoría de sus operaciones; son ilícitas y tienen que encontrarse ocultas para no ser descubiertas.

Una organización criminal, funciona como un solo cuerpo y entre mayormente se encuentre organizada, sus ganancias; poder e imperio se extiende a lo largo del país y trasciende sus fronteras.

La estructura de cualquier organización criminal se basa en su dirección, administración financiera y capacidad de operaciones, o sea, su dirección y administración son pilares fundamentales; siendo la capacidad de operar el engranaje que hace que se muevan las otras dos.

La delincuencia organizada, tiene un eje central de dirección y de mando, y esa estructura opera de manera celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad; de conformidad con la célula que la integra.

Además, alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros, tiende a corromper a las autoridades y opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo, mediante células que solamente se relacionan entre sí; a través de los mandos superiores.

“Toda organización criminal, tiene una finalidad lucrativa que es la de obtener ganancias mediante operaciones de procedencia ilícita, es por ello que las organizaciones criminales, tienen que contar no solamente con una administración de personal y direccional, sino también con una administración financiera con potencialidad en el ramo financiero; ello, con la finalidad de trasladar sus ganancias, que son el producto de sus actividades ilícitas, en el ámbito legal”.¹²

La introducción al mercado del dinero, y de las ganancias obtenidas en operaciones legales se conoce también como lavado de dinero, que no es sino el resultado de las ganancias que hayan sido obtenidas, por la actividad ilegal de los cárteles así como de su complejidad como microsociedad; con independencia de las actividades ilícitas que realicen.

La organización criminal en estudio, puede crear empresas legales y lícitas, hasta llegar a comprar propiedades; acciones de empresa y automóviles. Es por ello, que la parte mas fuerte y delicada de cualquier organización de este tipo, es un departamento de operaciones financieras, en la que se basa la organización criminal para llevar a cabo su finalidad lucrativa; y así obtiene las ganancias que sean deseadas.

Las mismas, a pesar de ser criminales tienen que contar con una estructura financiera sólida. El crimen organizado, no puede darse el lujo de descuidar su departamento y

¹² Cerda Lugo, Jesús. **Delincuencia organizada**, pág. 53.

operaciones financieras, ya que sin dinero no existe organización; y sin organización no hay poder.

La estructura financiera de una organización, criminal es la siguiente: gestión administrativa, contable y financiera, establecimiento y operación de canales y de sistemas de comunicación e información interna; especialización y división del trabajo.

El sistema de la delincuencia organizada es bien similar al de las empresas privadas, y su estructura como cualquier organización criminal, tiene que encontrarse debidamente organizada, y no se pueden cometer errores y están bien diseñadas para llevar a cabo sus fines ilícitos.

Una organización de este tipo, no es creada solamente con la finalidad de gastar las ganancias que hayan sido obtenidas o cometer simples delitos; su objetivo es tener el control y poder.

La delincuencia o crimen organizado, no solamente cuenta con una estructura económica, sino también tecnológica y operacional, con un poderío tecnológico y de organización importante y poderoso para sus fines, y al lado de ello esta organización criminal puede llegar a ser una empresa suficientemente poderosa, aun en contra del mismo Gobierno que en la mayoría de ocasiones y aun con su capacidad y poder de Estado; es rebasado muchas veces por estas organizaciones.

Una prueba, de esa tecnología con que cuentan dichas organizaciones, va desde la producción de drogas con laboratorios sofisticados, la introducción de piratería, lavado de dinero, transferencias electrónicas a otros países, la corrupción de personas del Gobierno con nexos al crimen organizado, que les es de ayuda en grandes proporciones, y es por ello que no solamente la estructura es vital, sino también la tecnología, teniendo que ser siempre de alta calidad; inclusive se llega hasta una tecnología de armamento.

Consiste, en una delincuencia de mayor peligrosidad que la común, debido a que permite el reclutamiento de individuos eficientes, entrenamiento especializado, tecnología, capacidad para el lavado de dinero, acceso a información privilegiada, continuidad en sus operaciones y capacidad de operación que rebasa en el mercado existente; a la posibilidad de reacción de las instituciones del Gobierno.

Se caracteriza además, porque sus acciones no son impulsivas, sino mas bien son el resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividades y así tener a su favor grandes oportunidades de dinero y de poder real, su pretensión no es tanto el poder político; el cual le interesa mas para propósitos de protección. En caso extremo, el propósito de la delincuencia organizada no es competir con el Gobierno; sino utilizarlo.

En la delincuencia o crimen organizado, se puede facilitar el comercio de sus operaciones ilícitas, debido a que no solamente cuenta con personal interno de su organización, sino también externo, que es una de las principales armas que ha

motivado y facilitado esas operaciones a las organizaciones criminales, es el soborno o la corrupción de individuos que trabajan para una institución gubernamental, es decir funcionarios públicos encargados de un deber y que el crimen organizado ha controlado y pagado mas de lo que ganaría el funcionario público en toda su carrera; y a quienes anteriormente se les conocía como asociados.

2.4. Operaciones administrativas internas

Las actividades que llevan a cabo las organizaciones criminales, o la delincuencia organizada, requieren en su mayoría ser actividades clandestinas, o sea, que son ocultas de las autoridades, de no ser de esa forma; por lógica no se llevarían a cabo. Y ello, es de esa forma porque los recursos que se generan, y las ganancias que se obtienen, son tomadas en consideración de procedencia ilícita o de carácter delictivo, o sea, que no pueden ser introducidas estas ganancias de manera legal a cuentas bancarias, a constituir empresas legales o sencillamente a intercambiar su dinero por productos, bienes o servicios; es por ello que esas ganancias ilegales son intercambiadas con recursos y operaciones lícitas o legales.

A estas operaciones, que llevan a cabo estas organizaciones criminales se les conoce como lavado de dinero, y ello es una actividad que es sancionada por las autoridades de cualquier Estado gobernante del mundo; que reprima esas actividades ilícitas. Por ende, la delincuencia organizada, requiere de la introducción de esos recursos ilícitos a operaciones y dinero lícito, como la compra de propiedades, automóviles, cuentas

bancarias en el país u otros países, creación de empresas legales; inversiones en empresas legales.

“La delincuencia organizada, cuenta con normas, disciplinas, organización y estructura, y consiste en un complejo económico y de grandes dimensiones en sus actividades ilegales; que lleva a cabo para la obtención de su fin”.¹³

La manera en la que opera la delincuencia organizada, con independencia de las operaciones que lleve a cabo, por lo general son ilícitas; por ende no pueden realizar sus actividades comerciales a la luz pública.

Su forma de operar es bajo una disciplina y códigos de comportamiento ilícito, actúan con la finalidad de obtener, en la forma de prácticas sociales recurrentes, a nivel local, nacional e internacional ganancias rápidas sin inversión previa de capital, de origen ilegal; a través de la apropiación de objetos de uso privado y de propiedad ajena.

En variadas ocasiones, recurren a las mismas prácticas, y comercializan con bienes, productos y servicios de origen ilegal; con poca o ninguna inversión de capital.

La delincuencia organizada actúa de forma impune en la clandestinidad, protegida y dirigida por autoridades corruptas, y delincuentes de elevado nivel, especialización y

¹³ Ibid, pág. 59.

jerarquía, y cuentan con la capacidad para poder utilizar la corrupción; en beneficio propio y para alcanzar sus objetivos ilícitos.

En relación a los bienes, productos y servicios ofertados por la delincuencia organizada, una vez que los mismos se ponen en circulación, quedan definidos sus precios por las condiciones del mercado; siendo el mismo el escenario de la criminalidad organizada.

2.5. Operaciones administrativas externas

Uno de los motivos que mayores beneficios ha tenido para las organizaciones criminales a tener éxito en sus operaciones ilícitas, así como la de la obtención de recursos y ganancias en grandes proporciones, ha sido el elemento de mayor efectividad, consistente en la corrupción, en la que se soborna a funcionarios públicos con la finalidad de que se encuentran laborando para el Estado, aquellos a quienes se les encarga la seguridad, el orden, la política; y la paz que requiere la sociedad.

“Existen diversos niveles, en los que opera la delincuencia organizada en la corrupción de funcionarios públicos o en la administración de sus miembros externos, siendo los mismos: el soborno y sus actos continuos, infiltración en agencias gubernamentales y en el ámbito político”.¹⁴

¹⁴ García. **Ob. Cit**, pág. 80.

2.6. Operaciones financieras

La delincuencia organizada, cuenta con una base sólida en sus operaciones financieras, es decir tiene la capacidad de trasladar sus recursos y ganancias de manera discreta e inteligente; ya que de ello depende su organización.

La estructuración de las organizaciones y sus operaciones, dependen de las necesidades del cártel debido a que son organizaciones criminales y clandestinas. Los gestores financieros, administrativos y contables del cártel, laboran de manera directa bajo la dirección de los jefes del cártel, y manejan las cuestiones financieras, y para ello requieren de un consejero financiero; que es el comisionista.

