

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO
EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**



Guatemala, Agosto de 2016

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: M.A. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutía
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Msc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL ANTE EL QUE SE DEFENDERÁ
LA TESIS**

Presidente: Dr. Oscar Sagastume Álvarez
Secretario: Dr. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Vocal: Dra. Elida Luz Quiñonez Zúñiga

Razón: "El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis Sustentada". (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

REF: DICTAMEN DE ASESORA DE TESIS
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA

Guatemala, 23 de junio de 2016.

Doctor
César Landelino Franco López
Maestría en Criminología
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **TUTOR DE TESIS DE MAESTRIA**, que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación de Maestría, en el que se dispuso nombrarme como Tutor de Tesis del Maestrante **LUIS ALBERTO PEREZ MORAN**. Al respecto vengo a presentar el siguiente:

DICTAMEN:

1. DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN EN CONCRETO Y SU IMPORTANCIA:
El trabajo de investigación presentado se intituló **“Análisis Criminológico de la Extinción de Dominio en la Lucha Contra la Corrupción”**.

La investigación se centra en el estudio y análisis criminológico en la lucha contra la corrupción. La importancia del tema resalta en las actuales circunstancias en las que, dentro de la realidad cotidiana guatemalteca y latinoamericana hace concurrente causas que motivan procesos de extinción en aquellos casos en donde se ha establecido la obtención de un patrimonio ilícito, como consecuencia de actos de corrupción, se valora la lucha de la misma y las pocas posibilidades de juzgamiento de tales hechos criminales.

De tal cuenta, en las circunstancias actuales en las que las corrientes mediáticas criminológicas parecieran tener más éxito que las formas tradicionales de juzgamiento, el uso de los procedimientos de extinción de dominio como una forma de combatir el flagelo de la corrupción y las verdaderas causas que motivan ese fenómenos criminales, la investigación presentada reviste una enorme importancia, pues sobre la base del verdadero análisis científico, permite



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

**REF: DICTAMEN DE ASESORA DE TESIS
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA**

establecer que la utilización del procedimiento no responde a una simple concesión graciosa de los Estados en su combate a la corrupción, sino en todo caso responde a las políticas criminales actuales, que a su vez, descansa en el estudio real de los factores criminológicos que determinan la incidencia de esa clase de práctica y que imperan en la mayor parte de Latinoamérica.

2. DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS:

En la investigación se hace uso de las herramientas metodológicas pertinentes. Sobre esa base se delimita el problema de investigación y los objetivos generales y particulares que van a orientar la investigación y que conducirán a las conclusiones de la misma.

En el desarrollo de la investigación, se aprecia el uso de los métodos histórico-lógico, dogmático jurídico y comparativo, así como la técnica de análisis de contenido. Adicionalmente, aunque no se mencione, existe la utilización de una extensa fuente bibliográfica que sin lugar a duda constituye parte importante de la metodología utilizada, mediante la comparación de legislación y doctrina, además de haber recurrido a fuentes primarias y secundarias de la propia realidad guatemalteca.

3. DE LO RELACIONADO AL INTERÉS QUE GENERA EL TRABAJO DE TESIS EN LOS ÁMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

Como se trató de anticipar en el inicio de este dictamen, el interés que genera la investigación deriva de la importancia que esta observa en las actuales circunstancias que genera en Guatemala y Latinoamérica la discusión sobre el tema de los grupos criminales mediante actos de corrupción y la respuesta estatal con utilización de la extinción de dominio para combatir ese flagelo criminal.

De consiguiente, el interés que genera la investigación puede considerarse muy grande, pues para el ámbito guatemalteco permitirá abordar con la seriedad que deriva de la investigación científica, si es o no una política criminal adecuada la utilización de extinción de dominio y si es ésta la solución para disminuir la infracción de normas penales por parte de grupos de persona que delinquen mediante actos de corrupción.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

REF: DICTAMEN DE ASESORA DE TESIS
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA

4. DEL ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE SE INVESTIGA CON EL DESARROLLO DE LA TESIS DE MAESTRÍA

La investigación que se ha dirigido, ha permitido entre otras cosas, establecer el desarrollo de las definiciones más importantes sobre la corrupción, los verdaderos fundamentos de la extinción de dominio, pero por sobre todo, la conveniencia o no de su utilización. Ahora bien, lo más importante de toda la investigación ha sido y es, concluir en que las justificaciones que se esgrimen por parte de quienes persiguen que se suprima la utilización de esta herramienta en la lucha contra el crimen son carentes de razón, porque no responden al fin ulterior que buscan en cuanto a disminuir la incidencia criminal de personas pertenecientes a estos grupos criminales.

5. DE LA CONTRIBUCIÓN SOCIAL QUE SIGNIFICA EL TRABAJO DE TESIS DE MAESTRÍA PRESENTADO POR EL SUSTENTANTE EN EL ENTORNO DEL TEMA Y LAS INSTITUCIONES ABORDADAS CON EL MISMO:

Derivado de que la situación social guatemalteca, refleja niveles altos de corrupción y por ende se han elevado en los últimos años, la cantidad de procedimientos que a través de la extinción de dominio desapodera de bienes obtenidos mediante la posibilidad de delitos concurrentes, que muchas veces permite perseguir penalmente a los responsables al no contar ya con herramientas económicas que les permita evadir su responsabilidad.

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis presentado por el postulante, además de cumplir con todas las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico adecuado, constituye un esfuerzo de investigación importante y propio del cuarto nivel de educación superior, por lo cual estimo que el mismo debe continuar su trámite como lo ordena la ley, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

“ ID Y ENSEÑAD A TODOS ”



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

REF: DICTAMEN DE ASESORA DE TESIS
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA



DRA. KAROL DESIREE VÁSQUEZ DE KESTLER
TUTORA DEL TRABAJO DE TESIS



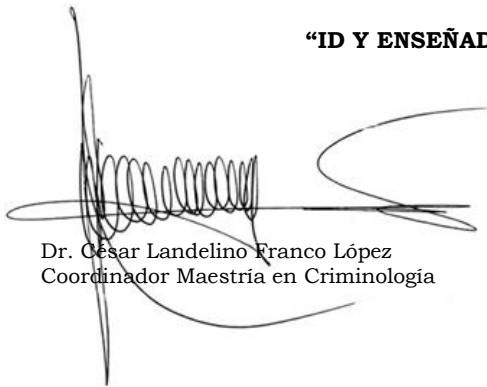
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

COORDINACIÓN POSTGRADOS INTERNACIONALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

LA COORDINACIÓN DE LA MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA, DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA. Guatemala, ocho de agosto de dos mil dieciséis.-----

Habiéndose tenido a la vista el expediente del aspirante: **Licenciado Luis Alberto Pérez Morán**, habiéndose cumplido y aprobado todos los requisitos legales, SE AUTORIZA LA IMPRESIÓN de la tesis titulada: **“ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN”**. Previo a realizar el acto de defensa de tesis, de conformidad con lo establecido en el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis de Maestría en Criminología.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. César Landelino Franco López
Coordinador Maestría en Criminología



DEDICATORIA

A DIOS: Amor a quien debo mi razón de ser.

A LA SANTISIMA

VIRGEN MARÍA: Eterna intercesora de mi vida, quien siempre me ha acompañado a lo largo de ella y en el ejercicio de mi profesión.

A MI ESPOSA

Y A MIS HIJOS: Mis grandes amores, a quienes debo mis esfuerzos por superarme, y a quienes debo servir de ejemplo en la lucha por un desarrollo integral intachable.

A MIS PADRES: Porque de ellos he recibido la formación de mi vida, y sin la formación de ellos no hubiese podido estar en este nivel de competitividad profesional.

A MIS HERMANOS

Y AMIGOS: Gracias por su apoyo incondicional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	I
CAPÍTULO I	
1. Criminología.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Método.....	5
1.3. Objeto.....	8
1.4. Criminología y Derecho Penal.....	9
1.5. Abolicionismo Penal.....	15
2. Política Criminal.....	19
2.1. Definición.....	19
2.2. Fines.....	23
2.3. Objetivos.....	25
2.4. Desarrollo Histórico de la Política Criminal.....	29
2.5 Relación de la Política Criminal con la Criminología y el Derecho Penal...	35
2.5.1. La prevención de la criminalidad desde la criminología.....	35
2.5.2. La prevención de la criminalidad desde el derecho penal.....	38
2.6. Funciones de la Política Criminal.....	40
2.6.1. Estudia la realidad del delito.....	40
2.6.2. Estudia los mecanismos de prevención del delito.....	40



2.6.3. Criticar la legislación penal.....	41
2.6.4. Diseñar un programa integral de política criminal.....	41
2.6.5. Evaluar la política criminal.....	42

CAPÍTULO II

2. Extinción de dominio.....	43
2.1. Constitución y derecho de propiedad.....	43
2.2. Antecedentes de la Extinción de Dominio en Guatemala.....	44
2.2.1. Convenios y Tratados Internacionales.....	45
2.2.1.1 Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 y su Protocolo de 1972.....	45
2.2.1.2. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sociotrópicas de 1988 (Convención de Viena).....	46
2.2.1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	46
2.2.1.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2003.....	47
2.2.1.5 Cuarenta recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado Dinero.....	49
2.2.2. Legislación Comparada.....	49
2.2.2.1. Colombia.....	49
2.2.2.2. México.....	53
2.2.2.3. Perú.....	55



2.2.3. Decretos y Leyes Nacionales.....	
2.2.3.1. Decreto 67-2001 Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos.....	55
2.2.3.2. Resolución JM 68-2003.....	57
2.2.3.3. Decreto 55-2010 Ley de Extinción de Dominio.....	58
2.2.3.4. Acuerdo Gubernativo número 514-2011 del Presidente de la República de Guatemala. Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio.....	59
2.3 Definición.....	59
2.4. Principios.....	62
2.5. Finalidades Especiales de la Extinción de Dominio en Guatemala.....	63
2.6. Beneficios de la Extinción de Dominio.....	67
2.7. Extinción de Dominio y Política Criminal.....	69

CAPÍTULO III

3. Corrupción.....	77
3.1. Definición.....	77
3.2. Clasificación.....	82
3.2.1. Marginal.....	82
3.2.2. Hiper-corrupción.....	82
3.3. Causas y Efectos.....	82
3.4. Marco Legal en la Lucha contra la Corrupción en Guatemala.....	85
3.4.1. Marco Legal Internacional.....	85
3.4.1.1. Convención Interamericana contra la Corrupción.....	85



3.4.1.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	
3.4.1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	87
3.4.2. Marco Legal Nacional.....	89
3.4.2.1. Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas Decreto número 57-92 (Decretos 20-97, 34-2001, 73-2001, 27-2009, 45-2010 y 6-2011).....	89
3.4.2.2. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas. Acuerdo Gubernativo 1056-92 (Acuerdos Gubernativos 487-94, 472-96, 232-2000, 80-2004, 1895-2005, 368-2006, 401-2006, 512-2006 y 151-2007).....	90
3.4.2.3. Normas Éticas del Organismo Ejecutivo. Acuerdo Gubernativo 197-2004.....	91
3.4.2.4. Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto número 67-2001.....	91
3.4.2.5. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto número 31-2002.....	92
3.4.2.6. Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Acuerdo Gubernativo número 192-2014.....	93
3.4.2.7. Ley en Materia de Antejuiicio Decreto número 85-2002.....	93
3.4.2.8. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto número 89-2002.....	94
3.4.2.9. Código Penal Decreto número 17-73.....	95
3.4.2.10. Ley contra la Corrupción. Decreto número 31-2012.....	95



3.5. Política Criminal y Transparencia Institucional.....	
3.5.1. Actitud Activa para la investigación y persecución de los delitos de cuello blanco.....	98
3.5.2. La Rendición de Cuentas como punto de partida en el Control Estatal para prevenir y combatir la Corrupción.....	102
3.5.3. Estrategias de Apertura Institucional para la Transparencia en la Lucha contra la Corrupción.....	103
3.5.3.1. La Comunicación.....	103
3.5.3.2. La Demanda Directa.....	104
3.5.3.3. La Participación Ciudadana.....	105
3.6. Política Criminal Internacional en la Lucha contra la Corrupción.....	106
3.6.1. La Preocupación Internacional.....	107
3.6.2. La Transparencia Internacional.....	109
3.7 Extinción de Dominio en la lucha contra la Corrupción.....	111
3.7.1 Descapitalización de la Criminalidad.....	112
3.7.2 Disminución de la Corrupción.....	113
CONCLUSIONES	115
RECOMENDACIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	121





INTRODUCCIÓN

El fenómeno criminal se ha desarrollado día con día, su desarrollo ha implicado la evolución del mismo por medio de estrategias que han dificultado su persecución e investigación, esto conlleva para el Estado, un reto que implica no solo aplicar el poder punitivo, sino el desarrollo de todos aquellos mecanismos que den respuesta satisfactoria a la sociedad en el combate contra el fenómeno criminal.

Para ello la Criminología también ha desarrollado a través de su estructura científica una gama de estrategias para el estudio del origen del crimen, la lucha contra este, su erradicación y la sanción del mismo, es por medio de la Política Criminal como disciplina a estudiar, que se visualiza la preocupación de dicha ciencia para lograr la prevención criminal como modelo institucional en la búsqueda de la reducción del fenómeno criminal.

Ahora bien, planteado los mecanismos estructurales, científicos y modelos preventivos en la lucha contra la criminalidad, el crimen produce efectos dentro del desarrollo social y del Estado que sientan efectos que son cuestionados por la sociedad misma ya que la afectan considerablemente. Uno de esos efectos es el que se estudia dentro de este trabajo, el enriquecimiento ilícito como producto de la corrupción, pues se parte de la idea medular que la corrupción como flagelo social ha infectado a la sociedad de ese cáncer lesivo para el desarrollo integral de la misma, se ha enraizado en el sistema de gobierno y en la cultura social que dicho sea de paso, la misma ha generado desestabilización institucional del Estado y adaptación de la sociedad ante su existencia.

Pero como el fuerte vive hasta que el débil se levanta, la corrupción ha rebasado los límites de tolerancia de la sociedad, del gobierno y de la comunidad internacional pues como se aborda en esta investigación el enfoque va dirigido a combatir ese flagelo, la lucha contra la corrupción debe estar encaminada a



prevenir, erradicar y sancionarla, ya que solo a través de la aplicación de estrategias eficientes se puede lograr ese objetivo.

Guatemala atraviesa una de las mayores crisis institucionales derivada del fenómeno de la corrupción, el Estado debe responder ante la existencia de la misma, no solo con mecanismos jurídicos esenciales y efectivos, pues la sola letra legal no es suficiente para luchar contra ella, se necesita de una voluntad política para tomar con responsabilidad la batuta que nos dirija en las estrategias efectivas en la lucha contra la corrupción para rescatar la confianza perdida en las instituciones de gobierno.

Para dar respuestas al fenómeno criminal familiarizado con la corrupción, no basta perseguir criminalmente a aquellos que en la administración pública incurren en este flagelo. Se trata de buscar mecanismos que permitan afianzar la confianza perdida, a través de la intervención de medidas preventivas que en el contexto del fenómeno criminal, el producto de la corrupción sea dominado por el Estado, la existencia del enriquecimiento ilícito genera insatisfacción social, y solamente propicia las diferencias existenciales dentro de las clases sociales, y como consecuencia conlleva al fracaso de la sociedad misma.

Aquí se aborda el tema de la Extinción de Dominio en la lucha contra la Corrupción, porque el Estado debe responder ante el fenómeno de la corrupción, el estudio no implica que la Extinción de Dominio supla el poder punitivo del Estado, porque ello sería propiciar la impunidad, sino que simplemente se considera que es necesario que el Estado tome el control cuando el aparato estatal mismo no es suficiente para perseguir penalmente y deducir la responsabilidad en la vía penal, es más, se estudia cómo la Extinción de Dominio en una esfera apartada del poder punitivo del Estado, trata de ser efectiva para la recuperación de los bienes en decomiso o la simple sospecha de procedencia ilícita, ya que en la mayoría de los casos la recuperación de activos de procedencia ilícita a través de la espera del fallo de condena en el proceso penal



resulta ineficaz, ya que el tiempo puede ser un factor generador de descomposición de la utilidad de los bienes.

Se busca con el tema dar un mensaje de consolidación de democracia, como una verdadera necesidad social que tiene por objeto crear políticas estatales en la lucha contra el enriquecimiento ilícito, para que aunado a la persecución penal para la deducción de la misma, esa lucha constituya un efectivo mecanismo de prevención del fenómeno criminal.

Esta investigación resulta novedosa, porque trata de plantear como la Extinción de Dominio puede constituir una herramienta en la lucha contra la corrupción, como ese instituto jurídico de reciente creación dentro del ámbito legal guatemalteco analiza la misma a través del garantismo constitucional que debe operar a lo largo de todas las fases de dicho proceso en la labor de obtención, diligenciamiento y valoración de la prueba, que dé como resultado recuperar a favor del Estado los bienes de procedencia ilícita en la lucha contra el enriquecimiento ilícito derivado de los actos de corrupción, la cual subyace en el esfuerzo político, jurídico y científico que constituye un baluarte en la búsqueda de la verdad histórica del fenómeno criminal. Sosteniéndose que el tema ofrece una estrategia no solo adoptada dentro del ámbito local, sino que también por la comunidad internacional que apuesta a dicha herramienta como un mecanismo existencial efectivo para combatir un fenómeno que hace mucho tiempo radica dentro del ámbito nacional, internacional y transcontinental.





CAPÍTULO I

1. Criminología

1.1. Definición

La Criminología plantea logros que hacen que la misma haya evolucionado técnica y científicamente, pues ha hecho que en el contexto del desarrollo social, se puedan incluir las ventajas que la misma ofrece respecto del fenómeno de la criminalidad, por ello se puede decir que ocupa un lugar entre las ciencias sociales, pues aporta procesos criminógenos que en toda sociedad fortalecen el sistema de prevención.

Bajo ese argumento, el enfoque de la ciencia de la Criminología permite que la misma conlleve niveles de desarrollo, que no van a depender exclusivamente de la ley o del derecho como ciencia, sino que, en conjunto con la política social y la política criminal del Estado, coadyuvaría a que ésta plantee verdaderas soluciones al fenómeno criminal.

Al efecto se considera que la Criminología es una ciencia que puede entenderse como aquella que absorbe los conceptos de delincuente y delito en la idea de fenómenos criminales. Pues aunque se considera accesoria en surgimiento respecto del derecho penal, la focalización de la misma no es sino una visión encaminada al estudio del crimen, y siendo que el derecho penal surge en el ambiente del estudio del delito, su familiaridad las sitúa en una perspectiva que plantea el análisis de un fenómeno que ataca a la sociedad.

Sin embargo, no obstante su familiaridad, su dependencia recíproca, su cooperación en el desarrollo de las mismas, éstas toman rumbos distintos, pues el derecho penal en su contemporaneidad, actualidad y modernismo, busca el estudio del delito, las penas y las medidas de seguridad, éstas últimas bajo la idea



de la consecuencia jurídica de un actuar contra derecho. Pero la Criminología parte en principio del estudio del crimen y el criminal, sin embargo, con el devenir del desarrollo de la misma, su campo de estudio se extiende a la víctima y al control social.

Su definición es un problema a discutir, pues no obstante se ha puesto de manifiesto que en el modernismo de la ciencia de la Criminología, su contexto abarca el crimen, la persona del infractor, la víctima y el control social, en sus orígenes varios autores se negaron a definirla bajo esa visión y su enfoque fue puramente etimológico del latín *CRIMEN-INIS* crimen y del griego *KRIMINOS* delito y *LOGOS* tratado o estudio, sin tener una visión amplia del objeto de la ciencia, el cual debió estar abarcado en su definición desde sus orígenes.