“Los comisionistas, son personas que operan hacia afuera del cártel, y su función, consiste en asesorar a los jefes de la organización, sobre el empleo más eficaz de las ganancias; de conformidad a la circunstancia histórica del momento”.¹⁵

Una primera forma típica general del lavado de dinero, puede darse cuando, el narcotraficante entrega fondos a un lavador de dinero profesional, empleador de un grupo de corredores o mensajeros que llevan el efectivo a bancos en cantidades suficientemente pequeñas para evitar la obligación de presentar informes, y cambiar el dinero por una orden bancaria; un cheque de caja o algún instrumento bancario similar.

¹⁵ *Ibid*, pág. 84.

El dinero, se vuelve disponible para el traficante de drogas que vive y trabaja en el exterior, o puede ser repatriado en beneficio de un narcotraficante doméstico; mediante una transferencia bancaria inversa.

“Los fondos que fluyen de regreso al país de origen, pueden inclusive ser completamente disfrazados como préstamos, evadiendo de esa forma el impuesto sobre la renta y permitiendo deducciones impositivas; en relación a los falsos pagos de interés sobre los préstamos”.¹⁶

El narcotraficante, más que ser un lavador profesional, también se puede encargar de adquirir el control de su propio banco, tratar con un banco corrupto, establecer una fachada tal como un casino; una tienda de abarrotes o algún otro negocio de dinero efectivo.

El dinero ilícito, puede ser mezclado con el efectivo legítimamente obtenido y convertido en créditos bancarios.

De forma alternativa, el narcotraficante o el lavador puede manejar un negocio de cobro de cheques, intercambiando dinero en efectivo de la droga por cheques del cliente, que pueden ser depositados en un banco; libre de los requerimientos de información monetaria.

¹⁶ *Ibid*, pág. 90.

2.7. Principales actividades

Las sociedades criminales como tales, tienen objetivos específicos; consistentes en la obtención de ganancias mediante las actividades ilícitas que llevan a cabo.

Es por ello, que esas sociedades por lo general para obtenerlas, tienden a la comercialización de sus productos en el mercado negro; ya sea en la venta de drogas o en la piratería.

Es de esa forma, que las organizaciones criminales, al lado del desarrollo de la sociedad guatemalteca; se modernizan y se vuelven cada más eficaces y sus radios de acción se extienden de manera progresiva. En la actualidad, sus mercados han traspasado fronteras y sus actividades se han globalizado.

2.8. Influencia de la delincuencia organizada en el ámbito social

La delincuencia o crimen organizado, se vuelve ante todo el núcleo y el eje estructurante de una economía criminal, que coexiste y se entrelaza con la economía formal o legal y con la economía informal pero no ilícita, sin que entre ellas existan separaciones completas; y sí en cambio interrelaciones.

La misma, mediante sus actividades ilícitas, se convierte en un negocio. Ello a su vez, abre a las grandes organizaciones criminales representadas por los capos, las posibilidades de un elevado grado de concentración y de centralización de poderes

económicos; de expansión y racionalización de las organizaciones y operaciones; de influencia y control creciente sobre la economía y de las sociedades nacionales.

Las ganancias en efectivo, la masa de dólares, su concentración en un pequeño número de dirigentes de consorcios, en el contexto de países en crisis económica, el estancamiento y regresión del crecimiento, la inflación, la devaluación, la deuda externa, permiten a los narcocontratistas comprar bienes, servicios y voluntades; y gozar de un enorme margen de maniobra para presionar, influir, controlar e imponer decisiones.

Por otro lado, aspiran a la inserción legal en la economía y la sociedad en el sistema político, a la aceptación de las elites dirigentes y, grupos dominantes; mediante inversiones y empresas.

Las mismas, se diversifican en propiedades inmobiliarias del campo y la ciudad, explotaciones agropecuarias, construcción, comercio, servicios, recreación; deportes e industria.

Ello apunta, al posible desarrollo del fenómeno de la mafia empresarial, que genera el crimen organizado mediante ganancias y actividades ilegales.

El narcotráfico es contribuyente, en efecto, a la generación y a la expansión del empleo y del ingreso, y a una cierta mejora relativa del modo y nivel de vida, para un número considerable de grupos y sectores, por las actividades, inversiones y consumos que los narcotraficantes realizan directamente, en sus actividades lícitas e ilícitas, y por los

efectos amplificadores; que inducen en diversas ramas y sectores pertenecientes a la economía nacional.

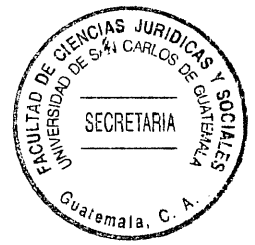
La economía criminal de la delincuencia o crimen organizado, sobre todo mediante su fuente de ingreso, siendo la del narcotráfico, se vuelve parte principal de la economía nacional, en términos de exportaciones, entradas de divisas, importaciones, mejoramiento de la balanza de pagos, reducción del endeudamiento, inversiones, consumos, empleo; producto bruto interno y contribución al crecimiento.

El Estado, no obtiene ingresos fiscales directos del tráfico, sino una parte de lo que indirectamente le llega; es lo que los narcotraficantes emprenden o favorecen. Los narcotraficantes no pagan impuestos, sobre sus beneficios ilícitos, y al contrario, con los costos humanos y sociales que originan y sus repercusiones negativas en la economía y la sociedad de los países afectados, imponen drásticos aumentos del gasto en fuerzas armadas; judicatura y servicios de salud.

Las sociedades del crimen organizado, han logrado infiltrarse en los sistemas legales de Gobierno, adquieren poder, tecnología y en ocasiones son mas poderosas que el mismo Gobierno con su infraestructura legal, ya que el hecho de que no cubren impuestos, hacen de estas sociedades una carga económica y financiera para los gobiernos; debido a que tienen que destinar recursos extras para el combate de esas organizaciones.



Es importante, señalar que la delincuencia organizada siempre se encuentra dispuesta a pagar lo necesario; para que se permita la realización de sus operaciones. La misma, no solamente compra a los funcionarios para que le ayuden, sino también puede encargarse del ejercicio de la violencia de las personas, con el objetivo de hacer presión para conseguir sus fines, es decir lo que tenga que hacer se va a llevar a cabo no importando el costo social que se haga o se tenga que hacer; para la realización de sus operaciones ilícitas. Esas operaciones, se extienden y no son exclusivas de un mismo país, donde tengan que existir negocios y sea lucrativo para el crimen organizado.



CAPÍTULO III

3. Análisis de la Ley Contra la Delincuencia Organizada

La Constitución Política de la República, señala que el Estado guatemalteco se organiza para brindar protección a la persona y a la familia; y su finalidad es la realización del bienestar común. También, es deber del mismo asegurarle a la ciudadanía la vida, la libertad, seguridad, paz, justicia y el desarrollo integral.

La delincuencia organizada, es un problema que en la actualidad ha colocado a los habitantes de la República guatemalteca en un estado de indefensión, debido a su funcionamiento organizacional, lo que hace que se necesite de la creación de un instrumento legal para procesar, perseguir y eliminar la misma; siendo ese instrumento legal la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

Es de importancia, señalar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, busca la promoción de la cooperación para prevenir y combatir de forma eficaz esa delincuencia, comprometiéndose el Estado guatemalteco a la adopción de medidas legislativas, relativas al combate y erradicación de la delincuencia organizada; al establecer los mecanismos que la eliminen por completo.



3.1. Objeto, naturaleza y ámbito de aplicación

El Artículo uno de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Objeto y naturaleza. La presente Ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad y con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias”.

3.2. Definición de grupo delictivo

El Artículo dos de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Grupo delictivo organizado u organización criminal. Para efectos de la presente Ley se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes:

- a) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad: tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración;

expendio ilícito; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión;

- b) De los contenidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos: lavado de dinero u otros activos;
- c) De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales;
- d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;
- e) De los contenidos en el Código Penal:
 - e.1) Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato;
 - e.2.) Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa;
 - e.3.) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;
 - e.4.) Terrorismo;

- e.5.) Intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;
- f) De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros: contrabando aduanero y de la defraudación aduanera.
- g) De los contenidos en la presente Ley:
 - g.1.) Conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia;
 - g.2.) Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;
 - g.3.) Exacciones intimatorias, obstrucción extorsiva de tránsito.

Lo anterior, con la finalidad de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.

Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.



- h) De los contenidos en la Ley de Armas y Municiones”.

3.3. Agravantes especiales y pena accesoria

El Artículo 12 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Para la imposición de las penas previstas en el Código Penal por la comisión de cualquiera de los delitos en que incurran los miembros de grupos delictivos organizados, deberán observarse las siguientes reglas:

- a. A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión dentro del grupo delictivo organizado, se le aumentará la pena en una tercera parte.
- b. Si el miembro del grupo delictivo organizado fuere funcionario o empleado público se le aumentará la pena en una tercera parte; y se le impondrá la inhabilitación para desempeñar cargos públicos por el doble del tiempo de la prisión; o si fuere sancionado con multa, por el plazo de cinco años.
- c. Si los miembros de grupos delictivos organizados utilizaren a menores de edad para cometer las actividades delictivas, se les aumentará la pena en una tercera parte.

- d. Si los miembros de grupos delictivos organizados utilizaren a personas valiéndose de relaciones de poder ejercidas sobre éstas, se aumentará la pena en una tercera parte”.

3.4. Plazos

El Artículo 13 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Plazos. Los plazos para la investigación de delitos cometidos por grupos delictivos organizados se regirán por el Código Procesal Penal; siempre que exista un auto de procesamiento. Mientras no exista auto de procesamiento contra alguna persona, podrán desarrollarse los actos de investigación previstos en la presente Ley, pudiendo durar la investigación hasta antes que el delito investigado prescriba conforme el Código Penal”.

3.5. El deber de colaborar y la confidencialidad

El Artículo 14 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Deber de colaborar. La Superintendencia de Bancos, la Dirección de Catastro y Avalúos de Bienes Inmuebles, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro Mercantil, el Registro de Marcas y Patentes, la Superintendencia de Administración Tributaria, la Intendencia de Verificación Especial, y cualquiera otra entidad pública, deberá prestar su colaboración cuando le sean requeridos informes para la investigación de los delitos objeto de la presente Ley. El funcionario o empleado público que por negligencia o resistencia

incumpliére con las solicitudes planteadas por el Ministerio Público o retardare injustificadamente los actos que le sean requeridos, será responsable del delito de incumplimiento de deberes; sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas en que incurra”.

La información obtenida, puede ser empleada de forma exclusiva en la investigación respectiva, teniéndose que guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público, que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones en la fase de investigación o proporcione copia de ellas o de los documentos, será responsable administrativamente; sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiera incurrir.

Las comunicaciones, que sean interceptadas de conformidad con la Ley Contra la Delincuencia Organizada, así como también la información relacionada con la Constitución Política de la República, tienen que permanecer en estricta confidencialidad; para terceros durante y después de todo el proceso penal.

No se tienen que tomar en consideración como terceros, a las autoridades competentes de otros países en materia de investigación penal.

3.6. Alcances de la investigación criminal

El Artículo 16 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “A solicitud del Ministerio Público al juez competente, mediante resolución favorable se podrán realizar auditorias a

personas individuales cuando existan indicios y justificación suficiente derivada de la investigación que hagan presumir fundadamente que son miembros de grupos delictivos organizados. Asimismo podrán ordenarse auditorias a organizaciones o instituciones sobre la que se tengan indicios suficientes que hagan presumir que están siendo utilizadas para el desarrollo de las actividades de organizaciones criminales”.

En aquellos procesos, relacionados con los delitos que tengan relación con la Ley Contra la Delincuencia Organizada, la investigación tiene que ser extendida al descubrimiento de las estructuras; ámbitos de actuación de los grupos delictivos organizados y formas de operación.

3.7. Pruebas anticipadas de testimonios

“Prueba anticipada, es la que se presta ante un tribunal del que ordinariamente corresponde, cuando se prevé la imposibilidad del deponente de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia, o por existir motivos de incapacidad física o mental; o algún otro obstáculo semejante”.¹⁷

El Artículo 19 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Pruebas anticipadas de testimonios. Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio o dictámenes periciales en contra de algún miembro de grupos

¹⁷ Cerda. **Ob. Cit**, pág. 60.

delictivos organizados, los fiscales deberán gestionar la protección del testigo o perito conforme las disposiciones contenidas en la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal y, deberán recibirse sus respectivos testimonios o informes en pruebas anticipadas ante juez contralor”.

Las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, tienen que ser autorizadas por el Fiscal General de la República y por el Jefe del Ministerio Público; bajo el requerimiento y responsabilidad solidaria del agente fiscal encargado del caso.

Las diligencias, en donde sea necesario el control judicial, se tienen que regir por la normativa constitucional guatemalteca; el Código Procesal Penal y la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Los agentes fiscales, pueden solicitar y desarrollar de manera conjunta o separadamente los métodos especiales previstos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

3.8. Operaciones y agentes encubiertos

El Artículo 21 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Operaciones encubiertas. Se entenderá por operaciones encubiertas, aquellas que realizan agentes encubiertos, con la finalidad de obtener información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces con estricto control del Ministerio Público.

En la fase de investigación en contra de grupos delictivos organizados u organizaciones criminales que, específicamente realicen los agentes encubiertos con la debida autorización y supervisión y bajo responsabilidad del Ministerio Público, quedan prohibidas y excluidas de las operaciones las siguientes actividades:

1. La provocación de delitos.
2. Las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación.

Para que tales actividades puedan ser permitidas se deberá contar, en todo caso con la debida autorización y supervisión del Ministerio Público”.

Los agentes encubiertos, son los funcionarios policiales especiales que de forma voluntaria o a solicitud del Ministerio Público, se les designa una función con el objetivo de la obtención de evidencias y de información, que permita el descubrimiento de la obtención de evidencias y de información; para procesar a los miembros de los grupos delictivos organizados.

“Agentes encubiertos, son aquellos que pueden de forma transitoria asumir los roles ficticios y las diversas identidades, actuando de manera secreta y omitiendo la realización de los distintos procedimientos normales de su cargo ante la comisión de

delitos, con la finalidad de la optimización de las investigaciones; y del procesamiento de los integrantes de esas organizaciones”.¹⁸

“Los agentes encubiertos, tienen la facultad necesaria para poder intervenir en el tráfico comercial, asumiendo para ello obligaciones, ingresando y participando en reuniones en el lugar de labores, en el domicilio del imputado; o bien en aquellos lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones”.¹⁹

De manera igual, cuando el agente encubierto encuentra en los lugares donde se lleve a cabo la operación, la información necesaria para los fines de la operación, lo tiene que hacer del conocimiento del fiscal que se encuentre encargado de la investigación, para que el mismo pueda disponer del desarrollo de una operación especial, para la correcta recopilación de la información; y de los elementos materiales y de las evidencias físicas encontradas.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 regula en el Artículo 24: “Análisis de organización criminal. Cuando el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de un grupo delictivo organizado, ordenará a la autoridad policial respectiva, que realice un análisis con el fin de conocer su estructura organizativa, al agresividad de sus integrantes, los lugares dónde y con quién realizan sus operaciones y; si fuere posible, los puntos débiles de la misma.

¹⁸ **Ibid**, pág. 65.

¹⁹ García. **Ob. Cit**, pág. 89.

Posteriormente ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que el agente o agentes encubiertos infiltren la organización criminal, con el fin de obtener información útil que sirva para lograr los objetivos establecidos en la presente Ley”.

“Los agentes encubiertos, que tengan conocimiento de la futura comisión de delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos, tienen que hacerlo del conocimiento de las autoridades correspondientes; para evitar la comisión de ellos”.²⁰

El Fiscal General de la República y el Jefe del Ministerio Público, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público, pueden autorizar la realización de operaciones encubiertas, por un tiempo máximo de seis meses, que es renovable cuantas veces sea necesario; sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

El Artículo 27 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Requisitos de la solicitud. La solicitud de la operación encubierta deberá hacerse por escrito y deberá contener:

- a) Descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que se incurre.

²⁰ *Ibid*, pág. 95.

- b) Antecedentes que permitan presumir que la operación encubierta facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen por la presente Ley, la justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.
- c) En términos generales, las actividades que el agente encubierto desarrollará para la obtención de la información y los métodos que se utilizarán para documentar la información recabada por los agentes encubiertos, de conformidad con el Artículo 29 de la presente Ley.
- d) La identidad física que asumirán y las funciones de los agentes encubiertos que intervendrán en la operación; la identidad real será únicamente del conocimiento del fiscal encargado del caso.
- e) En plica cerrada la identidad real del agente encubierto, la que quedará al resguardo del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público sin que éste pueda conocer el contenido, salvo caso necesario al darse por terminada la operación.
- f) Cuando se conozca, el nombre, sobrenombre o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas o integrantes presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.

El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público podrá requerir al solicitante elementos de juicio adicionales que respalden la solicitud”.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 28: “Resolución. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público deberá conocer y resolver en forma inmediata la solicitud planteada por el fiscal. La resolución deberá ser fundada y en caso de autorizarse deberá contener los siguientes requisitos:

- a) La determinación de los agentes encubiertos que participarán en la operación.
- b) Indicación de las actividades generales que se autoriza realizar durante la operación encubierta y los métodos que se utilizarán para documentar la información que proporcionen los agentes encubiertos de conformidad con el Artículo 29 de la presente Ley.
- c) El objeto y el plazo por el cual se autoriza la operación encubierta.
- d) La obligación del fiscal de informar verbalmente cada treinta días al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público sobre el desarrollo de las actividades realizadas por los agentes encubiertos, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y con las reglas establecidas en la presente Ley para la utilización de la medida. Para el efecto, el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público convocará a una audiencia privada para

que el agente fiscal a cargo del caso informe verbalmente sobre el avance de la investigación y la información recabada hasta el momento; podrá exigir en cualquier momento que se le exhiba la documentación y medios de prueba que respalden el informe.