“La Criminología trata del estudio de la criminalidad; la criminalidad es el conjunto de hechos criminales cometidos en un lugar y tiempo determinado. Más técnicamente, la criminología es la ciencia penal cuyo primordial objeto consiste en la explicación de la criminalidad y de la conducta desviada.”¹

En 1965 la UNESCO patrocina una reunión, la cual es organizada por la Sociedad Internacional de Criminología, la que llegó a grandes acuerdos respecto al contenido de la misma y los fines de la enseñanza criminológica. En esa reunión se sigue la línea clásica de Enrico Ferri, positivista criminológico y del derecho penal, quien definía que la Criminología debía ser una ciencia sintética basada en la Antropología y la Sociología Criminal. Llegándose a definir “Esta ciencia sintética se propone, hoy como ayer, la disminución de la criminalidad, y en el terreno teórico que debe permitir llegar a este fin práctico, propone el estudio completo del criminal y del crimen, considerando este último no como una abstracción jurídica, sino como una acción humana, como un hecho natural y

¹ Madrazo Mazariegos, Sergio, Madrazo Mazariegos Danilo. Constelación de Ciencias Penales. Tomo I. pág. 15.



social. El método utilizado por la Criminología es el método de observación y experimentación, empleado en el marco de una verdadera clínica social."²

De lo anterior se puede partir que la definición argumenta que la misma se considera ciencia, propone aunque no lo describe, la existencia de un método científico que tiene un fin de estudio y de razón de ser, la disminución de la criminalidad, la búsqueda de la erradicación del fenómeno criminal va más allá de la sanción que es propia del derecho penal, no se visualiza la criminología en la óptica del castigo, sino como el paliativo que busca crear como lo dice la definición una verdadera clínica social a través del método de observación y experimentación el estudio del fenómeno criminal, pero ya no bajo la perspectiva de una abstracción jurídica o sea un ente exclusivo del derecho, esa abstracción es propia de estudio del derecho penal; sino como una acción humana, como un hecho natural y social, precisamente el fenómeno criminal visto desde la perspectiva de la abstracción jurídica, que conlleva la existencia de una visualización de la prohibición normativa.

No obstante ello, esa prohibición tiene un origen, que parte de una condición natural del hombre quien se desarrolla en sociedad, y es en esa dirección que la Criminología debe partir para focalizar cual es el origen del fenómeno criminal, para preparar a la sociedad con herramientas efectivas que ante la existencia del riesgo, pueda superar las barreras criminológicas ante las que se encuentre y combatir la misma con herramientas que sean eficaces en la lucha contra la criminalidad.

El término Criminología es un término convencional, los romanos en su derecho distinguían los delitos y los crímenes, haciendo referencia a que los crímenes eran perseguidos por el Estado, mientras que los delitos eran perseguidos por los particulares, entendiendo que los crímenes eran numerados en unos pocos, lo que describía que los crímenes eran delitos muy graves, y en esa idea los puntos de

² UNESCO. Las Ciencias Sociales en la Enseñanza Superior: Criminología. España. 1961. pág. 13.



identificación de la ciencia se conceptualizaban en el crimen y el criminal, p importaba la gravedad del hecho y como consecuencia la persecución estatal de aquel que ejecutaba esos hechos de gran magnitud. “Es verdad que etimológicamente Criminología deriva del latín *crimen-criminis*, y del griego *logos*, tratado, y, considerado el concepto crimen como conducta antisocial, y no como “delito”, “delito grave” o “delito de lesa majestad”, la Criminología puede mantener su original denominación”.³ De ello entonces se conserva una concepción que abarca al crimen y al criminal.

“Salida ya de su fase empírica e intuitiva iniciada por Lombroso, la criminología comienza a definir, algunos principios generales. Un programa completo para el estudio del delito, presenta tres aspectos fundamentales: 1°. Sus causas (etiología criminal). 2°. Los caracteres de los delincuentes (clínica criminológica). 3°. La profilaxia y represión de la criminalidad (terapéutica criminal).”⁴ Con ello entonces vemos que el convencionalismo del término Criminología, busca ampliar su campo de estudio, el contexto original encaminado a la etiología del crimen y el estudio propio del delincuente, se amplía, ya que al hablar de profilaxia y represión de la criminalidad, el concepto de control social empieza a tomar importancia en el campo de estudio de la Criminología, y como consecuencia pasa a formar parte de su definición.

Luego de ello nos encontramos con definiciones que ubican un contenido que parte entre otras: “ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del crimen, del delincuente, la víctima y del control social de comportamiento desviado”⁵, “Es una ciencia que tiene un objeto claro: el crimen, el delincuente, la víctima y el control social.”⁶ “La criminología es la ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida,

³ Rodríguez Manzanera, Luis, CRIMINOLOGÍA. pág. 10 y 11

⁴ Ingenieros, José, CRIMINOLOGÍA. pág. 381.

⁵ Manchame Leiva, Raúl Arquimides, Aspectos Generales de Criminología. pág. 1.

⁶ Rossotto Herman, Beatriz, Manual e Criminología y Criminalística. pág. 7



contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen (contemplado éste como problema individual y social), así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuestas al delito.”⁷

Con esas definiciones vemos que la Criminología tiene método, objeto y funciones, que parte de una concepción empírica que permite describir una idea criminológica con base en la experiencia y la percepción, inter o multidisciplinario pues la Criminología por sí sola no puede ser capaz de dar respuesta al fenómeno criminal, ya que necesita tener relación con otras disciplinas científicas que le permitan generar una fundamentación más amplia en su campo de estudio, en virtud que su estudio se ocupa del crimen, la persona del infractor, la víctima y el control social, ante ello la respuesta del campo de estudio debe ser efectiva para que en todo caso, se establezca la razón de ser de la ciencia criminológica, y luego su efectividad en respuesta del fenómeno criminal.

Ahora el objeto de la Criminología que se describe en su definición, genera el espacio perfecto para que la maquinaria estatal proceda a crear la ley penal para que ésta decida, defina y enumere quién es el delincuente, que pena se le debe imponer como consecuencia de la ejecución de sus actos, quien protagoniza el papel de víctima, e inclusive cuales son los mecanismos profilácticos para el fenómeno criminal.

1.2. Método

A partir del positivismo la Criminología fue adquiriendo libertad como ciencia, lo que significa que adquirió autonomía y como consecuencia rango de ciencia, no obstante la misma se basa en la experiencia y la percepción, su definición abarca

⁷ Madrazo Mazariegos, Sergio, Madrazo Mazariegos, Danilo, Constelación de Ciencias Penales. Tomo I. pág. 16



el concepto empírico, lo que varía su originalidad, que parte de una percepción por experiencia, observación e inducción, que prácticamente conlleva especular, situación que es superada por la valoración en la concepción científica, que la hace formal y de razonamiento abstracto.

“Ferri, refiriéndose a los clásicos, afirmó: para nosotros, el método experimental (inductivo) es la llave de todo conocimiento, para ellos, todo deriva de deducciones lógicas y de la opinión tradicional. La criminología es una ciencia del “ser”, empírica; el derecho, una ciencia cultural del “deber ser”, normativa. En consecuencia mientras la primera se sirve de un método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad, las disciplinas jurídicas utilizan el razonamiento lógico, abstracto-deductivo. El saber empírico y el saber normativo son dos categorías antagónicas.”⁸

Si la Criminología pertenece en su definición a las ciencias empíricas, significa que su objeto de estudio o su razón de ser es insertado al mundo real, su etiología nace en hechos, que no son más que actos de los seres humanos dentro del contexto de su humanidad, en donde incurren en acciones que perjudican el resto del conglomerado social, ya sea porque las repercusiones de sus actos sean a lo individual o a lo colectivo, entonces vemos que el derecho genera supuestos para prever la posibilidad que esos actos pueden llegar a cometerse.

En tanto la Criminología analiza los actos cometidos que repercuten con una consecuencia en contra de alguien, para poder concluir sobre la causa y efecto del hecho acontecido, es decir, explica la realidad ocurrida, en tanto que el derecho previene que esa realidad perjudicial no se ejecute y si se ejecuta hace valer el poder punitivo del Estado para reprochar la acción cometida contra derecho.

Ahora bien, lo interdisciplinario que se define en la Criminología y forma parte de su método, significa la fundamentación y consolidación de la misma, permite

⁸ Idem. pág. 16.



asociar el elenco de ciencias que coadyuvan a esclarecer el campo de estudio de la Criminología, genera autonomía de la misma en el contexto científico, toda vez que las disciplinas científicas que se vinculan a los hechos objeto de estudio criminológico, son las que permiten promover el análisis y diagnóstico del fenómeno criminal, en su origen, causa y efecto dentro del desarrollo de la vida social, constituye la estructura de la ciencia como tal, orden generado por la propia naturaleza de la misma.

Lo anterior deviene porque la Criminología fundamenta su razón de ser en el método científico, su estudio se basa en situaciones reales y prácticamente se apoya de otras ciencias y disciplinas que le permite obtener los conocimientos necesarios, para estudiar al sujeto ejecutor del crimen, al crimen en todo su contexto etiológico, ejecutivo, causal y repercutido, a la víctima en la perspectiva total de los efectos que puede producir en ella el crimen y al control social como mecanismo de prevención efectivo del fenómeno criminal.

Siguiendo el método científico, la Criminología como cualquier otra ciencia social aspira a tener los siguientes niveles de conocimiento:

1. Nivel Descriptivo. Que pretende detallar las condiciones en que se producen todos aquellos comportamientos delictivos y cuáles son las reacciones que la sociedad adopta frente a ellos.
2. Nivel Explicativo. En ese sentido el método genera un orden lógico de todos los hallazgos que describe la aparición de la delincuencia y la reacción social.
3. Nivel Predictivo. Con el fin de pormenorizar bajo qué circunstancias favorecerá o se dificultará el comportamiento delictivo, un diagnóstico del mismo.



4. Nivel de aplicación. Tiene como propósito intervenir en los factores que se relacionan con la delincuencia, pretendiendo reducir los comportamientos delictivos en la sociedad mediante estrategias preventivas.

1.3. Objeto

En la vida contemporánea de la Criminología se estableció que su objeto de estudio lo constituía el criminal y la conducta desviada (crimen), sin embargo, se rompe dicho paradigma, en los procesos de criminalización los criminólogos extienden el objeto de estudio de la Criminología al control social, a la víctima, a la prevención y a las formas de resocialización y reinserción social del transgresor.

“La criminología se ocupa de hechos irrelevantes para el derecho penal (vg. el llamado campo previo del crimen, la esfera social del infractor, la cifra negra) y al derecho penal le interesa el momento desde la comisión del hecho delictivo AB-POSTERIORI.”⁹ no obstante ello, la Criminología ofrece una gama exquisita en el mecanismo efectivo para afrontar la criminalidad, ya que no tiene sentido vivir a expensas del derecho penal, cuando éste actúa en un marco de prevención terciaria, en vista que su campo de aplicación se acciona hasta el momento en que el delincuente exterioriza la conducta prohibida o contemplada en la norma penal como el supuesto a ejecutar que conlleva una consecuencia.

La Criminología por el contrario, ofrece mecanismos que van más allá de la esfera de aplicación de una norma jurídica, cuando la idea originaria de objeto de estudio cambia para ampliarse, repercute en cierto modo a generar un campo de efectividad, y actúa en la mirada de prevención primaria, o sea, antes de la ejecución del acto prohibido o reprochable por la ley, y eso va creando un clima de eficacia, en el que se busca estudiar el fenómeno criminal en sí, a la víctima, apreciándola en la idea dignificante respecto de las consecuencias que sufre por

⁹ Idem. pág. 18.



la comisión del hecho criminal, al control social dirigido a la prevención con un engranaje efectivo para prevenir precisamente el hecho criminal que puede tener su etiología en la sociedad, e inclusive ofrece la reinserción social del delincuente, como estructura dignificante en la concepción humanitaria de éste.

1.4. Criminología y Derecho Penal

El pensamiento jurídico penal del italiano Luigi Ferrajoli impulsa uno de los grandes postulados de la democracia política y del Estado de derecho, el minimalismo penal, mediante el cual el poder del Estado se limita en el ejercicio de su poder punitivo, y ello conlleva al estudio del razonamiento jurídico. El campo del derecho penal caracterizado por el *ius puniendi* y el *ius poenale*, va encontrando vinculación analítica con la criminología. ya que como lo indica Zaffaroni “El horizonte de proyección del derecho penal, abarcando las normas jurídicas que habilitan o limitan el ejercicio del poder coactivo del estado en forma de pena (poder punitivo), sería el universo dentro del cual debe construirse un sistema de comprensión que explique cuáles son las hipótesis y condiciones que permiten formular el requerimiento punitivo (teoría del delito) y cuál es la respuesta que ante este requerimiento debe proporcionar la agencia (judicial) competente (teoría de la responsabilidad punitiva).

En síntesis, el derecho penal debe responder tres preguntas fundamentales: (a) ¿Qué es el derecho penal ? (teoría del derecho penal); (b) ¿Bajo qué presupuestos puede requerirse la habilitación de la pena ? (teoría del delito); y (c) ¿Cómo debe responder a este requerimiento la agencia judicial competente? (teoría de la responsabilidad punitiva).”¹⁰ Vemos entonces que las agencias de control formal imperan en la búsqueda de dar solución al fenómeno criminal, pero no basta con el razonamiento jurídico, el derecho penal por sí solo no es la respuesta efectiva al fenómeno criminal.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General. pág. 4.



No se puede negar que la existencia del derecho penal es la eficacia de la forma civilizada de resolver los conflictos criminales en la óptica de deducción de responsabilidad penal, cuando el supuesto contemplado en la norma ya es ejecutado por él agente, y con ello estamos ante el derecho penal propiamente dicho, éste ofrece una gama de instituciones que contemplan figuras que prevén conductas posibles de realizar, y cuya realización conlleva una alteración a la protección del bien jurídico, de ello precisamente es que cobra importancia su campo de aplicación.

Pero no obstante lo anterior, no puede dependerse del campo de estudio del derecho penal para combatir el fenómeno criminal, éste no puede visualizarse exclusivamente en la habilitación y limitación del ejercicio del poder coactivo del Estado concretizado en la existencia de una norma que prevea un supuesto y una consecuencia para el que ejecute el supuesto, la convivencia, la armonía y la paz social no depende de la represión estatal con exclusividad; que la misma sea una forma civilizada para la búsqueda de la justicia, representa una de las muchas razones de ser de un Estado de derecho, pero eso no significa que se pretenda crear un clima de convivencia bajo el yugo del Estado.

La búsqueda de la comprensión del fenómeno criminal construido en el planteamiento de hipótesis y condiciones que permiten formular el requerimiento punitivo del Estado es importante, pero también hay que pensar que el actuar del Estado no se circunscribe al momento consumativo o a la materialización de algún acto que contempla la hipótesis normativa (principio de legalidad), si se parte de esa idea, la sociedad y el Estado serían conformistas, acomodados, anti dinámicos, no aportarían instrumentos de importancia para la búsqueda de soluciones al fenómeno criminal, y como ya hemos mencionado, la profilaxis es determinante en el éxito de una sociedad, pues si bien es cierto no existe ningún Estado que no corra riesgo criminal, también lo es que todo Estado busca reducir al máximo el fenómeno criminal, el poder punitivo, la existencia de la hipótesis



prohibida, las penas como consecuencias de acciones contra de derecho, algunas de las posibles soluciones al problema; ahora bien, ello es visualizado en el contexto del derecho penal, pero el ideal busca en la medida de lo posible aplicar en el menor porcentaje esa represión estatal.

Precisamente en eso radica el hecho que el Estado debe crear las condiciones que den respuesta al fenómeno criminal, pero no priorizando la represión, sino buscando medidas que partan del pensamiento filosófico que busque la respuesta efectiva a la demanda criminal, de ahí la importancia del minimalismo penal.

Cosa contraria ocurre cuando se cree que el medicamento profiláctico para prevenir el fenómeno criminal es el derecho penal, cuando se visualiza al derecho penal como esa cápsula de solución al problema, los principios inspiradores de éste se desvanecen, su objetivo y su razón de ser pasan a segundo plano, y entonces aquello que constituye el pensamiento de Ferrajoli se tira por la borda, pues del minimalismo penal pasamos al maximalismo penal, y aunque parezca mentira, se cree que la intervención del Estado a través del poder punitivo, resulta ser el paliativo en el que la sociedad y el Estado confían para dar solución al fenómeno criminal.

Bajo ese pensamiento vemos entonces que el criterio de los postulados de la escuela clásica del derecho penal cobran vida en la actualidad, el maximalismo penal solamente sigue creyendo que el crimen es un fenómeno jurídico, y entonces continuaran los Estados legislando ordenamientos penales que busquen la forma de castigar conductas contempladas dentro de la ley como prohibidas, sin embargo, se estaría fallando en la perspectiva científica del fenómeno criminal, dicha inclinación máxima de aplicación del derecho penal, no permite visualizar las causas y efectos del mismo, que no solamente se circunscriben al quebrantamiento de la norma jurídica, sino que va más allá de las limitantes propias de un hecho, su campo de estudio debe de ampliarse a todos aquellos elementos que son abarcados en el origen y consecuencia del fenómeno criminal



no solamente en el hecho ejecutado, sino en todas las posibilidades de ejecución del mismo.

Por lo anterior vemos que en los sistemas penales, el Estado de derecho y la razón jurídica ante la Criminología se encuentran en crisis, pues al no ser efectivo el maximalismo penal en la búsqueda de la solución del fenómeno criminal, el derecho penal mínimo con ello encuentra su razón de ser, y es por eso que el derecho penal se reconstruye para plantear un modelo garantista en el proceso penal propiamente dicho, donde se debe encausar al agente del delito o del crimen, en un contexto garantista frente al poder punitivo del Estado, a manera que afronte el mismo en el ámbito del respeto de sus derechos humanos y sus derechos fundamentales que nacen del mismo reconocimiento estatal.

Pero cuando se habla del modelo garantista, estamos ante una perspectiva adjetiva o procesalista, y no nos podemos olvidar que el minimalismo penal, no solamente parte de la óptica procesalista, precisamente el descuido de éste el que da pauta al maximalismo penal, que concatenado a la estructura del proceso, debe prever también su existencia en una construcción sustantiva, no interesa solo el afrontamiento del poder punitivo del Estado, sino también interesa como el Estado afronta el fenómeno criminal, toda vez que el afrontamiento del poder punitivo del Estado, es un campo de estudio exclusivo del derecho penal de carácter procesal, en el contexto normativo propiamente dicho, claro, sin inobservar que también en él debe procurarse tener la voluntad para cumplir con los fines del derecho penal, que lógicamente van a tener relación con la Criminología en el marco del afrontamiento con el fenómeno criminal. Por esa razón, se considera que las garantías jurídicas deben guardar vínculo con la legitimación política para adoptar la mejor actitud frente al fenómeno que debe afrontar el Estado en el campo de la criminalidad.