- e) La prohibición expresa de que los agentes encubiertos provoquen la comisión de delitos para lograr una eventual detención o procesamiento de cualquier persona”.

Durante la operación encubierta, los fiscales tienen que documentar la información que reciban de manera verbal por los agentes encubiertos. La misma, puede ser obtenida a través de seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de las personas investigadas, el empleo de micrófonos y de otros mecanismos que permitan esa finalidad, fotografías, grabaciones de imágenes y de otros métodos técnicos y científicos; que permitan la verificación de la información proporcionada por los agentes encubiertos.

El Artículo 30 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Exención de la responsabilidad del agente encubierto. Estará exento de responsabilidad penal, civil y administrativa, el agente encubierto que incurra en actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido, siempre que reúnan las siguientes condiciones.

- a. Que su actuación cuente con autorización previa del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.

- b. Que su actividad esté dentro de los lineamientos determinados por el Ministerio Público en el ejercicio de la dirección de la investigación.
- c. Que el agente encubierto informe periódicamente al fiscal encargado del caso y a sus superiores, sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos.
- d. Que sus actividades no estén orientadas a ocultar, destruir o alterar evidencias de la actividad de la organización criminal, o a encubrir fallas en el operativo o en la actuación de sus superiores u otros agentes.
- e. Que el agente encubierto no motive, induzca o provoque la comisión delictiva de algún miembro de la organización criminal o de otras personas.
- f. Que las actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto o de sus parientes dentro de los grados de ley.
- g. Que las actividades no consistan en hechos punibles de los previstos en el Artículo 25 de la presente Ley”.

Cuando el agente encubierto, cometa un delito debido a su extralimitación en actividades generales relativas a las que se encuentra autorizado, será sancionado con la pena del delito que haya cometido; aumentada en una cuarta parte.

Después de la primera declaración, el imputado y su defensor pueden revisar el expediente que tiene que contener la documentación de la información recabada durante la operación encubierta, con la finalidad de constatar si en el procedimiento y en los actos que hayan sido llevados a cabo; no se lesionaron los derechos y garantías del imputado.

Los responsables de la dirección, desarrollo y debida documentación de las operaciones encubiertas, son los agentes fiscales. Cuando se detecten desviaciones y abusos en el desarrollo de las operaciones por parte de los agentes encubiertos, se tienen que suspender de manera inmediata las operaciones y se tiene que informar al Fiscal General de la República y al Jefe del Ministerio Público los motivos de la misma, y cuando sea procedente; se tiene que formular la acusación correspondiente para el procesamiento del agente encubierto.

El Artículo 34 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Control administrativo. El Ministro de Gobernación es el superior jerárquico responsable de ejercer el control administrativo sobre el personal que desempeña funciones de agente encubierto, quedando el control de la información e investigación con exclusividad al Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público y al agente fiscal respectivo".



3.9. Entregas vigiladas

El Artículo 35 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Entregas vigiladas. Se entenderá por entrega vigilada el método de investigación que permite el transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes y otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de autoridades previstas en la presente Ley.

Este método se utilizará con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales".

Durante la realización de las operaciones encubiertas, el Jefe del Ministerio Público y el Fiscal General de la República, a requerimiento y bajo la responsabilidad del agente fiscal encargado del caso, se puede encargar de autorizar que uno o más agentes encubiertos pongan en circulación dentro de un grupo delictivo organizado, drogas o estupefacientes, así como también otras sustancias, materiales y objetos prohibidos, con la finalidad de averiguar el funcionamiento y operación de esas organizaciones y la obtención de información; que se busca a través del empleo de entregas vigiladas.

Las mismas, tienen que llevarse a cabo por un equipo especial integrado por las autoridades policiales, bajo la dirección y supervisión del Ministerio Público, y además tienen que ser periódicamente evaluados con métodos científicos; para asegurar su idoneidad en el ejercicio de esas actividades.

El Artículo 38 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Requisitos de la solicitud. Los agentes fiscales encargados del caso deberán solicitar por escrito y bajo su responsabilidad, ante el Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, la autorización de la entrega vigilada, quien deberá resolver inmediatamente. Dicha solicitud deberá contener los siguientes requisitos:

- a. Descripción del hecho que se investiga indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- b. Los antecedentes que permitan presumir que la entrega vigilada facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen por la presente Ley.
- c. La justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.

- d. En términos generales, los métodos que se desarrollarán para documentar la información de la entrega vigilada, de conformidad con el Artículo 29 de la presente Ley.
- e. Cuando proceda, el detalle de las sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio que se pondrán a circulación, indicando con precisión las cantidades de los mismos, y la justificación de los resultados que se pretenden alcanzar.

Quando esto no sea posible porque dichas sustancias, bienes u objetos no serán puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse en términos generales la clase de sustancias o bienes que se dejarán circular para el alcance de los fines de la entrega vigilada”.

El Artículo 40 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Resolución. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, deberá dictar su resolución debidamente fundamentada, determinando los siguientes puntos:

- a. Descripción del hecho que se investiga.
- b. La justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.

- c. En términos generales, los métodos que se autorizan para documentar la información de la entrega vigilada, de conformidad con el Artículo 29 de la presente Ley.
- d. Si las circunstancias o bienes serán puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse el detalle de las sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio que se pondrán a circulación, indicando con precisión las cantidades y características de los mismos, y la justificación de los resultados que se pretenden alcanzar.
- e. Cuando las sustancias o bienes no sean puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse en términos generales la clase de sustancias o bienes que se dejarán circular para el alcance de los fines de la entrega vigilada”.

En las operaciones de entregas vigiladas, los agentes tienen que intervenir en la misma, bajo la dirección del fiscal, deben encargarse de la documentación de las entregas vigiladas, a través de grabaciones de voces, de la utilización de micrófonos, fotografías, grabaciones de imágenes; y de otros medios técnicos y científicos que permitan asegurar el adecuado control de la operación. La información documentada, tiene que ser colocada a disposición del fiscal que se encuentre encargado del caso de manera inmediata.

El Artículo 47 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Cesación de entregas vigiladas y

operaciones encubiertas. El Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público podrá resolver en cualquier momento la cesación de las operaciones encubiertas o del procedimiento de entrega vigilada, la detención de los partícipes en el hecho ilícito y la incautación de las sustancias y de los instrumentos del delito, poniéndolos a disposición del juez competente, si a su criterio:

1. La operación pone en serio peligro la vida o la integridad física de algún agente encubierto u otras personas ajenas a los actos ilícitos de la organización criminal.
2. La operación obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados.
3. La operación facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia.
4. La operación se desvía de finalidad o evidencia en sus ejecutores, abusos, negligencia, imprudencia o impericia.
5. Han cambiado o desaparecido los presupuestos de hecho que sustenten la conveniencia de seguir aplicando la modalidad de las operaciones encubiertas o de las entregas vigiladas.
6. La operación haya violado un precepto constitucional”.

3.10. Interceptaciones telefónicas

El Artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Interceptaciones. Cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los artículos 2,3,4,5,6,7,8,8,10 y 11 de la presente Ley, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan".

Los únicos competentes ante el juez respectivo, son los fiscales del Ministerio Público, para la solicitud de autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas; cuando la situación lo haga conveniente. Si el órgano policial, tiene conocimiento de la comisión o planificación de la comisión de delitos por grupos delictivos organizados, tiene que acudir de manera inmediata al Ministerio Público, proporcionando toda la información suficiente; para la fundamentación de la solicitud de la interceptación de esas comunicaciones.

El Artículo 50 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Requisitos de la solicitud de autorización. Las solicitudes de autorización para la interceptación de las comunicaciones reguladas en la presente Ley, deberán presentarse por escrito ante el juez competente con los siguientes requisitos:

- a. Descripción del hecho que se investiga, indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- b. Números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas, según corresponda, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar el medio electrónico o informático que se pretende interceptar para la escucha, grabación o reproducción de la comunicación respectiva.
- c. Descripción de las diligencias y medios de investigación que hasta el momento se hayan realizado.
- d. Justificación del uso de esta medida, fundamentando su necesidad e idoneidad.
- e. Si se tuvieran, nombres y otros datos que permitan identificar a la persona o personas que serán afectadas con la medida.

En los delitos en que esté en peligro la vida o la libertad personal, el Ministerio Público podrá presentar verbalmente la solicitud al juez competente en forma inmediata”.

3.11. Responsabilidad de funcionarios públicos

El Artículo 72 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Responsabilidad de funcionarios o empleados públicos. Los funcionarios o empleados públicos que participen en alguna



fase de los métodos especiales de investigación a que se refiere este título, que revelen, divulguen o utilicen en forma indebida o en perjuicio de otro la información o imágenes obtenidas en el curso del mismo, serán sancionados con prisión de seis a ocho años, así como con la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública, por el mismo plazo que la pena de prisión impuesta.