Es difícil encontrar las palabras que describan con propiedad la problemática que parte desde el interior de la criminología y el derecho penal, para ello Alessandro



Baratta citado por Julio Virgolini ha precisado el problema de la siguiente forma: “La normalidad del sistema penal es una consecuencia de la validez ideal y del respeto efectivo del pacto social, y por lo tanto de la vigencia de la constitución. Del pacto social la paz es por lo demás condición necesaria, pero no suficiente: las otras condiciones necesarias se deben buscar en la eficacia de las normas que regulan la organización y la división de los poderes del Estado y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos hombres (...) La utopía concreta de la alianza de las víctimas de la modernidad y de una reformulación del pacto social que garantice la “inclusión de los excluidos” indica el recorrido para un proceso político de dimensiones planetarias que conduce, más allá de los límites del pacto social moderno, a formas más altas de “desarrollo humano” en las cuales la relación entre necesidades, capacidades y derechos fundamentales alcanzará un nivel superior. Este camino de las luchas políticas pacíficas pasa también por una interpretación y una aplicación dinámica de la constitución de los Estados sociales de derecho, por una política de desarrollo social y de protección integral de los derechos (derechos civiles, sociales, económicos, culturales y de participación política), protección que no es solamente la finalidad (indicada por lo menos bajo la forma de los principios generales de la acción estatal), sino también la garantía de funcionamiento de estas constituciones. Si no se recorre este camino, si el recorrido es obstaculizado o interrumpido, el desarrollo humano impedido, si se eleva el nivel de la desigualdad y de la violencia estructural en la sociedad, entonces no están las condiciones suficientes para la existencia de un derecho penal normal, aunque se haya realizado en todo o en parte la condición necesaria.”¹¹

Se debe entender que el derecho penal desde su interior exclama que no puede por sí solo afrontar el fenómeno criminal, lo normal en su razón de ser lo constituye la validez ideal y el respeto efectivo del pacto social, en el marco de la vigencia de la constitución son las causas de su existencia. Para ello se necesita que exista un grado de perfección no solo en el Estado sino en cada uno de los

¹¹ Virgolini, Julio E. S. La razón ausente. Ensayo Criminología y Críticas Políticas. pág. 252 y 253.



ciudadanos, eso sería el ideal, pero la realidad es otra, y esa materialidad muestra el fenómeno criminal como una consecuencia del incumplimiento de ese ideal, y es en ello donde el Estado debe de estar preparado desde la construcción no solo normativa sino política, desde el momento en que el Estado de derecho se fundamenta en un ordenamiento jurídico base, éste ordenamiento que lo conforma la constitución establece que el mismo existe para ordenar al Estado no solamente jurídica, sino, también políticamente, y cuando hablamos de ello vemos entonces que el derecho penal no puede subsistir sin voluntad de querer hacer las cosas, porque de nada sirve tener leyes penales que criminalicen conductas y que como consecuencia las sancionen, de nada sirve contar con leyes penales desarrolladas, si las mismas en su razón de ser únicamente constituyen derecho vigente no positivo.

Es la voluntad denominada política, que enmarca entonces que la estructura del Estado es efectiva cuando existe una coordinación desde la organización del mismo, que permite crear instrumentos o herramientas efectivas en la lucha contra el fenómeno criminal, la norma jurídica solamente es una de esas tantas herramientas o instrumentos, pero las coordinaciones interinstitucionales de los diversos órganos e instituciones que conforman el Estado que dentro del contexto del control formal, van a permitir precisamente que involucrado el control informal, el fenómeno criminal sea combatido y reducido.

Ya lo dijo Baratta el pacto social es la paz, y ese pacto es la condición necesaria de la convivencia pacífica, como ya lo hemos dicho anteriormente, no hay Estado que escape al fenómeno Criminal, todos los Estados son de riesgo en el contexto del crimen, pero el compromiso que cada uno de ellos adquiere en el marco proteccionista del desarrollo integral de la persona humana debe de ofrecer una gama diversa de soluciones, no es suficiente crear condiciones necesarias desde el marco jurídico, vuelvo a repetir no es suficiente, es necesario que aunque el marco jurídico desarrolle las herramientas suficientes para conseguir el desarrollo integral de la persona, deben crearse las condiciones necesarias visualizadas



desde la materialización de las mismas y la observación de las conductas gobierno que demuestren el ánimo de querer hacer bien las cosas, porque la inclusión de los excluidos es un proceso de voluntad política que permite el desarrollo humano, hacer competitiva a la persona en el desarrollo social y lógicamente hacer competitivo al Estado en la reducción del riesgo respecto del crimen.

La voluntad política social no es un compromiso exclusivo del Estado, también lo es de la sociedad, el marco proteccionista de integridad humana será la única garantía del funcionamiento de aquello que sirve para organizar al Estado de forma jurídica y política que solamente así podría encontrar ruta efectiva la forma en que debe afrontarse el fenómeno criminal, porque se trata de reaccionar ante él, no solo de estudiarlo y ver las posibilidades, debe ser efectivo.

1.5. Abolicionismo Penal

La ley es la forma más común de conocer el derecho, y por tanto su fundamentación es propiamente jurídica, sin embargo, para que la ley forme parte del ordenamiento jurídico, debe pasar un proceso de formación y ello la convierte en formal, pero ese formalismo no parte exclusivamente del ordenamiento jurídico. Hay que ver que el hombre en sus inicios se organiza socialmente para fomentar su desarrollo integral, respondiendo al fomento de sus necesidades naturales que le permitieron tener una mejor forma de vida, ya se vio contextualizado cuando Engels escribe el origen de la familia, la propiedad privada y el derecho, esa organización social conlleva a los orígenes del Estado y como consecuencia vino la autoridad representada por el poder del mismo, que al aspecto criminal podríamos decir se refiere al poder punitivo de éste.

Al existir el poder punitivo del Estado, este como ya se dijo fundamenta legalmente dicho poder en la ley penal, la que en razón de su existencia plantea los supuestos que regulan conductas que conllevan la imposición de una sanción para el



infractor de la norma en el marco contra derecho, pero la ley penal es la herramienta de la que el Estado se vale para hacer frente al fenómeno criminal, para establecer la tranquilidad pública que resulta ser el objeto de la sociedad, y ha sido esa la herramienta que ha criminalizado conductas, al extremo que dicha criminalización ha sido el detonante que ahora pone en crisis el derecho penal, pues el mismo a través de la ley penal se ha atrevido a criminalizar conductas que podrían ser tratadas por otra vía, y es más, ha penalizado conductas de riesgo inclusive de forma más severa que las propias conductas de resultado (Delitos contemplados en la Ley de Armas y Municiones).

En otros casos ha criminalizado conductas que ya se encuentran tratadas en la ley penal existente, inclusive dando vía a perseguir penalmente a una persona por un mismo hecho que tiene una calificación jurídica determinada en más de una ley penal (Violencia contra la Mujer, Maltrato contra Personas Menores de Edad entre otros).

Es más en la búsqueda del combate del fenómeno criminal se ha atrevido a reducir garantías para poder poner al Estado como ente competitivo frente al fenómeno criminal (Métodos Especiales de Averiguación- Derecho Penal del Enemigo), y claro, sin entrar de momento en detalle, no podríamos decir que ello fuese del todo negativo, sin embargo, son herramientas que resultan ser válidas para el caso concreto, pero el fenómeno criminal no solamente es de casos concretos, se trata de un riesgo que vive y se desarrolla dentro de la sociedad, y eso mismo torna urgentísimo tomar otro tipo de medidas que sean más eficientes.

El abolicionismo no busca "la desaparición del control, que equivale a orden, sino la eliminación de los controles represivos que actúan ideológicamente sobre la psiquis y/o sobre el cuerpo humano... es capital, entonces, distinguir el control cuya génesis se encuentra en la constitución antropológica del hombre, de aquel que es pura coacción y expresión de formas de dominación históricamente



variables y por ello, en principio superables”¹² con ello vemos que el abolicionismo penal plantea que aquellos conflictos que se pretende solucionar con la existencia de la ley penal, se resuelvan por agencias de control informal, donde predominen soluciones particulares para cada caso, donde se haga uso del derecho privado o administrativo, y que sean los titulares del conflicto quienes tengan la potestad de solucionar el caso de la manera más conveniente.

Ello es cuestión de conciencia, moral y ética, valores normativos que la ley penal no da por naturaleza, sino que son valores que por condición natural cada persona desarrolla, llegando con ello a deslegitimar al poder punitivo del Estado, sin olvidar la forma civilizada de solucionar el conflicto criminal, se buscan fórmulas efectivas para su combate cuando la pena no cumple la función de su razón de ser, ya que el sistema penitenciario es fracasado, la prisión criminaliza en la realidad y generalmente no resocializa, generando con ello un problema de fondo y no de forma, porque de nada sirve un gama exquisita de ordenamientos jurídicos penales que sean desarrollados, modernos y vanguardistas, si no son efectivos, y lo más grave aún, si no son aplicados, ejecutados y cumplidos satisfactoriamente.

El problema de fondo es el que da vida al abolicionismo penal, el delito existe pero no más allá de su expresión dada en la ley penal o su definición contemplando el supuesto de hecho, que ha respondido a decisiones políticas, pero encaminadas a una prevención que surge con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, donde la ley penal existe como advertencia de lo que conllevaría la realización de la conducta regulada en la norma, pero hasta ahí quedaría la intimidación “controladora”. Los delitos entonces plantean la facultad o el derecho como dogmas de la ley,

“Se dice, entonces, que el Derecho Penal se legitima “cuando la violencia que crea es menor a la que existiría sin su presencia.”¹³ Este es un criterio de corte

¹² Pérez Pinzón, Alvaro. En la Perspectiva Abolicionista. pág. 15.

¹³ Ontiveros Alonzo, Miguel. Las Ciencias Penales en el Siglo XXI. pág. 874.



garantista, porque este criterio en el tema del abolicionismo penal, crea peligro para el bien jurídico tutelado que no se origina en una agresión ilegítima, o sea, que el derecho penal legitima agresiones, sin embargo, este pensamiento es de índole jurídico, que trata de justificar el combate de una conducta delictiva con una conducta delictiva legitimada por la ley penal, pero con ello se da vida al dicho que dice que la violencia genera más violencia, y en el marco del combate de la criminalidad esto deviene absurdo. Entonces, esto no es más que producto del discurso jurídico que pasa a ser ley, que trata de justificar una injerencia desmedida en bienes jurídicos.

Lo anterior conlleva a tener un pensamiento justificado en la filosofía del derecho penal de nuestros tiempos, “por si fuera poco, generación de mayor violencia social a través de amplias facultades de defensa que otorga la legislación. ...” se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un derecho penal de cuño autoritario, un derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo era la legislación excepcional antiterrorista de la dictadura franquista, que además añadía, claro está, la pena de muerte y los tribunales militares.”¹⁴ Esto significa que la solución del problema no está en el derecho penal, actualmente en la corriente garantista se considera que el mismo resulta ser aberrante al Estado de derecho, como posible resulta que el Estado formule medidas arbitrarias para el combate a la criminalidad, claro, visto en la óptica contraria al criterio garantista.

Como lo expuso Maquiavelo el fin justifica los medios, pero, será necesario justificar los medios en el pensamiento del ordenamiento jurídico cuando el problema criminológico no es exclusivo de las ciencias penales, esto es como pensar entonces que la solución a todos los problemas de la sociedad los tiene la ley, como si la misma fuera el antibiótico efectivo que combatiera el mal de raíz, cuando este mal necesita algo más que ese remedio, la búsqueda de soluciones y políticas públicas y criminológicas que sean efectivas, más allá de criminalizar

¹⁴ Idem pág. 876 y 877



conductas o penalizar severamente conductas yendo contrario a los propios fines del derecho penal, cuando se dice que este es resocializador del delincuente.

Qué producto ofrece entonces el derecho penal a la sociedad, un producto resocializado cuando el mismo sanciona severamente contrario a los principios de humanidad, proporcionalidad y oportunidad que son los que rigen la existencia de la pena. Cuando el derecho penal entra en crisis por la existencia del mismo, es cuando “La política más dura y más represiva, la mera técnica irracional, ha tomado el lugar que debieron ocupar la Academia, la racionalidad y la ciencia.”¹⁵ es entonces cuando se torna necesario decir adiós al derecho penal, ya que se confía más en una categoría de norma jurídica del enemigo frente a la sociedad que reacciona, al extremo de contraponer un derecho penal para los ciudadanos y un derecho penal para enemigos, el primero se sujeta a un proceso penal de garantía en tanto que según Jakobs lo resume en un adelantamiento de la punición equivalente al status de un hecho consumado sin que suponga, por tanto, una reducción de pena, y la transición de un derecho penal a una legislación de lucha que implica la reducción de las garantías procesales, descartándose otras alternativas ya que se trata de una guerra. En este modelo, la función del derecho penal actual consistirá en separar el derecho penal del enemigo de los ciudadanos, distinguiéndolo en la valoración entre las acciones de las personas y las de las no personas, los enemigos.

2. Política Criminal

2.1. Definición

Hay pensamientos que parten diciendo que la Política Criminal es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal, refiriéndose a un ámbito de determinación del objetivo y función de la justicia criminal, planteando fácticamente un modelo de regulación, que configura y realiza práctica en virtud de

¹⁵ Idem pág. 877



su función y su constante revisión en orden a las posibilidades de mejoras. O
pensamientos nos dan la idea de concebirla como un mando de la colectividad,
sobre la base del poder, que emana del pueblo, con ella se da una forma de
actuación, y esta actuación esta conferida al Estado como el ente que ejerce el
poder proveniente del pueblo.

La Criminología investiga el fenómeno criminal en todos sus aspectos, elige sus
objetivos de estudio autónomamente, es ciencia empírica, táctica y del ser. El
Derecho Penal es una ciencia jurídica, cultural, normativa, del deber ser, se ocupa
de la delimitación, interpretación y análisis teórico sistemático del delito (concepto
formal), así como los presupuestos de su persecución y consecuencia del mismo.
En tanto que la Política Criminal adopta decisiones político-criminales con base al
material criminológico, ocupándose de los conceptos de ordenación en el ámbito
jurídico penal, distinguiéndose de la dogmática jurídico penal pues se extiende
más allá del derecho vigente y su aplicación, al extremo que la brecha existente
entre la Política Criminal y la Dogmática Penal tiende a desaparecer, lo que
significa que no puede estar divorciada una de la otra, sino que en conjunto
dependen una de otra. Constituyendo con ello tres pilares inseparables del
sistema de ciencias criminales, la Criminología, el Derecho Penal y la Política
Criminal.

Toda política criminal es necesariamente sustentada y apoyada por una filosofía
penal, que genere reflexión sobre los fundamentos de la justicia, la legitimidad y
los límites del derecho de castigar, los derechos del hombre, el tratamiento de la
sociedad a los delincuentes y el rol de la moral en la regulación de la vida
colectiva. Lo que significa que la Política Criminal realmente consiste en realizar
todos los esfuerzos y circunstancias para crear un sistema de control del delito
metódico y sistemático.

En la conferencia pronunciada en el Congreso Internacional de Criminología 2012
y Concurso Internacional de Investigaciones Criminológicas de la Sociedad



Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León, se propone la siguiente definición: “La Política Criminal es un área de conocimiento integradora que se sustenta de diversas ciencias y disciplinas como la Sociología Criminal, el Derecho, la Criminología, etc., y tiene como fin elaborar programas y estrategias en sus aspectos jurídicos, sociales, económicos y culturales, para prevenir la delincuencia y generar soluciones para la inseguridad pública. La Política Criminal tiene dos fases: preventiva y otra correctiva. Se debe de contar con un adecuado conocimiento de la realidad social para lograr establecer los programas preventivos y correctivos en una perspectiva multidisciplinaria, pues la acción de la Política Criminal comprende todas las actividades del hombre. Siendo así que la eficacia de la Política Criminal consiste en un adecuado diagnóstico, un eficiente programa integral y multifacético, y una constante actualización de los programas, pues la realidad es dinámica y por lo tanto, muy cambiante. En el campo jurídico, debe de orientar que las normas respondan a la problemática específica. La Política Criminal concebida a partir de más presencia policial o militar, con más inversión en patrullas, armamento, etc., sin el combate real a la corrupción, tan sólo será una estrategia mediática que puede tener resultados sobre la percepción de la seguridad pública.”¹⁶

No hay Política Criminal si no existe voluntad de querer hacer bien las cosas, ningún programa de Política Criminal es funcional si no existe confianza en el ser humano que ejecuta el mismo y que tiene la responsabilidad de sacarlo a flote, ni la más alta tecnología será capaz de sustentar el mismo en tanto el nivel de confiabilidad del recurso humano no se garantice, pues si el fin es elaborar programas y estrategias en relación a los aspectos jurídicos, sociales, económicos y culturales, para prevenir la delincuencia y generar soluciones para la inseguridad pública. Ello conlleva al cumplimiento de las dos fases que contiene la Política Criminal, por un lado hay que buscar el método preventivo del fenómeno criminal y por otro lado la mejor forma de corregir en función del poder punitivo del Estado, de ahí parte la importancia de la existencia de un equipo multidisciplinario, la

¹⁶ Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada. Editor Wael Sarwat Hikal Carreon.



acción se origina de las actividades del hombre, y esas actividades deben ser dinámicas para que sean efectivas, que determinen un diagnóstico como sondeo del fenómeno al que se afronta y encuentre el remedio adecuado para combatirlo, con una constante actualización de los programas que sean competitivos y que se aparten de lo obsoleto, ya que como política debe ser cambiante, en virtud que el fenómeno criminal también lo es.

Por su parte Julian Andrés Muñoz Tejada citando a Heinz Zipf define que: “en una labor un tanto enciclopédica enseña,... Política-criminal ... es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general: es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. En consecuencia, la política-criminal se refiere al siguiente ámbito: determinación del cometido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación en este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental político-criminal), su configuración y realización prácticas en virtud de la función y su constante revisión en orden a las posibilidades de mejora (realización de la concepción político criminal en particular). En este marco se impone especialmente a la política-criminal la tarea de revisar y, en caso dado, acotar de nuevo la zona penal, así como medir la forma operativa de las sanciones según la misión de la justicia criminal. Con ello, la política-criminal puede definirse brevemente como obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal.”¹⁷

Entiéndase entonces que la Política Criminal también es un conjunto de estrategias encaminadas a combatir cuestiones penales, frente a la realidad del Estado y la realidad de la sociedad, su íntima relación con el fenómeno criminal hace de ella una necesidad en la intencionalidad no solo del legislador, del ejecutor de la ley y el sujeto sumiso a la misma, que conlleva hermanar esfuerzos encaminados a la búsqueda de soluciones efectivas que se adapten a los cambios que plantea el fenómeno criminal, ello es porque la función de la misma no es

¹⁷ Muñoz Tejada, Julian Andrés. El Delito Político, la Política Criminal y la Criminalización las Actividades Ilícitas en Colombia. pág. 3.



exclusiva de la prevención, sino también abarca el campo de la sanción y la erradicación de ese fenómeno. Permite entender que ella no es una propuesta pendiente de verificación, sino advierte que la misma es una necesidad de producir respuestas efectivas y concretas para afrontar la problemática criminal.

Ahora bien, es deber del Estado dar respuestas efectivas y concretas para afrontar la problemática criminal, y se dice que es deber del Estado, ya que éste es el primero llamado para explicar cuál es su planificación para afrontar este flagelo, sin políticas públicas no es factible la existencia de la política criminal, ya que si fuera el caso de existir ausencia de ellas, la política criminal fuera focalizada con exclusividad desde la óptica de la academia y la metodología doctrinaria, quedando como un ideal de aquellos soñadores de una sociedad pacífica, comprendiéndose entonces que la misma demanda una actitud activa por parte del llamado a activar no solo el aparato estatal sino la voluntad política de sus gobernantes y gobernados, quienes inspirados en la búsqueda del bien común, realicen tareas efectivas que en realidad sean frente de ataque al flagelo que ataca a la sociedad, como respuesta a su razón de ser en el contexto de la autoridad del Estado, invitando a la sociedad a dar respuesta desde la formación integral de sus integrantes, partiendo no solo de las agencias de control formal, sino de todas aquellas agencias de control informal que tienen cimientos en la moral y la ética, que permiten visualizar aspectos concatenados con el compromiso moral de cada ciudadano, primero en la cultura de paz fomentando la concientización de los integrantes del núcleo social, y luego encaminada a la cooperación que debe existir entre aquel que ejerce el poder con el que decide someterse a la autoridad de quien ejerce el poder.

2.2 Fines.

Partiendo de la idea que la política criminal son todas las actividades dirigidas o coordinadas por el Estado para identificar la problemática delictiva y para adoptar medidas tendientes a minimizar los efectos de la criminalidad, “La posible



respuesta a los problemas de la actual sociedad globalizada no es penal, política. Como sostiene Donna: “Quien pretenda solucionar este tipo de problemas complejos con la pena demuestra como mínimo la falta de imaginación y como máximo que no acepta vivir en una sociedad democrática”.¹⁸

Entrelazada con los objetivos de una sociedad democrática que se funda en la igualdad, seguridad y solidaridad podemos decir que el fin general de la política criminal lo constituye la realización de los derechos fundamentales. Sin embargo según las posturas que se adopten será el fin que se persiga; las cuales pueden ir desde posiciones moderadas a posiciones radicales.

Desde la concepción de Roxin que propugna una orientación del sistema penal a la realidad con la introducción de las valoraciones político-criminales en todas las categorías del delito, hasta la postura de Jakobs que fundamenta la función del derecho penal en la estabilización de la norma, que es expresión de una determinada relación social y, por tanto, en la conservación del sistema social a través de las pérdidas de aquellas garantías que solidifican la razón de ser de un Estado de Derecho.

“El fin último de la política criminal es la realización de los derechos fundamentales”¹⁹ es decir, la búsqueda de todo un espacio de seguridad para que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades, o la descripción de la realización de los derechos humanos de cada persona que busca dar a los mismos un grado mínimo de felicidad, en donde los poderes públicos legitiman su actuación en el bienestar de los ciudadanos, para concretizar una política criminal humanista, democrática, de progreso, enfocada a la búsqueda del ideal de un Estado de derecho (bien común), con una activación emergente en la búsqueda de ese bien común, encaminada a sostener que el Estado en el ejercicio de su

¹⁸ Riquert, Marcelo Alfredo. Panóptica. América Latina: Modelos de Política Criminal y Derecho Penal del Enemigo. Pág. 174.

¹⁹ Madrazo Mazariegos, Sergio, Madrazo Mazariegos, Danilo. Constelación de Ciencias Penales. Tomo I. pág. 55.



poder también tiene límites que los fundamenta en la existencia de garantías en la intervención que se basa en el respeto de los derechos fundamentales que nacen del cuerpo que organiza al mismo de forma jurídica y política, pues si el Estado no respeta los derechos fundamentales, se convierte en autoritario y por ende es digno de ser combatido por formar parte del fenómeno criminal.

Las justificaciones para este tipo de actuaciones han tenido diferentes nombres: razones de orden público, de seguridad ciudadana, terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada, corrupción. Estas dos últimas es la que en varios países como Colombia, Ecuador, México y ahora Guatemala, hayan creado una serie de limitaciones a garantías sustanciales y procesales a efecto de dar una respuesta rápida no solo desde el ejercicio de la actividad punitiva del Estado, sino desde la existencia de mecanismos legales y de reacción social que han permitido combatir de raíz el fenómeno criminal, por medio de la actuación del Estado a través del poder judicial sino también por medio de acciones de auditoría social.

De tal suerte que no hay actuación política que no esté orientada por una determinada ideología, basada en una historia que se funda en el desarrollo y modelo constitucional, que al mismo tiempo constituye un debate político que busca evitar el fracaso del Estado en la lucha contra los fenómenos criminales.

2.3 Objetivos.

Desde concepciones criminológicas se entiende que el objetivo esencial de la Política Criminal es el denominado “prevención del fenómeno criminal”, que se constituye en el efecto disuasorio mediato, indirecto, perseguido a través de instrumentos o elementos del mismo tales como el espacio físico, el diseño arquitectónico y urbanístico, las actitudes de las víctimas, la efectividad y el rendimiento del sistema legal que pretenden poner trabas y obstáculos de todo tipo al autor en el proceso de ejecución del plan criminal mediante una intervención selectiva en el escenario del crimen, que sin duda alguna encarece



los costos de éste para el infractor, tratando de poner al delincuente en una determinada tarea en la comisión del hecho delictivo.

“Al ser la prevención de la delincuencia el objetivo fundamental del sistema penal y del control social en general, viene a constituir el eje de toda política criminal moderna. En ningún momento se debe olvidar que la prevención, sin el contrapeso de sus límites centrados en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, puede desembocar en el terror penal, en el utilitarismo o en el eficientismo. La mera prevención fundada en la intimidación y la disuasión mediante el temor a la amenaza del castigo, configura un tipo de política criminal autoritaria regida por el miedo.”²⁰

Es decir, el objetivo de la política criminal se anticipa a la ejecución del acto criminal por parte del o los agentes criminales, con el fin de evitar la ejecución del crimen, y, como consecuencia garantizar la ineficacia del acto criminal, para ello se necesita contar con los instrumentos idóneos para ese objetivo, claro, si se pretende evitar la criminalidad, también se debe buscar el origen de la misma para que su combate sea efectivo, origen que puede ser de carácter social, biológico o de otra naturaleza. Por lo anterior, debe entenderse que un mecanismo de prevención busca verdaderamente evitar el acto criminal, lo que significa que dicho mecanismo debe crearse y realizarse antes de la ejecución del hecho criminal, es en ese momento donde importa saber cuál es la etiología del fenómeno, cuestionarse sobre ella, para poder atacar desde sus raíces el mismo.

Hoy en día se habla que para prevenir ese fenómeno existe la prevención la cual se puede clasificar en prevención primaria, prevención secundaria y prevención terciaria.

Entendiendo por prevención primaria a la que se orienta a las causas de la criminalidad, a efecto de resolver el conflicto social que subyace en el crimen, para

²⁰ Idem. pág. 56.



neutralizarlo antes de que se manifieste. Los programas de prevención primaria tratan de resolver las situaciones carenciales criminógenas, procurando una socialización más acorde con los objetivos sociales. Podríamos decir, sin menospreciar el rol que conlleva la prevención secundaria y terciaria, es en esta la prevención primaria donde debe ponerse el mayor empeño, pues no hay que esperar las consecuencias del acto criminal para que las agencias de control entren a funcionar, precisamente lo que se pretende evitar es la consumación del acto criminal, por ello se dice que su fin es neutralizarlo antes de que se manifieste.

En tanto que la prevención secundaria actúa después, no en los orígenes del delito, sino cuando el conflicto criminal se produce, cuando se manifiesta, opera a corto o mediano plazo según las circunstancias, y se orienta selectivamente a concretos sectores de la sociedad, a aquellos grupos y subgrupos que exhiben mayor riesgo de protagonizar el problema criminal, los operadores sociales de esta prevención lo constituyen los jueces, policías, fiscales y otras entidades del Estado que forman parte del engranaje de administración de justicia penal, donde la política legislativa y la acción policial cobran mayor relevancia, básicamente entiéndase como la pura actividad punitiva del Estado respecto de la persecución penal, ya concretizada, básicamente hay un acto criminal consumado, que sirve como punto de partida de persecución, con el fin de evitar ulteriores consecuencias de la acción criminal ejecutada.

Por su parte la prevención terciaria se refiere directamente a la población reclusa, su fin es evitar reincidencias, en este caso se conecta con el fin de prevención especial positiva de la pena, concretamente en sus fines resocializadores, básicamente fundamentado en la asistencia post penitenciaria, coadyuvando con una serie de medidas económicas y sociales para ayudar al ex recluso a reinsertarse en la sociedad, concretamente en ella se manifiestan los fines del derecho penal, que implican la resocialización del delincuente, para devolverle a la sociedad una persona regenerada como producto del poder punitivo del Estado.



Es por eso que podemos decir que su objetivo “lleva al Estado y Sociedad a enfrentar tanto la criminalidad convencional como la no convencional, así como la nacional, internacional y transnacional, ya que entre ellas se da una interdependencia creciente que es preciso tener en cuenta en los procesos de criminalización y descriminalización; también entraña la consideración de la comunidad, el delincuente y la víctima, así como las llamadas políticas penitenciarias y otras que tengan relación con el tema criminal, las cuales deben estimarse como parte de la misma.

Los principales objetivos de la Política Criminal pueden resumirse como sigue:

- La máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa;
- La aplicación de la condena condicional donde fuere practicable;
- La ejecución de medidas educativas para jóvenes delincuentes;
- La atención primordial a la naturaleza del criminal y de sus motivaciones;
- La consideración del Estado Peligroso;
- La profilaxis de la inclinación criminal en desarrollo (habitualidad y aprendizaje criminal);
- Formación profesional del personal penitenciario y del de la administración del Derecho Penal;
- La recepción de medidas de seguridad para aquéllos supuestos en que lo aconseje el estado mental o la posibilidad de readaptación o corrección del delincuente.”²¹
- El estricto respeto a los derechos fundamentales que permitan la convivencia pacífica del hombre en sociedad.
- La eficacia del Estado para combatir la criminalidad por medio de mecanismos efectivos ante el fracaso del ius puniendi.

Partiendo de esos objetivos se entra a analizar los mismos, básicamente en la descripción se va encontrando como la Criminología a través de la Política

²¹ www.ecured.cu/index.php/politica_criminal



Criminal, busca la minimización del derecho penal, lo que significa que el Estado, a través de políticas efectivas, encuentre por medio de la administración pública una respuesta efectiva en la lucha contra el fenómeno criminal, y recurrir al poder punitivo del Estado como lo indica uno de los principios inspiradores del derecho penal, la mínima intervención del mismo, en el contexto de dejar la tarea no al poder punitivo, sino a las agencias de control que motive la actuación por convicción del ciudadano, y no la actuación por el temor del poder que pueda infundir el Estado, pues el poder como parte de la autoridad que proviene de la misma sociedad es de respeto, más no de temor, si fuera temor entonces el Estado se convertiría en arbitrario, con ello perdería el sentido de libertad, el sentido de la democracia, y como consecuencia el sentido del derecho como motivación en la convivencia pacífica de la sociedad.

2.4 Desarrollo Histórico de la Política Criminal.

“Feuerbach en su Manual de Derecho Penal (1803) describe por primera vez el término Política Criminal”²², sin embargo, ese momento no puede considerarse en lo absoluto como el punto de partida de la Política Criminal, ya que la reacción de la sociedad frente al crimen tiene orígenes más antiguos, que fundan el pensamiento filosófico de la idea básica de la Política Criminal, donde ya se conocían métodos, algunos desproporcionados y rudimentarios, pero que daba respuestas contra el crimen por parte del cuerpo social.

Es por ello, que la historia de la Política Criminal surge con el momento en que el hombre logra comprender la idea del delito, y se cuestiona cómo es que reacciona ante él, que claro puede estar marcada por concepciones culturales, ideológicas, sociales y económicas.

Describiré algunas concepciones que han marcado la historia acerca del delito para poder determinar la reacción social ante ese fenómeno:

²² Es.scrib.com/doc/29788313/13/La-obra-de-FEUERBACH



Concepción Pre científica del Delito.

Es concebida como las formas primitivas de reaccionar contra el delito, que van desde la época de la venganza privada, en donde el individuo o sus parientes cuando recibían una afrenta, podían hacerse justicia por mano propio, con ausencia total de autoridad, fuera de la esfera de un gobierno que moderara el poder punitivo, se encuentra en esta concepción el sistema talional, en donde ya existía un poder constituido, pero respondía mal por mal “ojo por ojo y diente por diente” que se encuentra en el Código de Hammurabi de 1905 a. C. también en la Ley de las XII Tablas.

Otro momento se da en algunas sociedades del sistema compocional que sancionaba al autor con la compensación de la ofensa delictiva en especie o en dinero. Con resabios actuales que se reflejan en los linchamientos, reflejados en la lírica Lope de Vega y su Fuente Ovejuna, cuando pregunta quién mató al Comendador y el pueblo responde: Fuente Ovejuna lo hizo. Una perspectiva que evidencia la ausencia de sometimiento a la autoridad y como consecuencia ausente en ella una forma de control formal por parte del Estado, pues el miembro de la sociedad únicamente es llevado por sus instintos sin realizar juicio justo respecto del fenómeno criminal acontecido, en ausencia por completo de un mecanismo preventivo del fenómeno.

Concepción Liberal del Delito.

Corresponde a César Bonesana el Márquez de Beccaria quien con su Tratado de los Delitos y las Penas (1764) se considera el fundador de la moderna ciencia del derecho penal y con él empieza a racionalizarse el delito, entendiéndose como tal, el estudio del mismo de una manera racional, con validez objetiva, dando origen entre otros a los principios de legalidad, humanidad y proporcionalidad en los delitos y las penas. Considerado por algunos como el verdadero fundador de la Política Criminal, porque es el autor que pone los hitos de las ideas básicas de



esta disciplina cuando dice “Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombre al punto mayor de felicidad, o al menor de infelicidad posible”²³ señalando con ello las bases de lo que ahora conocemos como la Política Criminal.

En un contexto amplio, no visto con exclusividad del poder punitivo del Estado, Beccaria busca dar una idea libre del delito, no parte diciendo que es exclusivo el mismo de las ciencias jurídicas, lo que significa que su origen no es jurídico sino fenomenológico, que la sociedad es quien lo produce, y es en ella donde debe existir el punto de apoyo para el mecanismo de prevención, proporciona la idea de evitar el castigo, que ello no es un problema de ley, que es un problema de voluntad.

Concepción Positivista del Delito.

El positivismo tomó dos direcciones como objeto de estudio del delito, la primera lo constituye como hecho empírico (positivismo criminológico) o el delito como encarnación de la norma positiva (positivismo jurídico), dándole diversos enfoques al problema del delito, pero buscando a través del pensamiento de Lombroso, Ferri y Garófalo, una respuesta a ese fenómeno, el cual se enfoca en el positivismo criminológico como la concepción centrada en el hombre delincuente, y, podríamos decir que constituye el tránsito del modelo de Estado liberal hacia el Estado social, el aumento de la delincuencia dio lugar a ese positivismo que surge como contra pensamiento de la escuela clásica en donde el fenómeno criminal correspondía a una concepción del delito abstracta.

En tanto que el positivismo jurídico concibió el delito como una mera infracción de la ley, un aspecto que podríamos decir tiene de carácter formal. Circunstancias estas que colocan el problema del delito como una realidad compleja, ya que por un lado el mismo se dice que tiene su etiología en la sociedad, en la diversidad del

²³ Beccaria, Cesar. “De los Delitos y las Penas” Pagina 108



hombre, y por otro se dice que es una infracción de ley, entendiéndose que el origen es meramente jurídico, lo cierto es que los positivistas rompen el paradigma clásico del derecho penal conceptualizado de forma conservadora, la postura de los positivistas innovó, dando lugar a que la Criminología adquiriera autonomía como ciencia y que convencionalmente la misma ya no fuera parte de estudio del derecho penal, sino que el derecho penal empezó a ser estudiado desde la Criminología, y por ende la relación que éste guarda con la política criminal como parte de estudio de la Criminología como ciencia.

Concepción Finalista del Delito.

La ciencia penal alemana produce un viraje sustancial en el método y el objeto de estudio del delito, al indicar que los pilares de la construcción del delito se fundamentan en dos estructuras lógico-objetivas, el concepto final de la acción y el concepto de culpabilidad entendido como capacidad de autodeterminación.

Entendiéndose que el delito para el finalismo se fundamenta en la desobediencia del derecho y que el fin primordial del derecho penal es formar una conciencia ética del individuo. Ofreciendo entonces que la prevención del fenómeno criminal es un problema de conciencia, y que es en la formación integral valorativa donde debe de trabajarse en los individuos para lograr un mecanismo efectivo de prevención, que implica el fomento de valores morales (costumbres positivas de realización) y valores éticos (estudios de esas costumbres positivas de realización), para que la sociedad actúe motivada por la solidaridad, enfocada al respeto del derecho, no por la represión que éste representa e implica, sino por la convicción del respeto de la norma como producto de la sociedad que se somete voluntariamente a la autoridad del Estado.

Concepción Abolicionista del Delito.

Ya se ha tratado el tema del abolicionismo penal o el adiós al derecho penal, se entiende que el abolicionismo penal es aquel pensamiento que proclama la total



abstención de la intervención penal, por considerar que existen otros sistemas de control (formal e informal), que resultan ser idóneos para la prevención del delito, afirmando que el delito no existe, sino que es fruto de una definición penal selectiva y discriminatoria.

Esta concepción se sintetiza en tres premisas: 1. El sistema penal no resuelve los problemas de la criminalidad; 2. El sistema penal estigmatiza a aquellos que caen en la maquinaria penal; y 3. El sistema penal se apropia del conflicto y no deja lugar a soluciones pacíficas. Y, si el fin de esta concepción es erradicar el fenómeno criminal con las premisas que inspiran el abolicionismo del delito y como consecuencia del derecho penal, ello significa que lo que se pretende es evitar que el derecho penal se apropie del fenómeno criminal, pues su apropiación hace viable el maximalismo del mismo, y es en ese momento cuando debe decirse adiós al derecho penal, en donde el poder punitivo del Estado materializado en la ley penal, no es la solución al problema, genera algo de alivio, pero no combate la enfermedad de raíz.

El funcionalismo moderado de Roxin.

Claus Roxin fundamenta su postura al propugnar un programa para abordar el fenómeno de la criminalidad en el cual pretendía la conciliación entre la dogmática penal y la política criminal, que diera soluciones al fenómeno criminal a través de la interdisciplinariedad, encaminado a resolver los problemas de esos fenómenos, bajo aspectos político criminales que hagan fructífera la dogmática penal con postulados socio políticos, procedentes dentro del sistema jurídico penal, que deja de ser ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social.

Pero resulta ser que efectivamente esta concepción visualiza precisamente al derecho penal como parte plan de Política Criminal, concebida la dogmática penal como el mecanismo utilizado para el combate del fenómeno criminal, sin embargo,



con esa idea, solo puede concebirse la prevención secundaria y la prevención terciaria, donde efectivamente esta teoría es protagonista, más no en la prevención primaria, que al igual que las otras que tienen importancia para su estudio, no se ve reflejada, y eso se cuestiona, pues es en la primaria donde debe ser efectivo el mecanismo de prevención, la cual requiere que el fenómeno criminal no se concrete.

El funcionalismo radical de Jakobs.

Günther Jakobs, considera que el fin último del derecho penal es la estabilización del sistema penal a través de la estabilización de la norma penal violada. Afirma que la pena no solo tiene un efecto negativo de coerción o intimidación, sino también posee un efecto positivo preventivo, orientador de las normas sociales de las conductas de los individuos, entendiéndose como tal que lo importante no es la advertencia de los efectos que conlleva lo negativo de la coerción o intimidación mencionada, sino la trascendencia que se le atribuye a esos efectos en función del deber ser del hombre en sociedad.

“El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual– retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.”²⁴ Pensamiento que reprime garantías fundamentales, en vista que considera únicamente la supresión de las mismas para permitir al Estado poder alcanzar al criminal sobre la ventaja que éste le lleva, dando origen inclusive a tendencias de la dogmática penal que conlleva a penalizar conductas criminales

²⁴ Jakobs Günther, Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo. pág. 112 – 114.



que se anticipan a la comisión del hecho delictivo (delitos de mera actividad) con ello prioriza al derecho penal en la lucha contra el fenómeno criminal, considerando en esa concepción que solo el poder punitivo del Estado viabiliza el combate efectivo al crimen, inclusive, anticipando el combate a la sola planificación del mismo.