La misma pena se impondrá a quienes con motivo de su empleo, cargo o comisión pública tengan conocimiento de la existencia de una solicitud o autorización de los métodos antes descritos y revelen su existencia o contenido”.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del principio *non bis in idem* y del delito de conspiración como delito de la delincuencia organizada

El principio de *non bis in idem*, es una garantía propia del Estado democrático de derecho, con arreglo a la cual, se prohíbe castigar a una persona dos veces por el mismo hecho. Su significado como garantía individual deriva en el ordenamiento constitucional guatemalteco de las garantías del sistema Republicano y del Estado de derecho; que se consagran en el Artículo 140 de la Constitución.

Pero, además, el principio ha sido consagrado expresamente por los principios tratados en materia de derechos humanos, con lo cual ingresa en el ordenamiento jurídico interno por virtud del Artículo 46 de la Constitución Política de la República.

En efecto, el Artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

En el sistema regional de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su Artículo 8 numeral 4, una cláusula bastante limitativa y drástica: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

“Nadie podrá ser sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de la vida o de algún miembro. Desaparecidas las penas corporales, la enmienda se interpreta en el sentido que nadie debe ser sometido al riesgo de privación de libertad, a través de un nuevo proceso que verse sobre los mismos hechos”.²¹

En el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, la garantía del *non bis in idem*, se halla recogida parcialmente, en el Artículo 17 en el cual se establece: “Única persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”. Sin embargo, ese Artículo, se complementa con el Artículo 18 del Código Procesal Penal con la institución de la cosa juzgada, señalando que un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, salvo los casos de revisión; como un derecho del condenado injustamente.

Al llevar a cabo un estudio dogmático de la garantía de *non bis in idem*, se presenta dos vertientes: una, en sentido meramente material y, otra, en sentido propiamente procesal.

Como se observa de las diferentes fórmulas que han acogido el principio, el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un alcance bien amplio, pues incorpora tanto la garantía de no sancionar dos veces el mismo hecho, como la de sentido procesal; consistente en que no se tiene que juzgar bajo ninguna perspectiva dos veces los mismos hechos.

²¹ Arocha Morton, Carlos. **Crítica a la dogmática jurídico penal**, pág. 43.

4.1. Imposibilidad de sancionar dos veces el mismo delito

El principio *non bis in idem*, en su vertiente material o sustantiva es una manifestación del principio de legalidad. Su importancia, radica en que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho; de tal manera que no puede sancionarse dos veces la misma conducta. Desde esta perspectiva, el principio es una manifestación del Artículo 17 de la Constitución y, aún cuando no se encuentra expresamente consagrado, ha sido desarrollado por la moderna dogmática penal; en el sentido que no se puede imponer dos sanciones de diferente naturaleza por el mismo hecho, o no se puede imponer dos penas distintas de naturaleza penal para castigar el mismo acto.

4.2. Las infracciones no penales

El principio *non bis in idem*, en su sentido penal sustantivo concurre, en primer lugar, en todos aquellos casos en donde existe la posibilidad de imponer penas de naturaleza penal y administrativa, en donde existen infracciones disciplinarias o del derecho administrativo sancionador, es decir, en estos casos existen hechos o situaciones que son constitutivas de delitos y que a la vez, pueden considerarse definidas como infracciones administrativas o disciplinarias; por las que puede imponerse la correspondiente sanción.

En estos casos, la doctrina señala la imposibilidad de aplicar una pena administrativa o disciplinaria; a quien ya ha sido sancionado en la legislación penal. Es evidente también, que el proceso penal por su mayor entidad, debe ser preferido al proceso administrativo

sancionador, de tal suerte, que el proceso penal no puede suspenderse; ni terminarse por la existencia de un proceso administrativo o una investigación administrativa. La idea central, es que el mismo hecho no debe sancionarse administrativamente; cuando existe la posibilidad de aplicar una sanción penal.

A pesar de ello, subsisten en la legislación numerosas situaciones en donde el derecho administrativo sancionador y el derecho penal; establecen sanciones para los mismos hechos. Por ejemplo, la falta de no cumplir con las obligaciones inherentes al cargo, contenida en el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil y, el Artículo 419 del Código Penal.

Ello, debe ser considerado como un grave error político criminal, pues lo conveniente es que las sanciones penales inicien en donde las sanciones administrativa; sin que existan puntos de convergencia. El principio de *ultima ratio*, que debe informar el derecho penal, tiene que orientar una política criminal en la cual se evite sancionar con penas de distinta naturaleza los mismos hechos. De esta forma, una vez que el derecho penal ha contemplado como delictivo un acto; el derecho administrativo no lo debería sancionar.

Desafortunadamente la problemática persiste, lo que ha obligado a establecer criterios de determinación para delimitar cuándo existe el *non bis in idem*, en la concurrencia de infracciones administrativas o disciplinarias y hechos contemplados como delitos en el Código Penal.

En todo caso, es claro que la coincidencia de una sanción administrativa o disciplinaria para hechos contemplados como delito en el Código Penal; debe ser de admitida como algo excepcional.

De existir normas, que tengan sanciones penales y no penales sobre un mismo hecho, deberán entenderse que se encuentran en una situación de graduación jerárquica y serán materia de infracción administrativa o disciplinaria, sólo aquellas conductas que por virtud del principio de fragmentariedad o subsidiariedad; no ostenten la lesividad necesaria para ser consideradas como un injusto penal. Esta interpretación, por supuesto, impide la aplicación de dos sanciones por el mismo hecho, dejando únicamente la imposición de una de ellas atendiendo al grado de lesión del bien jurídico, para permitir que en el ámbito administrativo se sancionen aquellas conductas de bagatela; o que no reúnen un desaváhalo suficiente para configurar un injusto penal.

Ello, es una exigencia de un derecho penal democrático, en donde la norma jurídico penal se encuentra elaborada; con la finalidad de proteger bienes jurídicos. El tipo penal, como conjunto de todos los elementos que describen y fundamentan lo injusto de una figura delictiva, tiene que describir con claridad un resultado; que consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal. Y, desde esta perspectiva dogmática, el tipo penal ha de interpretarse precisamente en función de esta protección hacia el bien jurídico penal, de tal manera que en todos aquellos casos en donde no haya un resultado lesivo para el bien jurídico, es decir, cuando el bien jurídico no ha sugerido lesión o puesta en peligro; no cabe considerar a la acción correspondiente como penalmente típica. El tipo penal, contiene en su seno conductas formalmente

antijurídicas, pero, que materialmente, no lo son y por tanto, en una interpretación restrictiva de carácter teleológico; deben ser excluidas del injusto penal. Por ello, el injusto administrativo, como injusto que puede ser formulado por la mera desobediencia a la norma, es decir, prohibiciones en donde no se lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, podría sancionar las conductas insignificantes; o que no tiene la entidad para llegar al nivel de injustos penales.

Así, pues, aún cuando la acumulación de la sanción penal y administrativa no se halla definitivamente cerrada, es posible hacer una interpretación dogmática que impida una doble sanción penal. Estarían limitados a los casos, en donde la sanción administrativa tiene un fundamento distinto al ámbito penal, y existe un régimen de especial sujeción por existir la calidad de funcionarios públicos; que deben ciertos deberes de fidelidad hacia la administración pública.

4.3. El principio *non bis in idem* y las sanciones de carácter penal

El ámbito de las normas penales, estrictamente consideradas por el principio de non bis in idem; significa que no se sancione dos veces la misma conducta. Supone pues, que no se aplique más de un precepto penal, en el caso en que exista un concurso de leyes. En este sentido es evidente que una misma conducta, no puede dar lugar a la aplicación de dos o más tipos penales.

El Artículo 29 del Código Penal, destaca en este sentido que no se apreciarán las circunstancias agravantes, las que por sí mismas constituyen un delito especialmente

previsto por la ley, ni las que ésta haya expresado al tipificarlo, o sean de tal manera inherentes al delito que; sin la concurrencia de ellos no pudiera comentarse.

En cumplimiento de esa regla, a los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus funciones no puede aplicárseles la agravante del artículo 27 inciso 12, consistente en valerse el delincuente de su carácter público, o del poder inherente al cargo u oficio, porque tal circunstancia ha sido ya tomada en cuenta al sancionarlos; como delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

“Cada tipo penal, está concebido para sancionar un acto, y los diferentes elementos constitutivos de la figura penal; precisan la norma legal en la cual hay que subsumir la conducta delictiva”.²²

La subsunción de los hechos en las normas, requiere en primer lugar una adecuada selección de las circunstancias y datos del supuesto de hecho, que puedan tener relevancia a efectos jurídicos, lo que requiere una reconstrucción judicial de los hechos lo más precisa, exacta y completa posible; para no desdeñar factores internos o externos que puedan tener alguna repercusión jurídica.