2.5 Relación de la Política Criminal con la Criminología y el Derecho Penal.

2.5.1 La prevención de la criminalidad desde la criminología.

La prevención de la criminalidad desde la criminología puede visualizarse desde diversos puntos de interés que destacan la prevención de la misma, entre ellos se pueden citar:

1. La moderna victimología que explica la relación existencial entre el delincuente y la víctima, que conlleva encontrar el vínculo que une una con otra, respecto de los antecedentes de los mismo y la relación propia en el momento criminal y la posible relación o vínculo existencial que pueda darse posterior al hecho criminal, para evitar con ello la pérdida del control institucional del Estado, encaminada a la búsqueda de la justicia que permita satisfacer los requerimientos de la víctima en la función del daño causado a la misma;
2. La moderna criminología ha desarrollado lo que se ha denominado prevención victimal complementaria a la prevención criminal, que busca a través de mecanismos integradores, evitar la estigmatización y revictimización de la víctima, a efecto de que el mismo sistema de justicia no coloque a la víctima en víctima del éste;
3. La víctima puede dar información fundamental sobre la criminalidad. Ello permite tener una concepción científica de la fundamentación del crimen acontecido, para descubrir cual fue o es la razón que motiva la ejecución del



hecho y acto criminal, la causa de la ejecución del acto criminal resulta para la ciencia jurídica y para la criminología misma, un elemento complejo en su descubrimiento, solo el autor del hecho criminal sabe las razones que motivaron su ejecución, sin embargo, la información dada por la persona que vivenció en carne propia los efectos del hecho, resultan trascendentales en la búsqueda de la razón que motivo la consumación del mismo;

4. El miedo al castigo, como miedo a ser victimizado es un ingrediente fundamental en lo que los ciudadanos perciben como su seguridad. Toda sociedad es de riesgos, el poder punitivo del Estado ante esos riesgos no se hace esperar, y es a través de la existencia de la norma penal que al contemplar la conducta prohibida que conlleva la imposición de una sanción desde una perspectiva criminológica encaminada al pensamiento del hombre ciudadano a ser respetuoso de la ley, lo que significa entonces que éste adopta y se compromete a vivir bajo el imperio de la misma, aceptando que su actuar se encontrará encaminado a realizarlo conforme a derecho, su apartamiento daría lugar a su persecución, y ese temor es infundido y consecuentemente perseguido por el aparato estatal, quien es el que por medio de ese temor viabiliza la prevención del fenómeno criminal;

5. Dentro de una política social de prevención de la criminalidad, la víctima reclama protección social. Aquí es donde juega un rol importante la sociedad, ella es la que debe responder activa y positivamente ante el fenómeno criminal, concatenado a que la sociedad es quien debe imponer en sus miembros la idea de evitar a toda costa que éstos se conviertan en agresores de la víctima por la simple condición de serlo, el respeto a la víctima conlleva al acto de solidaridad que da como resultado una superación de la víctima respecto del hecho que del cual fue sujeto pasivo, y con ello evitar que la sociedad, la llamada a responder ante el fenómeno criminal, contribuya con la parte agraviada a solventar los efectos negativos del crimen, y no contribuir a que esos efectos sean más lesivos a lo que ya hubiesen podido ser;



6. La prevención de la criminalidad desde una criminología que debe destacarse en la cuestión de la cifra negra de la criminalidad. Obedece al conflicto que se da entre la criminología y el derecho penal, por medio de las llamadas cifras negras de la criminalidad, la cual parte por un lado, de las tasas de conductas realizadas en la sociedad que son criminalizadas pero que efectivamente no se persiguen y pueden servir para fundamentar la falta de necesidad de pena, pues los factores de su no persecución obedecen a distintas causas, pero la principal de ellas, radica en la ineficacia del Estado respecto de garantizar a la víctima la efectividad de la persecución. Por otro lado, desde las perspectivas represivas, éstas pueden ser utilizadas para fundamentar una mayor penalización, pero claro ello no es del todo efectivo, el incremento de las sanciones no precisamente resulta ser la solución al problema, el poder punitivo del Estado únicamente tiene razón de ser después del momento consumativo de la acción criminal. Es más, las cifras negras de la criminalidad han servido para que los sectores críticos del sistema penal fundamenten el grado de selectividad de la persecución penal, donde caen normalmente las capas bajas de la población, diríamos entonces que nos encontramos ante un derecho penal de pies descalzos, donde el marco de persecución no se extiende a todos, sino selecciona a los criminales que para el sistema se convierten en víctimas.

Ahora bien, lo anterior descrito tiene carácter general, y es visto inclusive de una forma tan común por la sociedad, ello empieza a cambiar cuando también comienza la persecución de los delitos de cuello blanco, lo que viabiliza un proceso de criminalización multidisciplinario, precisamente porque el éxito de él radica en la concepción amplia de la persecución de la conducta criminal, no vista con exclusividad desde la perspectiva penal propiamente dicha, sino desde una óptica criminológica, que conlleva a la incorporación de todos los elementos necesarios en principio para la existencia de la conducta criminal independientemente quien pudiera figurar como autor de ella, y, luego establecer cuáles serían los mecanismos idóneos para afrontar dicha conducta, pues solo a



través del tratamiento multidisciplinario se logra el éxito en el proceso criminalización de la conducta, su combate y su prevención..

2.5.2 La prevención de la criminalidad desde el derecho penal.

Institucionalizado el control social no visto desde la óptica jurídica, sino desde la óptica política de toda organización social que decide someterse a la autoridad en la concepción tradicional del Estado de derecho, surge entonces la forma civilizada de perseguir la conducta criminal para la búsqueda de una mejor justicia, y esa forma civilizada se concibe con la idea existencial del poder punitivo del Estado, quien es el único ente capaz de lograr el reproche necesario al autor del acto criminal, ya que al tipificar la conducta, marca el límite al ciudadano en su forma de actuar dentro de la sociedad como elemento compositivo del Estado.

Con este mecanismo de prevención se puede entender que la misma se visualiza en la existencia de la norma penal a quien se le encomienda la prevención misma, la cual en su afán de prevenir encuentra tres momentos para lograr su objetivo. El primero de ellos refiere a la criminalización primaria, que radica en el momento en que se produce la norma penal, cuando el legislador dispone que conducta debe ser incluida en el mundo de lo prohibido, es en ese momento cuando el aparato estatal criminaliza la conducta, y al criminalizar la misma empieza a colocar límite a la actuación del hombre en sociedad.

El segundo de ellos refiere a la criminalización secundaria, que es el momento mismo donde a través de un proceso que tiene carácter legal se aplica la norma que ha sido creada en el primer momento, el proceso es legal, pues el proceso mismo también conlleva la solución civilizada mediante la cual las partes someten su diferencia a la decisión de un tercero imparcial designado por el Estado e investido con tales facultades que permiten la búsqueda de una aplicación de justicia.



Y el tercero refiere a la criminalización terciaria, el cual pretende prevenir el fenómeno criminal, en el momento de la ejecución de la pena, cuando el derecho penal ha sido efectivo en su persecución y como consecuencia en su aplicación, ese momento pretende devolver a la sociedad el delincuente resocializado, para que su incorporación sea efectiva respecto de la aceptación que los miembros de ésta hagan para tomar como parte de ellos al criminal.

Es arriesgado confiar ciegamente en la prevención criminal vista desde el derecho penal, no porque la misma represente el poder punitivo del Estado, sino porque no puede confiarse con exclusividad al derecho penal en sí, la función exclusiva de éste o su naturaleza misma no parte propiamente en la prevención del fenómeno criminal, parte de la reclamación del aparato estatal ante la conducta criminal ejecutada, y la ejecución misma conlleva una imposición de sanción otorgada por el mismo aparato estatal.

Es un problema complejo político y social, político porque el derecho penal al criminalizar una conducta adopta una decisión política la cual consiste en designar un comportamiento como delito con base a un desvalor de la conducta y un valor positivo del bien jurídico en cuestión, toma para el mundo jurídico la conducta, la plasma en la norma penal como supuesto de hecho, lo que significa que básicamente describe la conducta prohibida y luego establece la consecuencia de dicha acción para que quien ejecute la acción prohibida responda con la imposición de una sanción como consecuencia jurídica de su acción. Pero ello refiere a una voluntad política, que responde a los actos que el gobierno visualiza en la sociedad sobre la cual ejerce el control, y es en función de ella que toma la decisión de criminalizar la acción para responder positivamente ante ésta que efectivamente está vinculado con la voluntad de querer controlar los actos de la misma.

Como un problema social se visualiza, porque la criminalidad es una cuestión que afecta a toda la sociedad, que va desde el autor, a sus familiares, a los operadores



sociales, a las víctimas reales, a las víctimas potenciales, a las víctimas colaterales, a la comunidad como víctima difusa y por tanto, interesa resolverse dentro de la misma sociedad no bajo la concepción exclusiva de los objetivos propios del derecho penal sino bajo la concepción propia de responder a los intereses del conglomerado social que concibe su respuesta bajo una óptica inter o multidisciplinaria.

2.6 Funciones de la Política Criminal.

2.6.1 Estudia la realidad del delito.

Esta es la primera función asignada a la Política Criminal, en ella aborda la principal tarea de realizar un estudio científico del fenómeno criminal que intenta prevenir, no bajo la perspectiva jurídica, sino con un enfoque multidisciplinario que dé respuesta efectiva a la razón de ser del mismo, para ello tiene que viabilizar la fundamentación científica que de una manera interdisciplinaria traten de explicar el fenómeno criminal, con el único fin de resolver de la mejor forma el fenómeno criminal, para ello hay que conocer la etiología del mismo, y posteriormente hay que producir los mecanismos efectivos para su prevención, a efecto de combatir y erradicar el mismo.

2.6.2 Estudia los mecanismos de prevención del delito.

Únicamente analizado el fenómeno criminal y conociendo la etiología del mismo, puede la Política Criminal diseñar los mecanismos para prevenirlo, claro primero debe de establecerse consensos acerca de lo que se entiende por prevención, ya que un plan de prevención puede tener diversos puntos de partida que atienden a las necesidades del caso concreto. Por lo que solo diseñando un programa integral de política criminal hermanado con la política social del Estado, que contenga objetivos concretos mediatos e inmediatos, puede hacerse frente con eficacia a la delincuencia. Sin embargo hay que hacer notar que esa delincuencia



no siempre suele ser prioridad para el Estado, sino hasta que causa un impacto social, es por ello que solo las cifras estadísticas, los gastos y los hechos que requieren relevancia social generalmente pueden viabilizar herramientas para la prevención del delito.

2.6.3 Criticar la legislación penal.

La crítica a la legislación penal es una de las grandes funciones de la política criminal, y ello es porque permite el planteamiento de reformas a la ley penal, reformas que respondan a la actualización de la misma acorde a la evolución del fenómeno criminal, pues éste va a la vanguardia del desarrollo integral, científico e informático de la sociedad, y en función de ello la legislación penal debe ser acorde con la realidad, y la única forma para serlo conlleva a una constante revisión de la misma, conforme los parámetros constitucionalmente definidos, pero que al mismo tiempo radicada en el deber ser de la sociedad en búsqueda de esa actuación política jurídica que conlleva la organización del Estado.

2.6.4 Diseñar un programa integral de Política Criminal.

Para llegar a diseñar un programa integral de Política Criminal, debe existir una evaluación constante con fundamentación científica del fenómeno criminal, solo ello permite establecer las bases del mismo, sus objetivos y las estrategias a adoptar para combatir el flagelo social, claro, esos objetivos y estrategias deben partir de la norma fundamental, que esté cimentada en la estructura tanto jurídica como política del Estado, inspirados en la democracia como ideal de toda sociedad pacífica, que es capaz estructuralmente de conjugar libertades con garantías, para que dichos objetivos den como resultado crear un programa integral con herramientas formales e informales que busquen el ideal de toda sociedad.



2.6.5 Evaluar la Política Criminal.

Lo importante es saber si la política criminal funciona, y si es funcional también hay que determinar su grado de eficacia, lo cual constituye la clave para el éxito del combate de la criminalidad, ello implica que la constante verificación de los medios utilizados idóneamente para conseguir el fin de la prevención del fenómeno criminal, únicamente puede lograrse a través de la evaluación constante de la Política Criminal para prevenir ese fenómeno. Y, si fuere el caso que los objetivos propuestos en el plan de Política Criminal no se cumplen, determinar cuál es el elemento de análisis que está fallando, para renovarla y hacer efectivos sus objetivos.



CAPITULO II

2. Extinción de Dominio.

2.1 Constitución y derecho de propiedad.

En 1985 se promulga la actual Constitución Política de la República de Guatemala, la que en su artículo 39 regula la propiedad privada señalando que: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.”

Lo anterior nos describe el concepto de propiedad privada en Guatemala, que ha evolucionado y actualmente ya no se concibe como un derecho absoluto, sino como algo propio que se encuentra inmerso dentro de la vida de la sociedad, que debe ejercerse dentro del marco de la ley y que el Estado deberá garantizar el ejercicio de ese derecho real que permita el beneficio de todos los guatemaltecos, lo que significa que de lo interno se consagra ese derecho como una función social que debe cumplir con la propiedad, pero visualizada como ya se dijo como un derecho propiamente dicho.

Ello implica que si la Constitución garantiza en el artículo citado el derecho de propiedad, indicando que el mismo es inherente de la persona humana, y que esa inherencia por naturaleza de la persona, debe ejercerse dentro de los parámetros y limitaciones que señalan las leyes y el Estado de derecho; la Constitución no puede garantizar la propiedad privada como producto de actividades ilícitas o delictivas, ello no es viable, porque de lo contrario sería absurdo fundamentar tal derecho desde la concepción del Estado de derecho, y ello es porque no solo la



Constitución, sino que el ordenamiento interno que se deriva de la misma y comienza con las leyes civiles, desarrollan y regulan las formas lícitas de adquirir la propiedad, entre ellas se encuentra la ocupación, la posesión, la sucesión, o cualquier otra que viabilice la adquisición de manera lícita respaldada en el contexto constitucional y que no sea contraria al orden económico y social, por lo tanto entiéndase que la adquisición de bienes tiene límites y ello en el caso de estudio enfoca el mismo en el patrimonio mal habido o que ha sido destinado para la realización de actividades que vulneran el orden jurídico económico social producto de la corrupción como fenómeno criminal.

Además consagra la misma norma constitucional que el Estado debe crear las condiciones que garanticen al ciudadano el uso y disfrute de sus bienes; pero, ese uso y disfrute debe ejercerse dentro del marco de la legalidad y el derecho, desde luego el Estado para preservar el bien común, la paz, la seguridad puede regularlo, pero recordemos que ningún derecho como ya se dijo resulta ser absoluto, y mucho menos el de propiedad que encuentra límites legales, entre ellos la licitud de su procedencia, que consolida el derecho propio de la vida del hombre en sociedad, que parte de la concepción que el derecho de una persona llega a donde comienza el derecho de los demás.

2.2 Antecedentes de la Extinción de Dominio en Guatemala.

Es importante mencionar que en nuestra legislación se introdujo el tema de la Extinción de Dominio sin que hubiera un desarrollo de norma constitucional derivado de dicha introducción, es decir, que no hubo explicación desarrollada en la Constitución guatemalteca en el ámbito de ese tema, sin embargo, no era necesario tal desarrollo legal, pues esa institución no lesiona garantía alguna, ya que la misma se fundamenta en el respeto del “derecho” de propiedad, entendiéndose que el origen de esa propiedad es lícita, por ello es denominado “derecho”.



Por tal virtud resulta relevante mencionar que derivado de los compromisos internacionales del Estado de Guatemala en materia de derechos humanos, la propiedad, entendiéndose como “derecho”, es decir “la procedencia del bien con licitud”, también encuentra asidero en normas internacionales que responden objetiva y funcionalmente para la recuperación de bienes que tienen una procedencia contra derecho, y al ser funcional el instituto jurídico de la extinción de dominio, la introducción a la legislación del mismo, devino precisamente con la finalidad de responder al respaldo de derechos humanos fundamentales a los cuales el Estado está obligado a cumplir, no solo a lo interno, sino también a lo externo.

2.2.1 Convenios y Tratados Internacionales.

2.2.1.1 Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 y su Protocolo de 1972.

En ella los Estados se obligan a establecer normas de fiscalización respecto de las sustancias estupefacientes, a modificar la esfera de fiscalización siempre que ello sea forzoso, a adoptar las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias para:

- a. Dar cumplimiento a las disposiciones de la convención en sus respectivos territorios.
- b. Cooperar con los demás Estados en la ejecución de las disposiciones de la Convención.
- c. Limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos.



2.2.1.2 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sociotrópicas de 1988 (Convención de Viena).

Esta Convención, se constituye para poner freno a la proliferación de capitales ilícitos, bajo principios como el de cooperación internacional, respeto a la soberanía e integridad regional, así como a la no intervención en los asuntos internos de otras naciones. Evidencia la preocupación de la comunidad internacional respecto de lo que debía hacerse con los dineros o bienes producto de las actividades ilícitas referidas al crimen internacional, estableciendo en su artículo 5 medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con dicha convención en el artículo 3 de la misma, refiriendo al mismo tiempo medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo primero del artículo ya eludido. En fin concibe un conglomerado de medidas que tienen como objetivo dar a los Estados ratificantes herramientas capaces de combatir el flagelo de la criminalidad internacional, a efecto de buscar uniformidad en todas aquellas políticas encaminadas a la búsqueda del combate efectivo a ese fenómeno.

2.2.1.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Este instrumento es firmado en la Ciudad de Palermo, Italia en el año 2000, viene a establecer el consenso internacional para enfrentar de forma colectiva la delincuencia organizada, que se fortalece y crece generalmente en zonas de conflicto de Estados débiles y vulnerables, provocando problemas de índole transnacional, y es por ello que a través de las Naciones Unidas se diseña una medida de control transnacional para combatir un problema de esa naturaleza.



Entiéndase que esta convención forma parte del derecho internacional penal, que se enfoca a desarrollar temas de derecho penal sustantivo, mediante el cual los Estados parte tipifican cierta clase de delitos como lavado de producto ilícito, participación en grupo delictivo organizado y corrupción pública entre otras. Siempre respetando las disposiciones internas, y dando cabida a distintos enfoques jurídicos de las repercusiones que esas disposiciones poseen.

2.2.1.4 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2003.

La corrupción es un flagelo grave para la sociedad, de la misma forma como lo puede ser el terror, el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, los grupos de delincuencia organizada, por lo que en el año 2003 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la Convención conocida también con el nombre de Convención de Mérida. Esta convención fortalece la coordinación y cooperación entre entidades internacionales comprometidas en la lucha contra la corrupción.

Es de hacer notar que los esfuerzos de la comunidad internacional y por ende de las Naciones Unidas contra la corrupción, han estado basados en la verificación de los daños que esta produce, que afectan de manera seria a las personas más pobres de la sociedad, identificando además otros daños como afectación de la democracia, la degradación de la ética y la justicia, violación al imperio de la ley, el fomento de una costumbre errónea en la sociedad, que inclusive llega al extremo de ser vista como algo tan normal por parte de ciertos sectores de la sociedad.

Es por ello que la corrupción atenta contra la seguridad y el desarrollo sostenible de la sociedad, es un cáncer social que descompone todo el cuerpo estatal desde la cabeza hasta la parte más insignificante del cuerpo, que lo lleva a la muerte y hace pensar inclusive en mecanismos que hagan resucitar al aparato estatal, que



ante la corruptela de sus habitantes y gobernantes, necesita ser curado de para poder sobrevivir.

Ante ello la convención hace relación a la recuperación de activos, entendiendo que la misma prioriza la investigación criminal para afectar bienes con propósitos que no son prioritarios, que pueden conllevar a una posible declaración de responsabilidad penal, y que permita el tratamiento de recuperación de los mismos. Sin embargo no se puede desconocer la multiplicación de conductas delictivas como el sicariato, el terrorismo, el lavado de dinero, los delitos de mera actividad, la trata de personas, la cuales permitieron que no solo a nivel nacional sino que a nivel internacional, e inclusive a nivel transcontinental el flagelo de la corrupción proliferara, orillando a los Estados a crear políticas internacionales que generaron métodos de reacción y control social ante este flagelo, considerando que efectivamente el derecho penal resulta ser incapaz de resolver el fenómeno de la corrupción, por lo que se enfatizó al tratamiento a los efectos patrimoniales del delito, pues no es desconocido que nuestro Estado siempre ha intentado frenar la criminalidad a través del incremento de delitos y penas.

Es así, que los sistemas legales de casi todos los países consideran la necesidad de buscar alternativas fuera de la represión penal, para combatir el crimen organizado, resulta ser más efectivo que el propio poder punitivo del Estado, dando paso a la persecución del producto económico de esas actividades ilícitas. De tal suerte que las Naciones Unidas plantean un liderazgo de esas estrategias a través de la convención para la prevención del crimen, entendiéndose como una prevención terciaria, que parte de la concreta o presunta comisión de un hecho delictivo.



2.2.1.5 Cuarenta recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos).

Guatemala también se hace parte de este grupo, y en función de la existencia del mismo se puede decir que sobresalen recomendaciones que el Estado adopta para dar surgimiento a la extinción de dominio, entre ellas la recomendación número 16 que alienta a los profesionales a participar en la lucha contra la corrupción, ello es porque promulga la instancia de reporte de operaciones sospechosas, cuando por cuenta o en representación de un cliente, participen en una operación en relación con las actividades descriptivas, en la recomendación 12 estipula que se alienta firmemente a los países a que hagan extensivo el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores o contables, incluyendo las auditorías.

2.2.2 Legislación Comparada.

2.2.2.1 Colombia.

La Ley de Extinción de Dominio en Colombia fue promulgada bajo el número 333 en el año de 1996 en la que se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio, y luego fue derogada y ampliada por la Ley número 793 del 27 de diciembre del año 2002.

En ella se describe que “la extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna por su titular.” Indica que la acción es autónoma, tiene naturaleza jurisdiccional, es de carácter real y de contenido patrimonial, procediéndose sobre cualquier derecho real, tutelada bajo el debido proceso, el ejercicio de la persecución de la misma corresponde al derecho de acción que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación.



Enuncia que los convenios y tratados de cooperación judicial suscritos, aprobados y debidamente ratificados por Colombia, serán plenamente aplicables para la obtención de colaboración en materia de afectación de bienes, cuando su contenido sea compatible con la acción de extinción de dominio.

Al respecto José Gregorio Hernández Galindo cuando describe la naturaleza Constitucional de la Extinción de Dominio en Colombia describe:

“Se me ha encomendado que haga referencia a la naturaleza constitucional de la extinción de dominio, a la evolución que ha mostrado esta institución en nuestras normas, tanto constitucionales como legales, y también a la actividad judicial respecto de esta figura que ciertamente ha implicado una evolución importantísima, un avance en nuestro derecho público.

A pesar de que no se consagra la confiscación, el artículo 34 de la Constitución previó la figura de la extinción del dominio, que es distinta de todas las anteriores, inclusive de esa versión de la extinción de dominio relacionada con la función social de la propiedad. En el artículo 34, se plasma una figura que alude a la recuperación, o mejor diríamos, para ser concretos en los términos constitucionales, que conduce a que el Estado declare, a través de sentencia judicial, que una propiedad que se reclutaba en cabeza de una persona, o de unas personas, realmente no estaba en cabeza de ellas porque esa propiedad que aparentemente se había adquirido a través de mecanismos acordes con la Constitución, realmente se había logrado mediante unos procesos torticeros, contrarios al sistema jurídico, a la moral pública, y a los valores que profesa nuestra sociedad.

Entonces, esa figura novedosísima, que se plasmó en el artículo 34, implica sencillamente que, aunque en apariencia una propiedad mueble o inmueble en zonas rurales o en zonas urbanas, está en cabeza de unas personas, realmente nunca llegó a radicarse en su cabeza, porque se adquirió por enriquecimiento



ilícito o se adquirió con grave deterioro de la moral social que plasma la Constitución, o se adquirió con lesión del patrimonio estatal.

Esas figuras están enmarcadas dentro del concepto de extinción de dominio porque, precisamente, lo que quiso el Constituyente fue reaccionar contra esa propiedad, muy extendida en el territorio, en cabeza de personas que habían cometido crímenes, delitos, acciones completamente injustas contra la sociedad Colombiana y que se habían apoderado, o se están apoderando, de gran parte del territorio nacional.

La figura condujo con posterioridad a la expedición de la Ley 333 de 1996, sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional, en una sentencia de la que me correspondió el honor de ser ponente (la sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997).

Cuando la Corte hizo el análisis de la figura manifestó, entre otras cosas, que no estábamos ante una pena, porque entonces habríamos consagrado realmente la confiscación; segundo, que no estábamos ante un proceso de carácter penal; tercero, que se trata de una acción patrimonial; y, cuarto, que se trata de una acción que tiene por objeto el bien mismo. Es decir, recaemos sobre la cosa adquirida; por eso es una acción real, y no hacemos referencia a la sanción o castigo que se le puede imponer a una persona por haber incurrido en las conductas ilícitas que dan a lugar al proceso.

Desde luego esa distinción es básica y esa interpretación que hizo la Corte la acogió con posterioridad la Ley 793 del año 2002 que derogó la 333, pero que en la esencia es la misma extinción de dominio y el artículo 34 de la Carta Política que corresponde al sentido y a los propósitos del Constituyente, como también lo declaró después la propia Corte Constitucional.



¿Qué quiero decir al referirme a estos antecedentes y a la naturaleza de la acción de extinción de dominio de los procesos respectivos? Que es necesario que la sociedad colombiana tome nota de que aquí necesitamos adoptar unas políticas de Estado. No podemos concentrarnos simplemente en el proceso puramente judicial o en la acción específica de la Fiscalía, o en la acción posterior del Consejo Nacional de Estupefacientes, o del fondo que se ha constituido para la administración de esos bienes, o en la acción del Ministerio de Justicia, o en la acción que se adelanta por parte del Instituto de la Reforma Agraria, no. Esas finalidades, esos propósitos que tienen que enmarcarse en el concepto de la función social de la propiedad y también en el concepto del Estado social de derecho y de la prevalencia del interés general sobre el particular, tienen que corresponder a un equipo, que es el equipo del Estado. Porque lo que se tiene que trazar es una política estatal no solamente para buscar y recuperar esos bienes, estén en cabeza de quien estén, porque el Estado tiene la obligación de perseguirlos, sino para después encauzar esos bienes, mediante su destinación, a unos propósitos de interés social.”²⁵

Es elemental transcribir la opinión del ilustre jurista, para reflejar en ello los fundamentos que pueden ser utilizados por el Estado de Guatemala al momento de la aplicación de justicia que tiene como objeto encausar el orden social, con apego y respeto a las leyes del país, que persigue la propia cosa para evitar la corrupción que enriquece ilícitamente a los hombres que se apartan al respeto de las leyes y como consecuencia rompen con la estructura jurídica y política del Estado de derecho.

Con ello se visualiza la consolidación de un Estado democrático, que busca compactar la convivencia pacífica a través del respeto de derechos

²⁵ Hernández Galindo, José Gregorio, “Naturaleza Constitucional de la extinción de dominio. La extinción de la propiedad ilícita ¿una vía para la reforma agraria?”, Revista Economía Colombiana n° 309, pág. 60/65, www.contraloriagen.gov.co.



fundamentales, que persigue por ellos mismos la erradicación de fenómenos criminológicos entre ellos la corrupción que definitivamente causa flagelo a la sociedad, ya que el Estado se debe a sus individuos y por ende es quien tiene que responder también ante la comunidad internacional por esos individuos a quienes se debe, debe adoptar esos criterios en el marco de política estatal en la lucha contra la corrupción.

2.2.2.2 México.

En efecto México también regula la extinción de dominio pues en principio la Asamblea Legislativa del Distrito Federal IV Legislatura emitió el decreto de fecha 16 de julio del año 2010 por medio de cual expidió la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, mediante la cual también reformó y adicionó diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, describiendo en su artículo 1 que la ley es de orden público, interés social y observancia general en el Distrito Federal y tiene por objeto reglamentar la instauración del procedimiento de Extinción de Dominio previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, describe que se trata de “una acción, legítima al Estado para el ejercicio de dicha acción, y enfatiza que la misma es la pérdida de los derechos de propiedad de los bienes sin contraprestación ni compensación alguna para el afectado, cuando se acredite el hecho ilícito en los casos de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, y el afectado no logre probar la procedencia lícita de dichos bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedido para conocer su utilización ilícita, confiere a la acción naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial,”

Así mismo la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue creada por decreto del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 30 de abril del año 2009, que también reforma y adiciona la Ley de Amparo,



Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ella se establece que sus disposiciones son de orden público, de interés social y que tiene por objeto regular la extinción de dominio de bienes a favor del Estado, así como el procedimiento correspondiente, la actuación de la autoridad o autoridades competentes, los efectos de la resolución que se emite y los medios para intervención de terceros que se consideren afectados por la misma. Indica que la misma es de carácter real, de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido. Que el ejercicio de dicha acción corresponde al Ministerio Público.

Con la reforma penal el actual artículo 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se dispone:

“No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, **ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.**”. Esto último, es lo que da pauta a la extinción de dominio.”²⁶

Para el ordenamiento jurídico mexicano la Extinción de dominio: 1) no es una pena; 2) tampoco el procedimiento es de carácter penal; 3) la acción es patrimonial; 4) dicha acción tiene por objeto el bien mismo y no el sujeto titular del bien; y 5) recae sobre la cosa, por lo que su naturaleza es real.

²⁶ *REVISTA LEX* bajo.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/.../docentes_ibarrapenalosa.htm.



2.2.2.3 Perú.

En Perú, mediante el decreto legislativo 992 promulgado el 21 de julio de 2007, se creó el instituto jurídico conocido como pérdida de dominio; sin embargo, éste fue modificado por la ley número 29212 del 16 de abril del año 2008 con el objeto de realizar varias modificaciones al procedimiento de pérdida de dominio de Perú.

Describe que el dominio sobre derechos y/o títulos sólo puede adquirirse a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico peruano, que la protección se extiende a aquel que brinda adquisición o destino de bienes obtenidos ilícitamente, pues su posesión y dominio no está fundamentada en justo título, salvo en el caso de tercero adquirente de buena fe. Establece que la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna. Describe que la acción es autónoma y que se basa en los principios de licitud e interés público.

2.2.3 Decretos y Leyes Nacionales.

2.2.3.1 Decreto 67-2001 Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos.

El Estado de Guatemala creó la Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos, en respuesta a la suscripción y ratificación de convenios internacionales en las que se ha comprometido a prevenir, controlar y sancionar entre otros el lavado de dinero, razón por la cual se decretó en el año 2001 la Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos.

La ley tiene como finalidad regular y combatir el lavado de dinero y otros activos, creando y designando funciones institucionales que permiten al Estado constituirse en vigilante y garante de la adquisición lícita e ilícita de activos o dinero, y en ese contexto, el espíritu de la norma también conlleva la criminalización y penalización de determinadas conductas, que se ejecutan como



consecuencia del producto de la corrupción, ello permite visualizar al Estado medio de controles formales, la verificación del movimiento de capitales de cualquier ciudadano, que sale del orden patrimonial del mismo, que tiene en función de su patrimonio una base controlada por el ente estatal, por medio de los registros públicos que permiten al mismo verificar la existencia de enriquecimiento ilícito, que puede viabilizar la extinción de ese enriquecimiento a favor del Estado, toda vez que si el mismo es ilícito, no puede respaldarse en el derecho de propiedad que regula la carta fundamental, ya que si es derecho, se debe entender que el mismo tiene vida en el mundo de lo correcto por decisión voluntaria de quien se somete a la autoridad del Estado.

En el capítulo V crea la Intendencia de Verificación Especial, dentro de la Superintendencia de Bancos, dándole funciones que van encaminadas a informar sobre transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el Lavado de Dinero u otros Activos, e inclusive que estas sean sospechosas, para verificar la procedencia de los bienes y con ello combatir el fenómeno criminal que genera ese delito. Define en ella las siguientes funciones:

- a) Requerir y/o recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos.
- b) Analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, así como operaciones o patrones de lavado de dinero u otros activos.
- c) Elaborar y mantener los registros y estadísticas necesarias para el desarrollo de sus funciones.



- d) Intercambiar con entidades homólogas de otros países, información para el análisis de casos relacionados con el lavado de dinero u otros activos, previa suscripción con dichas entidades de memorandos de entendimiento u otros acuerdos de cooperación.

- e) En caso de indicio de la comisión de un delito, presentar la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, señalar y aportar los medios probatorios que sean de su conocimiento u obren en su poder.

- f) Proveer al Ministerio Público cualquier asistencia requerida en el análisis de información que posea la misma, y coadyuvar con la investigación de los actos y delitos relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos.

- g) Imponer a las personas obligadas las multas administrativas en dinero que corresponda por las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley.

2.2.3.2 Resolución JM 68-2003.

Esta resolución es emanada por la Junta Monetaria, que contiene la Prohibición de Depósitos Cifrados, y tiene como objeto hacer cumplir las cuarenta recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos) del cual Guatemala se hizo parte, en la que se prohíbe a las personas obligadas mantener cuentas anónimas o cifradas, tema importante en la lucha contra el crimen organizado, el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, así como el enriquecimiento ilícito. En ella concede el plazo de tres meses a las personas obligadas para que cancelen las cuentas anónimas o cifradas que estén aperturadas en las entidades bancarias.



2.2.3.3 Decreto 55-2010 Ley de Extinción de Dominio.

El Congreso de la República de Guatemala para la creación de la Ley de Extinción de Dominio ha tomado en cuenta el incremento de la criminalidad, y en función de ello también en la creación de esa ley, fundamenta su ideal en la serie de compromisos que Guatemala ha adquirido con la comunidad internacional, indicando que la naturaleza de la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial.

Hace ver que la misma se crea con el objeto de combatir actos de corrupción, tráfico de influencias y otros ilícitos, en donde cada vez más personas individuales o jurídicas, han acumulado bienes con recursos provenientes de actividades ilícitas o delictivas, estableciendo de esa forma contra quién se dirige la acción, es decir contra todos aquellos titulares de derechos reales o presuntos, o los beneficiarios reales de los bienes, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los terceros de buena fe exentos de culpa y sin simulación de negocio. Consagra en ella la independencia de la acción de extinción de dominio frente a los procesos penales y civiles y enmarca la autonomía de la acción frente acciones penales, se hayan iniciado éstas o no, se encuentren en curso o hayan concluido con cualquier tipo de decisión.

Es de hacer notar, que la acción referida provoca el proceso de extinción de dominio, que podrá iniciarse independientemente de la acción penal, siempre que se encuentre acreditados los presupuestos del origen viciado del bien y su relación con cualquiera de las causales que contempla el artículo 4 de dicha ley. Proceso que podrá iniciarse aún y cuando el titular del bien haya fallecido, o cuando el proceso penal haya terminado por cualquier causa, entiéndase absolución, condena, prescripción, archivo o desestimación.

Mediante la creación de esta ley, el legislador se propuso crear un instrumento respetando los límites con los que la Constitución y las leyes protegen la



propiedad, que le posibilite al Estado la sanción de aquellas conductas que provienen directamente de la comisión de un delito, afecten la convivencia social armónica, al impedir la plena obligación del Estado de garantizar a todos los ciudadanos, iguales derechos, libertades y oportunidades, siempre que sus actividades respeten los derechos propios de la vida en sociedad y el orden jurídico.

2.2.3.4 Acuerdo Gubernativo número 514-2011 del Presidente de la República de Guatemala. Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio.

El mismo tiene como objeto desarrollar los principios y preceptos establecidos en la Ley de Extinción de Dominio, así mismo, establece la organización, competencia y facultades de los órganos creados por dicha ley, y establece los procedimientos de administración, inversión, adjudicación y contratación de los bienes contemplados en la ley.

2.3 Definición.

Podríamos partir de una concepción amplia de criterio para definir la Extinción de dominio, al respecto el punto de partida podría ser: “El decomiso sin condena no es una sanción penal, sino una consecuencia de naturaleza distinta, próxima a las instituciones de carácter civil. Lo importante de la misma es el procedimiento en el que se acuerda, de carácter absolutamente *sui generis*, no penal, pero tampoco íntegramente civil, por lo que requiere una ley muy detallada en cuestiones procedimentales.”²⁷ Para ello hay que partir hablando del comiso, y es así como el Código Penal en su artículo 60 establece que el mismo consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso

²⁷ Caparrós, Eduardo A. Fabián, Ontiveros Alonso, Miguel, Rodríguez García, Nicolás. El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción. pág. 340.



prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso aunque no lleguen a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado.

El texto legal advierte condiciones para la existencia del comiso: la primera sería la declaratoria de la existencia del delito y la segunda la declaratoria de culpabilidad del imputado, para ello requiere una decisión tomada por el juez del orden penal que determine tales extremos, sin embargo, el engranaje procesal que conlleva al recorrido de cada una de las fases del proceso penal, hace que la declaratoria del comiso y como consecuencia la ejecución del mismo sea tardía, en otros casos imposible porque aunque sea declarado el mismo, los bienes ya no se encuentran en disposición de ser utilizados o explotados por el Estado.

Pero teniendo esa idea es que se parte diciendo que se trata de un decomiso sin condena, y que prácticamente no depende de la existencia de un proceso penal, que prácticamente da autonomía a la institución en la definición de la misma, aunque tenga proximidad con instituciones de carácter civil e inclusive administrativas, la ley, como se definirá más adelante, conceptualiza la Extinción de Dominio en un marco de independencia procesal, respecto de las ramas de derecho ya citadas.

Saúl Cota Murillo citado por Victor Hugo Cano Recinos define la Extinción de Dominio así: “Como la pérdida de los derechos sobre bienes relacionados con hechos ilícitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos o trata de personas mediante un procedimiento jurisdiccional y autónomo del procedimiento penal.”²⁸ y al efecto comenta: “Se hace necesario una distinción con otras instituciones que afecta el Derecho Real a la propiedad, como la confiscación, el decomiso, la adjudicación de bienes abandonados y la expropiación. En cuanto a la confiscación pretende la prevención delictiva mediante la afectación del crimen, el decomiso es la pérdida de derechos sobre bienes relacionados por la comisión de un delito, como un procedimiento al

²⁸ Cano Recinos, Víctor Hugo. Extinción de Dominio Guatemala. pág 48.



dictarse una sentencia de índole condenatoria.”²⁹ para el efecto la Ley de Extinción de Dominio en su artículo 5 denomina a la misma como la acción que tiene naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en la misma ley, independientemente de quien esté ejerciendo la posesión sobre los mismos o quien se ostente, se comporte o se diga propietario, a cualquier título, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, exentos de culpa o sin simulación del negocio. Esta se ejercerá y sustanciará exclusivamente independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado de conformidad con la ley penal guatemalteca.

Lo anterior significa que la Extinción de Dominio constituye una acción; al ser jurisdiccional implica que solo juez competente puede declararla, su contenido es de carácter real y es exclusivamente patrimonial, está encaminada sobre cualquier derecho real determinado a la posesión del patrimonio, cuando quien ejerce la posesión, realiza la misma cuando la procedencia de los bienes tiene el carácter delictivo.

De tal suerte que la definición va concatenando la tutela normativa que regula la Constitución Política de la República, cuando se reconoce el derecho de propiedad, y es en la descripción de la palabra derecho cuando se entiende por viable la Extinción de Dominio, pues el dominio que presume la propiedad por la posesión, parte de una norma jurídica que regula el mismo como derecho, entonces, si, los bienes provienen de hechos delictivos, no podemos hablar de derecho, pues el derecho nunca nació a la vida jurídica y como consecuencia a la relación jurídica que une al poseedor con los bienes, hay ausencia de derecho, cuando la procedencia de los bienes es contra derecho. Interesante resulta entonces conceptualizar la Extinción de Dominio, bajo la protección constitucional, porque de lo contrario el Estado avalaría el enriquecimiento ilícito y como

²⁹ Idem. pág. 48



consecuencia los actos de corrupción que constituyen un flagelo que deteriora sociedad y al Estado mismo.

Sin embargo, entiéndase que la Extinción de Dominio no puede ser utilizada como alternativa del proceso penal, cuando existan posibilidades de enjuiciar penalmente al delincuente, pues esa visualización solo generaría impunidad. Ya que a través de ella se evita que los delincuentes tengan una ruta de escape para esquivar el juicio penal, la misma solo compensa económicamente los efectos del delito realizado, lo que sí es cierto, es que la acción puede ser más rápida que el proceso penal, y que la misma puede ser declarada con lugar sin esperar que exista una deducción de responsabilidad penal.

Debe tener un carácter complementario al proceso penal, la misma es subsidiaria a ese proceso, también hay que hacer notar que la imposición de la Extinción de Dominio no vulnera el principio de única persecución que se garantiza en el proceso penal guatemalteco, pues la Extinción de Dominio no constituye una sanción penal, se impone en un proceso autónomo.

2.4 Principios.

La Ley de Extinción de Dominio regula dos principios fundamentales que la rigen, ellos son:

a. Principio de Nulidad Ab Initio o Nulidad al Inicio.