Por otra parte, existen casos en donde no es claro cuando se está frente a un mismo hecho; que pueda considerarse definido bajo dos o más normas distintas. Esta es la problemática denominada concurso de leyes o de normas, y que se decide decidiendo

²² Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**, pág. 24.

cual de las normas aparentemente concurrentes debe prevalecer sobre la otra y es la razón por la cual el principio en estudio, se contiene en vertiente penal o sustantiva en el principio de legalidad.

Se trata en definitiva, de decidir qué norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado; lo que conduce a excluir la aplicación de otras que recogen solamente algunos aspectos del mismo.

Se tiene que distinguir el concurso de leyes, del concurso de delitos. En el concurso de delitos, un hecho constituye más de un delito. En el concurso de leyes, por el contrario, la conducta delictiva, puede subsumirse en dos o más tipos penales; pero el juez debe decidir cual de ellos es el único precepto aplicable. Distinguir el concurso de leyes, del concurso de delitos es por lo tanto una condición, para aplicar correctamente la garantía del *non bis in idem*.

El elemento central, para esta distinción se encuentra en que se entiende por unidad de acción.

“La unidad de acción, es utilizada en el concurso ideal de delitos, en tanto; cuando no existe unidad de acción se estará frente a un concurso real. En los supuestos de unidad de acción, el juez debe decidir si una sola norma logra captar plenamente el desvalor de la acción o, si por el contrario; hay que acudir a más de una norma para ello”.²³

²³ *Ibid*, pág. 29.



4.4. Concurso ideal

El Artículo 70 del Código Peral, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece que existe concurso ideal en los casos en los cuales un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro.

Ese Artículo, contempla por lo tanto dos supuestos, el concurso ideal propio, y el concurso medial o concurso ideal impropio.

La idea central, en el concurso ideal de delitos es que existe una sola acción, pero que ha llevado a la comisión de varios tipos delictivos; homogéneos o heterogéneos.

El fundamento del concurso ideal, es que no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito; que cuando esa misma acción realiza varios delitos. La aplicación, de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del hecho.

“Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción, valora plenamente el suceso, aunque la pena total resultante de todos los tipos delictivos; sea disminuida a través de ciertos criterios específicamente establecidos por el legislador”.²⁴

²⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 34.

Es importante, también señalar que el concurso ideal y el concurso de leyes pueden en algún momento ser confundidos. Lo que sucede es que en el concurso de leyes, la aplicación de varios preceptos penales es solamente aparente, pues a partir de una correcta interpretación se deduce cual es el delito verdaderamente aplicable, en tanto en el concurso ideal, existe la concurrencia de dos preceptos o delitos, los cuales se aplican individualmente aunque con ciertas limitaciones; respecto a la pena total aplicable.

Sus clases son las siguientes:

- a) Concurso ideal propio: en el mismo, un mismo hecho constituye dos o más delitos.

La legislación penal guatemalteca, regula que un mismo hecho, constituye dos o más infracciones. El problema básico, para la aplicación de este precepto es establecer qué se entiende por un mismo hecho, debido a que la unidad de hecho señala que la ley; tiene que entenderse como la unidad de acción.

Existe unidad de hecho, cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad; y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de dos o más delitos; por lo que la acción debe abarcar la realización de una pluralidad de fines.

El concurso ideal propio presenta dos modalidades, el concurso homogéneo y el heterogéneo. Existe concurso homogéneo, cuando se afectan bienes jurídicos de igual naturaleza, lo que necesariamente implica igual gravedad de los delitos en concurso en el concurso heterogéneo; el hecho realiza delitos distintos.

- b) Concurso medial o impropio: es el que existe en la realización de un hecho, considerado como medio necesario para cometer otro. En este caso, no existe un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados. Pero, entre ellos existe una conexión íntima; ya que responden a la misma finalidad. El elemento esencial, entonces es la relación de necesidad, que existe entre uno y otro para la realización del delito.

“En efecto, la doctrina exige que exista una relación de necesidad, que debe ser entendida en sentido real; concreto y restrictivo. De tal forma, que no bastará el plan subjetivo del autor, sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse sin el otro delito; el cual se encuentra tipificado como tal en forma independiente”.²⁵

Si el desvalor, que representa uno de los delitos tiene incidencia en la configuración del otro, no procede apreciar el concurso de delitos en ninguna de sus modalidades, por lo que ha de aplicarse el delito que ya incluye en su tipificación y en su conminación penal; el desvalor de esos otros delitos. Habrá en este caso, un concurso de leyes, y lo que procede es determinar la norma correcta aplicable al caso concreto.

²⁵ *Ibid*, pág. 29.

Así, pues, la diferencia entre el concurso de leyes y el concurso ideal radica en que este último es preciso castigar al sujeto por todos los tipos delictivos realizados; pues de lo contrario no se capta la totalidad del contenido de lo injusto en su conducta. En cambio, en el concurso de leyes, basta con que se aplique uno de los tipos en los en que es subsumible la acción; para captar la totalidad del contenido de lo injusto.

Tanto el concurso ideal propio, como el medial, tienen como efecto establecer una regla especial de determinación de la pena. Cuando concorra un concurso ideal, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción; aumentada hasta en una tercera parte.

El tribunal, puede imponer todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones, si a su juicio esto fuere más favorable al reo.

4.5. Concurso real de delitos

Existe concurso real, cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos. El sujeto ha realizado varias acciones, y cada de una de ellas es constitutiva de un delito. El concurso real, es una unidad procesal y por ello; es preciso que no haya recaído sentencia condenatoria en ninguno de los delitos. La pluralidad de imputaciones, o hechos inherente al concurso real, significa que estos pueden conocerse en procesos independientes o, conectarse; sea por estar dirigidos hacia el mismo sujeto u otra causa similar.

De ahí, que el concurso real sí admite una persecución penal múltiple, dado que los hechos pueden ser conocidos independientemente, cada uno de ellos, y, no constituyen una imputación única, o sea, que es posible escindir su juzgamiento en diferentes procesos.

No obstante, en el aspecto sustantivo lo más importante es señalar las reglas que rigen la imposición de la sanción y que se hacen al momento de acumular varios hechos en un solo proceso; lo que obliga al juez a hacer aplicación de las reglas configuradas para ello.

Se han elaborado distintos criterios para determinar la pena aplicable al concurso real de delitos:

- a) Acumulación material de penas: se suman todas y cada una de las penas de los delitos cometidos. Esta solución, es coherente con una perspectiva retribucionista y relativa a cumplir la pena, luego de haber extinguido la primera; pero resulta un sufrimiento más duro.
- b) Absorción de la pena menor por parte de la más grave: este es el criterio opuesto al anterior, y lleva consigo la impunidad de los delitos menos graves.
- c) Acumulación jurídica: es una vía intermedia, entre las dos anteriores. Impone una pena más grave, que la correspondiente al delito de mayor gravedad.

El Artículo 69 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala parte de la acumulación material, ya que señala que al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente; principiando por las más graves.

4.6. Concurso de leyes

El concurso de leyes, no se encuentra expresamente regulado dentro de la legislación guatemalteca y constituye un problema eminentemente de interpretación legal, cuando uno o varios hechos pueden ser incluidos en varios preceptos legales, pero, donde sólo uno; puede aplicarse.

“El concurso de leyes, hace efectiva la garantía material del *non bis in idem*, es decir, la no punición de un mismo hecho dos veces. Para ello, el elemento esencial estriba en que uno de los preceptos penales, aprehende en su totalidad el desvalor del hecho o de los hechos concurrentes; ya que existe un solo tipo penal que contempla en sí el complejo de toda la conducta”.²⁶

Para lograr resolver este problema, la doctrina ha señalado una serie de criterios que tienen una solución; para lograr alcanzar la única norma correcta aplicable el caso.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho Penal**, pág. 34.

Estos principios o criterios, se encuentran también recogidos en cierta medida en los principios generales de derecho, sobre interpretación de la ley; que contempla la Ley de Organismo Judicial.

Esta subsidiariedad puede ser expresa, cuando un concreto precepto penal condiciona su propia aplicación a que el hecho previsto en él no constituya un delito más grave; o se encuentre incluido en otra norma.

La subsidiariedad, también puede admitirse en forma tácita, aunque en este último caso pueden surgir dudas; acerca de si existen preceptos principales o subsidiarios. En estos casos, la norma pone de manifiesto que no pretende ser aplicada cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho; por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico.

Los casos que se incluyen en la subsidiaridad táctica son varios: cuando el sujeto, interviene como partícipe y como autor; o con distintas modalidades de participación. En este caso, se considera subsidiaria la forma de intervención menos grave, que ha de ceder frente a la más grave. El delito imprudente, es subsidiario con respecto al doloso. Las fases delictivas anteriores, son subsidiarias a otras más avanzadas.

El precepto penal más amplio o complejo, absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Ello conduce, a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad. El principio de consunción sirve, pues, como

criterio al que hay que acudir cuando uno de los preceptos; es suficiente para valorar completamente el hecho y no se pueden aplicar los criterios anteriores.

La diferencia, entre la consunción frente a la subsidiariedad radica en que aquí se presentan diversos delitos en conexiones típicas, y ello es previamente tomado en cuenta por el legislador; al establecer el marco penal de los tipos en cuestión.

Para lograr un rendimiento satisfactorio del principio de consunción, la doctrina ha agrupado dos grupos de casos de aplicación: los supuestos de un hecho que acompaña normalmente a otro y otro supuesto son los actos posteriores impunes

El principio de alternatividad, es el criterio que se utiliza en defecto de los criterios anteriores, es decir, cuando el concurso de leyes, no pueda ser resuelto por los criterios de especialidad; subsidiariedad o consunción. Solamente, podrá ser aplicado cuando exista un error o descuido del legislador en sancionar a través de dos o más preceptos; exactamente el mismo hecho.

De llegarse a estimar un caso tal, las soluciones pueden optar por aplicar las penas del delito más grave; o adoptar el precepto que prevea la pena menos grave.

En abono a aplicar la pena más grave, se encuentra la idea que el concurso de leyes pretende abarcar completamente todo el desvalor del hecho, de tal suerte, que la aplicación de un mismo precepto se fundamenta; precisamente en el hecho de que el legislador contempla esto al momento de fijar la pena.

Es más acertado para la legislación guatemalteca aplicar la pena menor, dado que no existe una solución expresa en el caso de la alternatividad, el juez debe interpretar la ley y a partir del principio *in favor rei*, de manera que de existir un supuesto de alternatividad, será preferible aplicar la pena más leve; sobre la de mayor gravedad.

El Artículo 27 contempla las agravantes de reincidencia y habitualidad. Es reincidente, quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero; haya o no cumplido la pena. Mientras que delincuente habitual, se define como la persona que habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella; hubiere o no cumplido las penas.

En este caso, se está sancionando a la persona más gravemente por un hecho cometido con anterioridad; violentando con ello el principio de que nadie debe ser sancionado o castigado dos veces por el mismo hecho.

La reincidencia, no puede ser utilizada para negar beneficios penitenciarios como significa sancionar a una persona dos veces por la misma conducta; violentando con ello el principio *non bis in idem* material.

4.7. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple

Desde el punto de vista procesal, el principio de *non bis in idem* como principio estructural del proceso, significa que al juez le corresponde decir el derecho de modo

definitivo; sólo una vez. Por esa razón, en sentido procesal la garantía del principio, es una garantía de seguridad para el imputado, que cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior; o aún ésta se encuentra en trámite.

La manifestación esencial de ese principio, es la cosa juzgada y tras la sentencia firme; se cierra para siempre el proceso penal. Pero además, el *non bis in idem* constituye una parte indispensable de un enjuiciamiento equitativo, o debido proceso, por medio del cual se pretende evitar a la persona enjuiciada; quedar bajo la incertidumbre de ser sometida de nuevo a proceso. El principio, pretende proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica, atribuida o imputación penal, es decir; por los mismos hechos.

Ello no inhibe, lógicamente, el recurso de revisión por condena injusta; en favor del reo. Las garantías juegan a favor, no en disfavor, de quien sufre el poder penal del Estado, y revisa la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna, y ello no significa perseguirlo penalmente, sino, por el contrario, concederle otra oportunidad para fundar su inocencia o, al menos; limitar la aplicación errónea del poder penal.

La idea fundamental, es la garantía procesal de promisión penal múltiple, ya que no se debe permitir que el Estado con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos por condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos; y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad.

4.8. La doble persecución en el caso de sentencia condenatoria o absolutoria

El principio *non bis in idem*, fundamentalmente significa que el Estado no puede intentar iniciar un nuevo proceso penal, cuando ha dictado una sentencia penal; haya sido esta condenatoria o absolutoria. La fórmula, está concebida para lograr la intangibilidad de la cosa juzgada, es decir la imposibilidad absoluta de revisar la sentencia firme, a favor del condenado; para reabrir de nuevo el proceso a agravarle la pena ya impuesta. Esto sucede, cuando posteriormente a la sentencia surgieran elementos sobre su culpabilidad, o se demuestre la circunstancia de elementos agravantes o cualificantes; que no fueron incorporados por la acusación en la primera imputación.

Es evidente, que el principio enfrenta limitaciones que son complejas, puesto que para su aplicación se requiere que exista una sentencia firme; o que haya causado cosa juzgada. Entender cuando se tiene una sentencia firme, o basada en autoridad de cosa juzgada enfrenta serias dificultades, particularmente, cuando en apelación especial se puede decretar el reenvío del proceso, lo que permite la anulación de la sentencia dictada en el primer juicio; aún cuando sea absolutoria para someter al procesado a un nuevo juicio penal.

Es evidente, que la prohibición de someter dos veces a la persona al riesgo del proceso, fácilmente se encuentra perturbado en la legislación guatemalteca, con la posibilidad de decretar el reenvío del proceso y como consecuencia; la necesidad de celebrar un segundo juicio en el cual va enfrentar una sentencia de condena. Frente a esta circunstancia, se puede argumentar que la primera sentencia no ha alcanzado firmeza y

por lo tanto; no se puede invocar todavía la prohibición de doble persecución. Esta interpretación ha permitido, someter hasta cinco veces a juicio a un procesado por el mismo hecho; habiéndose revocado la sentencia y ordenado el reenvío por distintas circunstancias. Más dramático, es el hecho que procesados absueltos, y contra los cuales no se ha interpuesto recurso de apelación especial por parte de la fiscalía, han sido vueltos a juzgar por haberse decretado la anulación de la sentencia; en apelación del Ministerio Público contra otros coprocesadores. Es evidente aquí, que la sentencia de la persona absuelta y contra la cual no se interpuso apelación en su contra, por el órgano acusador ha adquirido firmeza; y el grado de intangibilidad que se deriva del *non bis in idem*.

El reenvío, por lo tanto, es una institución que debe ser aplicada con mucha cautela por los tribunales de apelación y casación, puesto que está implicando de hecho la posibilidad de someter a la persona; a un proceso penal nuevamente. Por eso, el principio debe tener una extensión mayor que la cosa juzgada de la sentencia. Adquiere su fuerza, cuando la sentencia ha adquirido firmeza y constituye una consecuencia estructural del carácter definitivo de la resolución. El *non bis in idem* en cambio, no tiene como fundamento las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de justicia, que exigen una y solamente una resolución jurídica; y su fundamento estriba en las exigencias particulares de libertad y seguridad.

Existe por lo tanto, una diferencia entre la idea de prohibición del *non bis in idem* y cosa juzgada. Esta diferencia, es la que hace que por regla general el Fiscal, que no puede recurrir a la sentencia; reclamando una sentencia de condena o una pena más grave.

Se admite, eso sí, que si el imputado es quien recurre, pueda ser expuesto un nuevo proceso, pero la pena a imponer; en todo caso, nunca puede exceder a la primeramente dictada. En este sentido, el reenvío debería quedar limitado exclusivamente a los casos en donde el imputado haya recurrido la sentencia, y el resultado del segundo juicio nunca puede ser más grave que el obtenido en el primero. Sólo de esta manera, se preserva el derecho al imputado a no ser sometido dos veces a juicio; por los mismos hechos. El reenvío decretado por el tribunal de apelación, tiene como único fundamento la renuncia a no ser sometido dos veces a proceso; que hace el imputado al recurrir la sentencia condenatoria.

Por su parte, el Artículo 17 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, establece que es admisible una nueva persecución penal: cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente; cuando la no prosecución, proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la misma; cuando un mismo hecho, debe ser juzgado por tribunales o por procedimiento diferentes que no pueden ser unificados, según las reglas respectivas.

Las excepciones al non bis in idem, demuestran que se basan en situaciones excepcionales, en donde fundamentalmente hay una mala promoción de la acción; y no se ha llegado a una sentencia definitiva.

Por ello, la resolución interlocutoria que eventualmente declara que no se puede proseguir la acción o que el tribunal es incompetente, o cuando deban separarse las

acciones, implican la inexistencia de una sentencia definitiva, lo que hace que la acción pueda ser enmendada; y llevada correctamente hasta su finalización.

4.9. El principio *non bis in idem* y la conspiración como delito de la delincuencia organizada

Para que exista doble persecución el juez debe confirmar que se dan los tres requisitos.

- a) Identidad personal: el principio *non bis in idem*, representa una garantía de seguridad individual. Por lo tanto, sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente, haya o no recaído sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, vuelva a ser perseguida en otro procedimiento penal; que tiene como objeto la imputación del mismo hecho.
- b) Identidad objetiva: una persona, puede ser sometida a varios procesos simultáneamente; pero por hechos distintos. Para que la garantía del *non bis in idem*, produzca su efecto prohibitivo; la imputación tiene que ser por el mismo delito: es decir, tiene que existir identidad de objeto.

La identidad de objeto, tiene que analizarse desde el punto de vista penal como una imputación idéntica, es decir; que tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona.

La regla genérica que gobierna el principio, prescinde de la valoración jurídica del hecho, para analizar fundamentalmente la imputación fáctica, es decir, el hecho que se imputa: un hecho real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintitos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución; bajo una valoración distinta de la anterior.