Entendiéndose que la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo a sabiendas o debiéndolo presumir razonadamente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o que se hayan constituido en fraude de ley, en otras palabras los actos y contratos que versen sobre negocios que no tengan justo título.



“La forma más clara de ineficacia del contrato es la nulidad: el derecho en este caso niega todo valor al pretendido contrato. Es la sanción más fuerte que se puede imponer al contrato, en cuanto supone que este al inicio no produce ningún efecto que le es propio, sin necesidad de declaración judicial, en este sentido por ello, suele ser adjetiva como nulidad absoluta o de pleno derecho.”³⁰ “Es nulo un negocio que tiene un defecto genético e intrínseco que lo hace ineficaz.”³¹

b. Principio de Prevalencia.

Refiere a que la materia que regula la Ley de Extinción de Dominio es específica, y se aplicarán e interpretarán de preferencia sobre las contenidas en otra ley, entendiéndose como tal que se trata de una ley especial, de orden público y de interés social, que en materia de bienes tiene prevalencia sobre las demás leyes que regulan la materia.

2.5 Finalidades Especiales de la Extinción de Dominio en Guatemala.

Partiendo de la idea que alarmantemente se ha incrementado el número de delitos que atentan contra el patrimonio del Estado y de los particulares, que causan grave daño a los derechos fundamentales y que encuentra vínculo con la delincuencia organizada, que dentro de su mera actividad realizan actividades ilícitas que dan como resultado la proliferación de actos de corrupción que se vinculan con el tráfico de influencias, en donde tanto entes de derecho privado como público viabilizan la acumulación de bienes con recursos provenientes de esas actividades, que inclusive en la actualidad se va descubriendo que el mismo existe en la élite del gobierno, y que no solo se consienten sino que también se realizan esos actos, es menester hacer notar que la Ley de Extinción de Dominio tiene inmersa como finalidades especiales las siguientes:

³⁰ Compagnucci de Caso Rubén H. El Negocio Jurídico. Pág. 500.

³¹ Idem. pág. 508



- a. Evitar el enriquecimiento ilícito. Este fin se visualiza en el marco generador de la política del Estado, ya que deber quedar en claro que los cargos públicos no son para desfalcar las instituciones estatales y aprovecharse de esos desfalcos, sino que son específicamente para servir; persigue la ley dejar definido que no tolerará el enriquecimiento indebido por acción u omisión, éste último como un acto negligente de quien estando obligado a hacer deja de hacer.

- b. Evitar la competencia desleal contra empresas legalmente constituidas. Aunque la ley no es una ley penal propiamente, ésta regula bienes jurídicos y la economía no puede excluirse de ésta, ya que la competencia desleal atenta contra empresas que legalmente dentro de todo el sentido de la palabra ejercen sus actividades, y se dice en el enunciado indicado porque las empresas de la criminalidad también se caracterizan por ser legales, el problema no es la caracterización de la legalidad de las mismas respecto de sus funciones, sino, la legalidad en cuanto a la procedencia de los capitales que producto de actividades ilícitas se introducen o se tratan de introducir por medio de esa máscara de legalidad, y ello no puede consentirse pues esa deslealtad de las empresas legalmente constituidas conlleva la quiebra de las empresas que en el marco de la procedencia legal de sus actividades no pueden competir con capitales inalcanzables.

- c. Evitar que bienes y ganancias ilícitas sirvan de capital de inversión inestable en la sociedad y alteren la economía nacional. Definitivamente este fin lo persigue el Estado en la ley, porque si el Estado invierte esos bienes y utilidades ilícitas en la sociedad, prácticamente se convierte en cómplice de esos actos y como consecuencia se perjudica, porque no puede contradecir sus funciones que constitucionalmente están definidas en la ley fundamental.

- d. Evitar que los bienes provenientes del enriquecimiento ilícito sirvan para la continuidad delictiva a la comisión de otros delitos. Aquí ya encontramos finalidades del ataque civilizado al delincuente, y esas finalidades son propias



del derecho penal que se adoptan en el marco de la Extinción de Dominio porque precisamente es aquí donde encuentra parte de su razón de ser esta institución, la misma busca combatir la criminalidad como un mecanismo eficiente, que no solamente sea una consecuencia de una acción u omisión, sino que efectivamente prevenga el fenómeno criminal, y su prevención puede visualizarse en la forma en que el Estado despoja de los bienes y capitales de inversión a los criminales, para que estos al ser descapitalizados no puedan tener capital para invertir en el fenómeno criminal.

- e. Evitar la corrupción administrativa a todo nivel. La corrupción es un fenómeno que no ha conocido límite, estatus, clases, jerarquías, como la misma ha sido consentida y difícil de combatir no solo por la llamada “cultura de la corrupción” sino por la protección que de una u otra forma se hace de la misma, queda claro en este fin que debe la administración pública a todo nivel tomar las medidas legales y las acciones necesarias para erradicarla, en virtud que no puede exigirse al administrado transparencia de sus actos, sino antes debe exigirse la transparencia de los actos de los administradores públicos, por ello es la razón de ser de la erradicación de la corrupción.
- f. Evitar la ineficacia del ius puniendi del Estado en la aplicación estricta del derecho penal. La Extinción de Dominio no significa impunidad, ya que si bien es cierto dentro de esta institución se busca la persecución de bienes de procedencia delictiva a favor del Estado, en su autonomía el derecho penal por medio de la ley buscará la aplicación de la sanción correspondiente al autor o a los autores de los hechos delictivos que generaron los bienes que por medio de ese mecanismo se obtengan. El efecto de esa acción recae sobre el bien y no sobre la persona.
- g. Contar con un instrumento jurídico que conduzcan a evitar que los patrimonios adquiridos ilícitamente se incrementen. Efectivamente esta es la razón de ser de la Ley de Extinción de Dominio, pues es ella la que se constituye en la



herramienta de política criminal con la que el Estado cuenta para evitar el incremento de patrimonios ilícitamente adquiridos.

- h. La posibilidad que el Estado pueda perseguir los bienes ilícitamente obtenidos. A través del procedimiento establecido en ley, el Estado puede perseguir para sí los bienes ilícitamente obtenidos, porque al crearse la herramienta idónea, y al ser el proceso respectivo el marco legal para ordenar la ilicitud de los bienes de procedencia delictiva, esa posibilidad es real, con ello el Estado al tener el dominio de los bienes ya dentro del marco de la legalidad, dispondrá de ellos para cumplir con sus fines.
- i. Contar con la posibilidad legal de perseguir eficazmente el lucro mal habido, recogiendo así el concepto de bienes equivalentes. Esto refiere también a que no puede extinguirse únicamente los bienes de procedencia ilícita, sino también todas aquellas utilidades que ya dentro del marco de la legalidad se obtengan, se menciona dicho marco legal porque al introducirse los bienes o los capitales al concepto legal, ello no significa que la utilidad sea legal, sigue siendo producto de una adquisición mal habida.
- j. Disponer de una acción de carácter real, con la cual quedará claro, bajo amenaza, que quien adquiera un bien adquiere igualmente una responsabilidad meramente personal. Y, es meramente personal porque está obligado a supeditarse a la ley, en el sentido que si la ley fundamental garantiza la propiedad como un derecho, entiéndase ese derecho como algo legal y si no está dentro de esa limitación, está contra ella.

Conforme a los objetivos delineados la finalidad de la extinción de dominio consiste en imponer una sanción de naturaleza pecuniaria que de alguna manera le permita al Estado reparar el daño que se le ha causado, ello considerado como aquella política criminal que surge para restaurar el daño causado al mismo, en función del combate incondicional a la corrupción, la que genera a gran escala el enriquecimiento ilícito por actos provenientes de delito, irrumpiendo la estructura estatal que consagra la convivencia de sus ciudadanos, en apego irrestricto de los



derechos fundamentales que han permitido que el Estado en una concepción efectiva de esos derechos, busque los mecanismos idóneos que den resultados positivos en la lucha contra la criminalidad, siempre dentro del margen de las atribuciones que a éste como ente soberano le competen.

2.6 Beneficios de la Extinción de Dominio.

La Extinción de Dominio permite al Estado, por medio de un conjunto sistemático de los procedimientos valorar si se debe o no emprender un programa, un proyecto, la aplicación de una ley o escoger uno de ellos cuando existen varias alternativas. Este análisis permite estudiar los beneficios que a la administración pública compete para calcular los beneficios que estos representan para los años futuros, y con ello asegurar la convivencia dentro del margen de la legalidad del orden que debe imperar en un Estado de Derecho. Con la salvedad de que tiene que correr determinados riesgos o consecuencias que representa la toma de decisiones dentro del marco de orden que implica la conservación de ese Estado de Derecho, decisiones que deben estar encaminadas a una serie de políticas públicas legalmente establecidas, dirigida a objetivos que determine la productividad y generación de empleo de los bienes que en este caso proceden de todo el entorno procesal que implica la extinción de dominio, con una declaración legal de forma expresa que realice un Juez competente, que sea garante del debido proceso en función de todos los riesgos que implica el análisis motivado del fallo que designa el mismo.

Luego que la obtención de dichos recursos sirvan para alimentar programas de carácter político social encaminados a proyectos institucionales cuya cobertura sea lo suficientemente capaz para fortalecer el aparato Estatal involucrado en el control formal, que tenga como objetivo la prevención del delito, y que cumpla necesariamente con todo aquello que conlleva a la formulación de una verdadera política de control público destinada a generar una verdadera lucha a la criminalidad que se enriquece producto de los resultados de corrupción o tráfico de influencias, en donde el *ius puniendi* del Estado resulta ser incapaz para lograr



los resultados esperados por el conglomerado social. Correctivos que resulten verdaderamente eficaces en la lucha contra la criminalidad y en el suministro de las necesidades del aparato estatal para cumplir con necesidades de la sociedad y con ello lograr en buena parte desarrollar los fines que constitucionalmente la Constitución Política exige al Estado.

La misma Ley de Extinción de Dominio guatemalteca, desarrolla toda una gama tanto sustantiva como adjetiva de la existencia de la extinción de dominio como instituto jurídico, pero al mismo tiempo debe entenderse como herramienta a utilizar en la lucha contra la corrupción, como parte de una política criminal encaminada a combatir el enriquecimiento ilícito producto de la corrupción en Guatemala, y para ello ha desarrollado dentro de su contexto, que culminado el debido proceso y declarada la extinción de dominio a favor del Estado, esos bienes extinguidos generaran ingresos lícitos al Estado, que bajo la administración del Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción, se distribuirá a cubrir gastos operativos de las entidades que participaron en la investigación y procedimiento de extinción de dominio, así mismo para el mantenimiento de los bienes incautados y por último para cubrir indemnizaciones por pérdida o destrucción de dichos bienes.

De la misma forma contempla la ley de la materia que el dinero extinguido tendrá destinos conforme lo distribuya la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, la que de conformidad con la ley destinará en porcentajes descritos en la misma ley, dinero a las unidades de métodos especiales de investigación creada en virtud de la Ley contra la Delincuencia Organizada, para fondos privativos del Ministerio Público, del Ministerio de Gobernación, de la Secretaría Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio, para el Organismo Judicial y para la Procuraduría General de la Nación. Y con ello se puede decir que la extinción de dominio no solo constituye un instituto jurídico sino que también globaliza efectos positivos para el Estado, que le permiten al mismo subsistir en la lucha contra la criminalidad, con los



recursos que los bienes que éste persigue se lo permitan dentro del marco de legalidad.

2.7 Extinción de Dominio y Política Criminal.

“Es sabido que la pena y demás consecuencias jurídico penales, como respuestas a la delincuencia, particularmente a la criminalidad organizada, no ha rendido los efectos preventivos que se esperaban (y se esperan), tanto que actualmente asistimos a una suerte de multiplicación de la delincuencia, especialmente en las áreas cuyo móvil es el ánimo de lucro, donde el deseo desmedido de obtener fácilmente grandes beneficios económicos orienta la actuación de los agentes del delito. La concreción de estos delitos ha permitido que los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular, hayan logrado acumular grandes fortunas que constituyen los llamados “patrimonios” criminales, cuyos efectos perniciosos ya se ha constatado (efecto multiplicador del delito con sus corolarios de violencia y corrupción y el lavado de activos).³²

Cuando el derecho penal falla, no solo acontece la impunidad, que claro conlleva la ausencia de deducción de responsabilidad de un agente a quien se le reprocha un hecho delictivo, las circunstancias que generalmente motivan a la criminalidad es el ánimo de lucro, y como consecuencia ese lucro injusto produce en el criminal un enriquecimiento ilícito, pero cuando el poder punitivo del Estado falla o simplemente existe alguna circunstancia que no viabiliza esa actividad del Estado, es cuando el mismo debe estar preparado para hacer frente al fenómeno criminal.

Consecuentemente una de las grandes herramientas que ha producido el Estado a través del ordenamiento jurídico es la Extinción de Dominio o llamada también como el decomiso sin condena y otros la describen como el decomiso civil, es la que está llamada a dar respuesta a la prevención y ataque al fenómeno criminal,

³² Cano Recinos, Víctor Hugo. Extinción de Dominio Guatemala. pág. 48 y 49.



pues la serie de delitos existenciales generalmente tienen una motivación de carácter pecuniario en quien ejecuta la acción criminal.

Pero qué rol juega la política criminal cuando el derecho penal falla y la motivación del criminal implica enriquecimiento ilícito? Para ello recordaremos que hemos comprendido que la Política Criminal como ya se dijo anteriormente es un conjunto de estrategias encaminadas a combatir cuestiones penales, frente a la realidad del Estado y la realidad de la sociedad, su íntima relación con el fenómeno criminal hace de ella una necesidad en la intencionalidad no solo del legislador, del ejecutor de la ley y el sujeto sumiso a la misma, que conlleva hermanar esfuerzos encaminados a la búsqueda de soluciones efectivas que se adapten a los cambios que plantea el fenómeno criminal, ello es porque la función de la misma no es exclusiva de la prevención, sino también abarca el campo de la sanción y erradicación de dicho fenómeno.

Permite entender que ella no es una propuesta pendiente de verificación, sino, advierte que la misma es una necesidad de producir respuestas efectivas y concretas para afrontar la problemática criminal.

Y si todo eso implica la Política Criminal conscientes deberíamos estar de la problemática existencial respecto del crimen y la necesidad que existe de resolverlo, es por eso que la Política Criminal a través de la herramienta normativa crea ordenamientos jurídicos que conlleven a concretar el decomiso de instrumentos, efectos y ganancias del delito, así como los bienes de origen ilícito, pues el mismo constituye una acción real y autónoma, con sus propios mecanismos legales y procesales que describen “acciones de inteligencia financiera y patrimonial orientadas a detectar, identificar y concretar las medidas cautelares necesarias para impedir el ocultamiento de los bienes o activos materia de decomiso (incautación, medidas de inhibición, anotaciones preventivas, etc.) así como contar con autoridades especializadas al respecto que evite que esta



acción seguido ante las fiscalías y juzgados penales comunes se posterga y diluya dentro de la maraña de casos penales.”³³

“Obviamente, esta Acción de Pérdida de Dominio, como toda respuesta político criminal consistente en la afectación o injerencia en la esfera particular de las personas, tiene que encuadrarse dentro de los límites político criminales de todo Estado de Derecho, de las garantías y derecho fundamentales de la persona humana”³⁴ lo cual exige no solo del derecho sino también del Estado evitar a toda costa las facilidades que la delincuencia pudiera tener para enriquecerse ilícitamente y con ello también combatir el flagelo de la corrupción, que como más adelante se definirá destruye los sentimientos morales superiores, que afectan el desarrollo integral de toda sociedad.

Ahora, porqué es herramienta de Política Criminal la Extinción de Dominio? Partamos de la idea que el Estado está comprometido a dar un mínimo de felicidad a cada uno de sus habitantes, ese mínimo incluye la protección del mismo de actos o fenómenos criminales, y en ella se debe proteger todos los derechos y garantías fundamentales que se consagran en la ley fundamental.

De ello radica la importancia de tal interrogante, pues la Extinción de Dominio puede ser o en el mejor de los casos es, el mecanismo idóneo para descapitalizar a los criminales, y al descapitalizarlos no hay inversión económica ni patrimonial en el fenómeno criminal, por eso es que se considera que constituye una herramienta de política criminal, porque con dicha descapitalización previene la ejecución de hechos que constituyen actos criminales.

La Extinción de Dominio puede tener un origen divino, en diversos libros del Antiguo Testamento se describe como el hombre ofrenda a Dios animales como redención de sus culpas, es más la tradición Cristiana describe como el mismo

³³ Idem. pág. 50.

³⁴ Idem. pág. 51.



Dios envía a su hijo para salvación de la humanidad, ofrendando o entregando el mismo hijo de Dios para exculpar los pecados del mundo.

De lo anterior cabe decir que esa posibilidad divina tiene relación con la Extinción de Dominio en la denominación que a ese instituto se le hace con el nombre de Decomiso sin Condena o Decomiso Civil, se remonta a tiempos bíblicos. “Hunde sus raíces en la doctrina de los deodands, cuyo origen se encuentra en un pasaje del Antiguo Testamento: “si un buey cornea a un hombre o a una mujer y le causa la muerte, el buey será apedreado, y no se comerá su carne, pero el dueño del buey será absuelto” (Éxodo 21:28). En la antigüedad era una práctica común ofrecer a Dios un objeto o un animal (deodand) que habían intervenido en la causación de un mal a un ser humano, normalmente la muerte, ya que se creía que el objeto o animal era culpable de su propio comportamiento. Más tarde los objetos y los animales fueron entregados al señor o rey en la creencia de que éste proporcionaría el dinero para las misas que ofrecer por el bienestar del alma del difunto causado por aquellos o para asegurar que el deodand fuera puesto al servicio de la caridad”³⁵

Si en lo divino el desprendimiento de objetos, animales e inclusive la vida se da para redimir culpas, también los Estados adoptan herramientas para que los delincuentes o presuntos delincuentes ofrenden a los mismos los bienes productos de sus actos contra derecho, por medio de una ley separada y al margen del ámbito penal; la misma da la pauta a la prevención y combate de los efectos del enriquecimiento ilícito de la criminalidad al permitir que pueda realizarse la extinción de dominio en los siguientes casos:

A. Por fallecimiento del delincuente.

³⁵ Caparrós, Eduardo A. Fabián, Ontiveros Alonso, Miguel, Rodríguez García, Nicolás. El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción. pág. 346 y 347.



Para el efecto el artículo 7 de la Ley de Extinción de Dominio regula que la acción de extinción de dominio es imprescriptible, distinta e independientemente de la persecución y responsabilidad penal. La muerte del titular del derecho o de la persona que se haya beneficiado o lucrado con bienes, frutos, ganancias o productos mencionados en la ley, no extinguirá el ejercicio de la acción, ni la hace cesar, suspender o interrumpir. Ello implica que la muerte del delincuente no es causa legítima para la transferencia de los bienes que pueden decomisarse, aunque inclusive hubiesen viabilizado la transmisión por sucesión hereditaria, pues al hacerlo básicamente realizarían también fraude de ley.

B. Cuando el presunto delincuente se encuentra fugado.

El artículo 4 literal f) de la Ley de Extinción de Dominio preceptúa que son causales de Extinción de Dominio cuando el sindicado, condenado o procesado, en caso de fuga, se haya sustraído a la persecución penal o a la pena. El único inconveniente que se da en algunas legislaciones es que el fugado puede comparecer al proceso a defenderse a través de apoderado, sin embargo, en el caso de Guatemala, la comparecencia al proceso de Extinción de Dominio es en forma personal tal como lo reza el artículo 11 de la ley citada, la excepción únicamente opera para los menores de edad o incapacitados legalmente declarados, pues en el caso de ellos quienes se apersonaran al proceso serán sus representantes legales.

C. Cuando se desconoce al responsable del delito.

Siempre el artículo 4 literal f) f.2) de la Ley de Extinción de Dominio, viabiliza la Extinción de Dominio aun cuando el sindicado no haya sido identificado. Viable resulta esa opción que da la ley, pues para el caso del proceso penal, éste se quedaría estancado y dependería con exclusividad de la individualización del delincuente para poder continuar con la persecución penal y consecuentemente con el comiso.