El inculpado absuelto por una sentencia en firme, no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Ello, impide el enjuiciamiento por los mismos hechos independientemente de la calificación de la figura abstracta que defina la ley. Es decir, lo que fue absuelto como delito; no puede ser materia de nuevo proceso por delito con base en los mismos hechos.

Ello no es admisible, ni aún bajo el pretexto de error fáctico o jurídico, salvo el caso excepcional del recurso de revisión a favor del condenado, caso que, por su misma naturaleza, no representa un nuevo riesgo, sino, por el contrario; otra garantía que se le brinda al reo.

La identidad, se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado; como acontecimiento histórico. Basta, entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en los mismos; sean más o distintas de las conocidas en el primero.

En todo caso, la acusación alternativa viene a prevenir esta circunstancia, permitiendo al Ministerio Público plantear dos hipótesis cuando la imputación principal corra el riesgo de no ser probada en juicio; o existan elementos difíciles de probar.

La identidad básica subsiste, aunque existan, entre ambas imputaciones, diferencias temporales, espaciales, de modo o en el mismo objeto del hecho atribuido; no alcancen para destruirla como afirmación de un acontecimiento histórico unitario.

En el concurso ideal, se trata de una unidad de hecho, en tanto que en el concurso real se está ante una pluralidad de hechos que sólo por razones de celeridad procesal; se unifican dentro del mismo proceso. La unidad de hecho del concurso ideal, es ante todo de carácter ontológico y tiene su base en el derecho penal material; el concurso real, por el contrario significa la imputación de hechos independientes, constituye, por tanto, una unidad procesal; por medio de la cual se juzgan una pluralidad de hechos. Este carácter artificial del concurso real, permite en consecuencia poder unir o separar las imputaciones penales para poder ser llevadas en procesos distintos; dependiendo de circunstancias eminentemente procesales.

El concurso de leyes trata, como en el concurso ideal, de un único hecho. Por lo tanto una vez dictada una sentencia por este hecho, aun cuando el encuadramiento haya sido erróneo; no se admite una nueva persecución penal posterior por otro delito.

No se admite el delito continuado, salvo en el caso de delitos sobre bienes jurídicos personalísimos.



A la conspiración, también se le denomina conjura y hace referencia a un acto o conjunto de actos llevados a cabo por diferentes personas, con el ánimo de arrebatarse el poder a otra; o de ocasionarle algún daño.

El delito de conspiración, sucede cuando dos o más personas se comunican entre sí para planear secretamente una o varias acciones; que les permiten la obtención de beneficios.

El Artículo 17 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Conspiración y proposición. Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer el delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente”.

“La conspiración es una de las formas de participación intentada en el delito con la proposición y la provocación además de las formas de participación delictiva”.²⁷

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, regula en el Artículo 3: “Conspiración. Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o

²⁷ Brown, Daniel. **La conspiración**, pág. 16.

más delitos de los enunciados en el presente Artículo. Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán las mismas señaladas para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos.

Los delitos a los que se hace referencia en el primer párrafo de este Artículo son los siguientes:

- a) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad; tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio; tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión;
- b) De los contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos: lavado de dinero u otros activos;
- c) De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales;
- d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;
- e) De los contenidos en el Código Penal:



- e.1) Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato;
- e.2) Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa;
- e.3) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;
- e.4) Terrorismo;
- e.5) Quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;
- f) De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros: contrabando aduanero y de la defraudación aduanera;
- g) De los contenidos en la presente Ley:
 - g.1) Asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia.
 - g.2) Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;
 - g.3) Exacciones intimidatorios, obstrucción extorsiva de tránsito.



- h) De los contenidos en las leyes de carácter financiero:
 - h.1) Intermediación financiera;
 - h.2) Captación ilícita de dinero e intermediación ilícita con valores; y,
 - h.3) Otros delitos de similar naturaleza que se incluyen en leyes específicas.
- i) Los delitos contemplados en la Ley de Armas y Municiones”.

Es esencial, que la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 se encargue de combatir el crimen organizado, a través de la prueba induciaria, y además que determine que el principio *non bis in idem*, es lesionado en la actualidad por el delito de conspiración, debido a que este delito tiene que suscitar diversas figuras delictivas preestablecidas en la legislación penal vigente; para la concertación de un grupo de delincuentes que hayan cometido ilícitos relacionados con el narcotráfico.



CONCLUSIONES

1. No existe conocimiento en la ciudadanía guatemalteca de la garantía del *non bis in idem*, a pesar de que el mismo se encuentra contemplado en los principales tratados en materia de derechos humanos, y ello no permite la existencia absoluta de una agravación de la pena del hecho punible cometido posteriormente o, de la ejecución de la pena que por él se merece; basado en un delito que ya ha sido juzgado.
2. En la Ley Contra la Delincuencia Organizada, no cabe duplicidad de sanciones cuando se trata de un mismo sujeto, un mismo hecho y las sanciones tengan el mismo fundamento y se prohíbe que autoridades del mismo orden; sancionen repetidamente el delito de conspiración a través de procedimientos distintos.
3. No se determina que el Estado, puede perseguir una sola vez la comisión de un delito y no puede someterse a proceso dos veces el mismo hecho, ya sea en forma simultánea o sucesiva, y ello no permite el claro conocimiento de la fórmula correcta del *non bis in idem* que impide la iniciación o persecución; cuando exista una identidad de hecho o imputación penal.
4. La persona no puede ser sometida al riesgo de afrontar doble condena, por el delito de conspiración por un mismo hecho en la legislación vigente en Guatemala, debido a que con ello se evita una persecución simultánea del mismo

hecho, por parte de los órganos del Estado; evitando con ello una persecución posterior a la sentencia.

5. La Ley Contra la Delincuencia Organizada regula el delito de conspiración y el mismo violenta el principio *non bis in idem*, debido a que persigue doblemente a una persona no solamente por el delito cometido, sino también por el motivo que inspira la conspiración; y ello son circunstancias que propician la violación a los principios constitucionales de la doble persecución.

RECOMENDACIONES

1. Que el Gobierno de Guatemala mediante el Ministro de Gobernación, tiene que señalar la importancia del principio *non bis in idem*, señalando que el mismo se encuentra regulado en tratados de derechos humanos, y ello no permite que pueda existir total agravación de la pena del hecho punible cometido; y una correcta ejecución de la pena que se base en un delito que haya sido juzgado.
2. El Organismo Judicial a través del Jefe del Ministerio Público, tiene que señalar que en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, no puede existir duplicidad de sanciones cuando se trate de un mismo sujeto, igual hecho y sanciones, así como también se tiene que prohibir que las autoridades sancionen de forma repetida; el delito de conspiración mediante procedimientos distintos.
3. El Jefe del Ministerio Público mediante los agentes fiscales encargados del caso, tiene que dar a conocer que el Estado guatemalteco, debe perseguir una única vez la comisión del delito y no puede someterse a proceso dos veces el mismo hecho, de manera sucesiva, y de esa forma se conoce la correcta fórmula del *non bis in idem*; que impide el comienzo y la persecución al existir una identidad de hecho.
4. El Gobierno guatemalteco mediante los Tribunales de Justicia, tiene que dar a conocer que las personas no pueden ser sometidas al riesgo de afrontar un doble condena por el delito de conspiración por igual hecho, de conformidad con la

legislación vigente en el país, ya que se busca evitar una persecución simultánea del mismo hecho por parte de los organismos del Estado; y con ello evitar una persecución posterior a la sentencia.

5. El Ministerio Público mediante los jueces de primera instancia penal, tiene que determinar que la Ley Contra la Delincuencia Organizada regula el delito de conspiración y que el mismo violenta el principio *non bis in idem*, ya que busca perseguir doblemente a una persona no únicamente por un delito cometido; sino también por el motivo que inspira la conspiración.



BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, Bernardino. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Victoriano Suárez, 1985.
- AROCHA MORTON, Carlos. **Crítica a la dogmática jurídico penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1989.
- BERDUGO, Ignacio. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España. Ed. Praxis, 1994.
- BROWN, Daniel. **La conspiración**. Barcelona, España: Ed. Reus, 2005.
- BRUCET ANAYA, Luis Alfonso. **El crimen organizado**. México, D.F.: Porrúa, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1998.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.
- CERDA LUGO, Jesús. **Delincuencia organizada**. México, D.F.: Ed. Nacional, 2000.
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1982.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1987.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **Conspiración para cometer el delito**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.
- GARCÍA MOLINA, Antonio. **Introducción al derecho penal**. Madrid, España: Ed. Universitaria Ramón, 2005.



GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Delincuencia organizada**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2002.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. **Diccionario jurídico**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2000.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S.A., 1988.

MIR PUIG, Santiago. **Tratado de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

ORTS BERENGUER, Enrique. **Compendio de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1989.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Dykinson, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Madrid, España: Ed. Temis, 1989.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

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

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



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

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, 2006.

Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos. Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, 2001.

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