D. Cuando el bien ilícito pertenece a un tercero no responsable del delito.

Es una posibilidad muy común, muchos delincuentes para esquivar su responsabilidad registran los bienes producto del hecho delictivo a nombre de terceros. Si la Extinción de Dominio dependiera del proceso penal, la misma fuera imposible para el caso que se plantea, ya que la responsabilidad penal es individual, solo la responsabilidad civil se hereda, pero para proceder al decomiso se necesita se declare con lugar la responsabilidad penal. La única excepción para que no prospere la extinción de dominio en este caso sería que este tercero haya adquirido los bienes de buena fe y sin culpa ni simulación de negocio.

E. Absolución en el proceso penal y la Extinción de Dominio.

La absolución en el proceso penal es una de las posibilidades que existe, si la prueba no genera participación del delincuente en el hecho de la acusación, lo que se visualiza para el mismo es un fallo absolutorio. Sin embargo la Extinción de Dominio subsiste independientemente la naturaleza del fallo en el proceso penal, el artículo 4 literal f) f.1) de la referida ley regula que procede la Extinción de Dominio aunque se haya declarado judicialmente el archivo o la desestimación de la causa cuando no se pueda proceder, la rebeldía, la extinción de la persecución penal o de responsabilidad penal, el sobreseimiento, la clausura provisional o el criterio de oportunidad, las causas que motivan todos esos institutos procesales de naturaleza penal, no impiden que la Extinción de Dominio subsista, la misma es una acción real y no personal.

F. Cuando el presunto delincuente goza de inmunidad.

La inmunidad es una protección que el Estado y la normativa jurídica otorgan a determinados funcionarios públicos, en algunas ocasiones esa inmunidad ha hecho que queden en la impunidad crímenes que la criminología denomina como

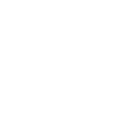


de cuello blanco, imperando a través de la inmunidad supuestos de corrupción donde “dirigentes políticos expolían sus propios países, aquellos que suelen protegerse frente a posibles persecuciones penales mediante mecanismos que impiden su procesamiento, entre ellos la inmunidad.”³⁶ Sin embargo, la acción de extinción de dominio como herramienta en la lucha contra la corrupción subsiste, pues al igual que la responsabilidad penal, la inmunidad tiene carácter personal, en tanto que la Extinción de Dominio es una acción real.

G. Cuando el propietario haga abandono de sus bienes.

El artículo 4 literal h) de la Ley de Extinción de Dominio contempla que cuando se hayan abandonado los bienes, recursos, elementos y medios de transporte utilizados para la comisión de un hecho delictivo o actividad ilícita, siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe y sin culpa ni simulación de negocio, procederá la extinción de dominio. La condición de bienes abandonados no impide la acción, pues dicho abandono puede entender como la renuncia que el delincuente hace de la titularidad del supuesto derecho que le asiste, y ello hace efectiva la lucha contra el enriquecimiento ilícito.

³⁶ Idem. pág. 355.





CAPITULO III

3. Corrupción

3.1 Definición.

Partiendo que la corrupción constituye “Soborno, cohecho. Destrucción de los sentimientos morales superiores”³⁷ por su parte Transparencia Internacional define que “la corrupción es el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados.”³⁸ Esta definición describe tres elementos esenciales: 1. El mal uso del poder. Que refiere al hecho mismo cuando la autoridad actúa arbitrariamente para emplear equivocadamente el poder que le ha sido encomendado, pero su mal empleo no es una simple casualidad, sino que conlleva una intencionalidad, vinculada a beneficios patrimoniales para un enriquecimiento contra derecho; 2. Un poder encomendado. Esto quiere decir que el poder puede pertenecer al sector público como al sector privado; y, 3. Un beneficio privado. El cual refiere que no necesariamente se limita a beneficios personales para quien hace mal uso de poder, sino que puede incluir a miembros de su misma familia, el núcleo de amigos y todas aquellas personas que generan con él una actividad laboral o de ejercicio de dicho poder que básicamente se convierten en sus aliados para la ejecución de los actos de corrupción.

³⁷ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, página 388.

³⁸ <http://www.transparency.org/>



“Una clara definición es difícil de obtener. Sin embargo, podemos decir que actos corruptos aquellos que reúnen algunas características:

- Implican un deber posicional, es decir, evidencian una deslealtad hacia disposiciones que violan y un desprecio a la función que se cumple.
- Para que exista un acto de corrupción debe haber un sistema normativo que sirva de referencia.
- Un acto de corrupción no siempre es una acción penalmente antijurídica. Que sea un acto legal o ilegal dependerá de lo que el sistema represivo incorpore como tipos penales punibles.
- Un acto de corrupción no siempre se vincula con un beneficio económico, puede ser político, profesional, sexual, etc.
- Los actos de corrupción tienen una característica común: se realizan en secreto o al menos con discreción. Al ser la corrupción una actitud de deslealtad, tiene una carga negativa, y por ello se sustrae del conocimiento público.”³⁹

Entonces se entiende que la corrupción estrictamente tiene un origen de carácter moral, en donde la sociedad misma en función de su forma de ser ha estructurado la idea básica para convivir dentro de un margen que permita la pureza de los actos del hombre en sociedad, constituyendo una autoridad dentro del poder político y/o administrativo, tanto en el ámbito público como el privado, que eviten que determinadas personas o grupos hagan en provecho propio actos que constituyan un flagelo social y que en función de su acción generen un detrimento en la convivencia pacífica que las reglas de conducta exigen dentro del marco social. Se ha dicho que este aprovechamiento puede ser con fines políticos o pecuniarios y también puede serlo en detrimento de los derechos o intereses de la

³⁹ Salazar, Roxana. Editora. Corrupción Una Visión desde la Sociedad Civil. Pág. 8 y 9.



organización, comunidad o de la nación, incumpliendo o infringiendo para el efecto las normas social o jurídicamente establecidas que rigen sus actividades.

La corrupción tiene relación con la concepción de la codicia, existe en ella la manifestación de una ambición desmedida, hay un afán de lucro que no conoce límites, la búsqueda de dinero fácil y poder económico conlleva a olvidarse del reparo en todo el engranaje moral que implica la realización de actos del hombre en búsqueda de la práctica y la ética social, no existe probidad e imparcialidad de las personas que administran el Estado, la justicia y la emisión de las leyes. Es la debilidad en el ejercicio de la gobernabilidad, constituye una llaga putrefacta de la sociedad como lo indico en su momento Monseñor Julio Vian Morales, así mismo el Papa Francisco, en el discurso que dirigió a la Asociación Internacional de Derecho Penal el 23 de octubre de 2014, indicó "la escandalosa concentración de la riqueza global es posible a causa de la complicidad de los responsables de la cosa pública con los poderes fuertes. La corrupción es en sí misma un proceso de muerte: cuando la vida muere, hay corrupción".

Ya el fenómeno de la corrupción se ha incrementado significativamente no solo en el desarrollo interno del país, que ha evadido los controles formales e informales de la sociedad y del Estado mismo, ya no solo es un problema nacional, ahora también se trata de un problema transnacional e inclusive transcontinental, que afecta a la comunidad internacional, pues con ella se han perdido los valores democráticos, éticos y de justicia, lo cual ha impedido el desarrollo integral del hombre en sociedad y como consecuencia el desarrollo mismo del propio Estado.

Ahora bien, también hay que tomar en cuenta que la definición de corrupción puede ser vista desde una categoría criminológica, útil para el desarrollo del análisis en ese campo multidisciplinario y en el campo mismo de la Política Criminal, que sin lugar a dudas también la concepción misma es abordada por el Derecho Penal. Por ello la corrupción en principio es considerada como un peculiar negocio jurídico de carácter marcadamente patrimonial, ya Francesco



Carrara, a finales del siglo XIX, observa que “*corruzione, corrupcao, corruptio, cohecho* son expresiones que designan un particular tipo de compraventa cuyas características esenciales, que diferencian la compraventa corrupta de la compra venta lícita, serían esencialmente dos: por un lado, que el sujeto que vende mantenga una relación con la administración pública; por otro, que el objeto del contrato sea un acto propio de la función de este sujeto. Cumplidas estas dos condiciones en el sujeto y en el objeto, el negocio jurídico deviene ilícito y, como observaba el autor, debe ser duramente reprimido por el legislador penal.”⁴⁰

Sin embargo, la compra venta aludida, conlleva la presencia indispensable de un particular que vincula la existencia de la definición de la corrupción privada, ya que si bien es cierto, el engranaje jurídico, criminológico, político criminal, legal, antijurídico, busca la represión y el combate del acto corrupto de aquel que por la función pública que desempeña está llamado a ejecutar la misma en consonancia con la transparencia que viabiliza su actuar, también hay que tomar en consideración que la corrupción no subsiste en la negociación en mención solo con un sujeto en la manifestación del negocio, pues para ello se necesita la existencia de un particular que se beneficie del acto del administrador público, no existen corruptos sin corruptores, lo que significa que la tranquilidad social será más efectiva cuando se responda a la misma combatiendo el problema de raíz, no se trata solo de perseguir y erradicar el flagelo de la corrupción en un solo lado, sino que también se trata de erradicar y perseguir el mismo desde la percepción del particular, que implica políticas públicas encaminadas a la formación ciudadana desde temprana edad.

Dónde comienza la corrupción? Ella comienza cuando los intereses del sector público y privado se unen en acciones que benefician intereses particulares en perjuicio del bien común, esto sucede cuando los servidores públicos actúan contra las normas del sistema o de su trabajo, dándole un destino distinto a los

⁴⁰ Caparrós, Eduardo A. Fabián, Ontiveros Alonso, Miguel, Rodríguez García, Nicolás. El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción. pág. 20 y 21.



valores públicos que les han encomendado para el funcionamiento y bienestar de una comunidad, pueblo o Estado. Para que haya corrupción deben concurrir por lo menos dos tipos de actores y dos elementos adicionales: un individuo que representa intereses privados (corruptor); un funcionario o empleado público con poder discrecional (corrupto); un abuso de ese poder público discrecional por parte del funcionario; y lo más importante, un beneficio en dinero o en bienes para el funcionario, empleado público y/o corruptor.

Ocurre por ejemplo, que algunos empleados públicos aún actuando de acuerdo con las normas, proporcionan un servicio que es obligación de su trabajo pero reciben ilegalmente un beneficio personal; actúan de esa manera para expeditar o agilizar una actividad o decisión que de cualquier forma tendrían que hacer, sucede también que el servidor público actuando contra las normas de su trabajo, recibe un pago por servicios que tiene prohibido desempeñar, como podría ser conceder contratos que no llenan los requisitos, y por lo tanto serían negados si no hubiera soborno de por medio.

Si esto sucede en pequeña escala, donde el origen cuestionado refiere a dos sujetos individuales, imaginemos como opera a gran escala, cuando los actos criminales son transnacionales, con un soporte económico que es capaz de superar cualquier capacidad económica inclusive en algunos casos la propia capacidad económica del Estado, cuando no solamente están de por medio intereses personales respecto del enriquecimiento ilícito sino también respecto de la administración del poder. Eso es verdaderamente preocupante el tema corrupción, que conlleva en todo caso a la búsqueda de una solución eficiente, que con matices de control formal llegue a combatir aquellas esferas criminales que son intocables para el Estado.



3.2 Clasificación.

3.2.1 Marginal.

Se refiere a casos aislados en un contexto de respeto por reglas formales. Hay una cultura general de respeto a las normas, los organismos de control actúan con eficacia, detectan y castigan actos de corrupción, aun cuando se involucre a personajes importantes, el sistema exhibe capacidad de aislar los casos y sancionarlos.

3.2.2 Hiper-corrupción:

Cuando hay una cultura general que es permisiva ante violaciones de las reglas, los organismos de control no cumplen con su función, ante las violaciones de las reglas. Los sobornos son una forma generalizada de resolver conflictos y no existen esfuerzos serios para controlar el problema.

3.3 Causas y Efectos.

Las causas que originan la corrupción tienen enfoques muy variados, los principales se basan en aspectos culturales, políticos, sociológicos, administrativos, económicos y legales. Hay quienes sostienen que el problema es fundamentalmente moral, que refleja la degradación de los valores tradicionales y la ausencia de ética en la política, algunas connotaciones éticas y morales de este problema surgen cuando una sociedad va perdiendo sus valores, como: responsabilidad, honestidad y honradez, espíritu de servicio, tolerancia y otros universalmente compartidos como normas de comportamientos individuales.

Pero también, el fenómeno se desarrolla cuando se abusa del poder y de la capacidad de decisión, mientras la falta de controles institucionales y sociales lo permiten, y la organización y participación ciudadana es poca o nula.

La corrupción fue consolidándose en la misma medida en que la doctrina militar contrainsurgente impuso al Estado características autoritarias; altísima



centralización política y administrativa, amplia discrecionalidad de los funcionarios y debilitamiento del aparato y la función de la administración pública, especialmente en campos como el policial y el de la administración de la justicia. La agudización del conflicto político-militar tuvo como efecto la persecución, debilitamiento y en muchos casos hasta la destrucción de las organizaciones sociales de todo tipo, cuando no, su corrupción y desgaste, con lo que se debilitó la posibilidad de la sociedad civil de ejercer un papel controlador legítimo de la acción gubernamental.

Para el Banco Mundial la corrupción depende de tres factores:

- El nivel general de los servicios de beneficio público disponibles;
- El riesgo que existe en las transacciones corruptas; y
- El relativo poder de negociación del sobornante hacía el sobornado.

Según un estudio realizado a personas adultas de áreas urbanas por Acción Ciudadana en Guatemala, en mil novecientos noventa y nueve se detectó como causas de este fenómeno las siguientes:

- Bajos salarios/falta de empleos/empleados pobres.
- Ambición de dinero y de poder.
- Falta de principios morales/cristianos y cívicos, y
- Falta de formación de valores en familia/escuela.

Según el mismo estudio, los daños se sienten principalmente en tres ámbitos que son:

- En lo económico, aumenta los costos de los bienes y servicios.
- En lo político, reproduce y consolida la exclusión política y la desigualdad social, preservando las redes de complicidad entre las elites políticas, militares y económicas y fortaleciendo la vigencia de la impunidad. Adicionalmente, deslegitima el sistema político en su conjunto; y



- En lo social, acentúa las diferencias sociales al limitar el papel del Estado como mediador de las demandas de los distintos grupos sociales, a aquellos que concentran el poder político, el militar y especialmente el económico.

Los efectos de la corrupción son grandes, pero como la misma tiende a ser encubierta resulta muy complejo determinar su magnitud y sus manifestaciones.

Los casos casi no se denuncian por lo que no es fácil contar con información estadística al respecto; sin embargo, los pocos casos conocidos y la información recogida mediante encuestas, permiten evaluar la gravedad del problema.

Sin embargo el efecto más perverso de la corrupción es probablemente el falseamiento del mismo sistema democrático y la consolidación de una forma de vida más bien alejada de los hábitos y virtudes propias de una democracia. Pues si se trata de corrupción institucionalizada puede decirse que existe doble moral que se instala en la sociedad a través del poder público y económico, enumerándose para el efecto en función de lo descrito los siguientes efectos:

1°.- Se produce una quiebra muy grave en la función pública, que ya no se orienta a promover un clima de desarrollo de la persona y de sus derechos fundamentales.

2.- Se produce una evidente pérdida de categoría y calidad humana en quienes ocupan o desempeñan cargos públicos con la consiguiente y progresiva separación de ciudadanos y gobernantes.

3°.- Se pierde profesionalidad en la tarea pública y se contagia una determinada forma de hacer o de "trabajar" opuesta a los valores propios del trabajo honesto.

4°.- Se produce, igualmente, un falseamiento del sistema de mercado, se socavan los principios de publicidad y de concurrencia y, también, del de acceso a la función pública de acuerdo con el mérito y la capacidad.



5°.- Desde el punto de vista económico, se incrementan los costes de las empresas que acuden a las prácticas corruptas, lo que lleva a elevar el precio de los bienes y servicios que producen. Y, cuando el demandante de esos bienes es la propia Administración pública, lógicamente, aumenta el gasto público.

6°.- Como es lógico, la corrupción produce una falta de racionalización en el gasto público, tanto en su eficiencia como en su eficacia.

7°.- También, desde el punto de vista de los fondos públicos, se produce una clara relajación de los sistemas de control del gasto a través de fiscalizaciones "a posteriori", que ya nada pueden hacer más que constatar los desaguisados o escándalos.

8°.- Otro efecto, no menos grave, es que la corrupción, desgraciadamente, aleja de las tareas públicas a aquellas personas que podrían prestar un servicio al bien común con su participación en la dirección de la cosa pública.”⁴¹

9. Retrasa el desarrollo social, que básicamente es la principal causa del subdesarrollo.

10. Erosiona la base moral de la sociedad.

11. Niega de toda forma a la sociedad el beneficio de libre competencia, pues desproporciona el acceso al desarrollo integral de la personal.

3.4 Marco Legal en la Lucha contra la Corrupción en Guatemala.

3.4.1 Marco Legal Internacional.

3.4.1.1 Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Guatemala es ratificante de la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en la Ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, la cual

⁴¹ Rodríguez Arana, Jaime. Sobre la Corrupción un Análisis Multidisciplinar. REVISTA DO DIREITO UNISC, SANTA CRUZ DO SUL Nº 41 | p. 110 - 168 | NOV – DEZ 2013 | pág. 167 y 168



mediante el decreto número 15-2001 del Congreso de la República dio aprobación para ratificar el instrumento internacional en referencia, en ella se manifiesta que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, que atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, se reconoce que a menudo la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos, y expresa el convencimiento y reconocimiento de la importancia de generar conciencia entre la población y de los países de la región sobre la existencia y gravedad del problema, y al mismo tiempo manifiestan los Estados ratificantes que están decididos a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

En ella se establecen propósitos que tienen como finalidad promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Ya se contemplan aspectos relacionados con el enriquecimiento ilícito, estableciendo que la sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico de los Estados Partes, viabilizaran las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Define que el enriquecimiento ilícito es considerado como un acto de corrupción.



3.4.1.2 Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Cuando se desarrolló lo relativo a la Extinción de Dominio, se hizo mención de la Convención, sin embargo he de agregar que al caso concreto, la misma viabiliza la lucha contra la corrupción, ya que adopta medidas para combatir el blanqueo de capitales a través de la supervisión que cada Estado Parte adopte en relación al régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción.

Describe que como medidas de corrupción debe entenderse que además de las medidas que conlleva la penalización de los actos de corrupción, cada Estado Parte en la medida que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará acciones eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos; así como la adopción de medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.

3.4.1.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Mediante el decreto 91-2005 el Congreso de la República de Guatemala aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita por Guatemala el 9 de diciembre del año 2003 en la Ciudad de Mérida de los Estados Unidos Mexicanos, reconociendo que el fenómeno de la corrupción se ha incrementado sustancialmente, afectando significativamente el desarrollo del país y evadiendo los controles que podrán dar lugar a sanciones legales poniendo peligro en el sistema democrático y el Estado de Derecho al socavar las instituciones, los valores democráticos, la ética y la justicia, comprometiendo el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.



En la aprobación se reconoce que el problema de la corrupción ha dejado de ser un problema nacional para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todos los Estados, lo que hace necesaria la cooperación internacional para prevenirla y combatirla, lo más importante es que también se reconoce que Guatemala tiene deficiencias e insuficiencias institucionales que demandan la más amplia cooperación internacional y asistencia técnica en la lucha contra la corrupción, y que solo la convención ofrece oportunidad para obtener y aprovechar la cooperación y asistencia técnica.

En ella se pone de manifiesto que los casos de corrupción pueden constituir una proporción importante de los recursos del Estado, que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de ellos, por eso se manifiesta la decisión de prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y fortalecer la cooperación internacional en la lucha para la recuperación de activos, teniendo presente que la prevención y erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos sean eficaces, para fomentar una cultura de rechazo a la corrupción.

Lo interesante de esta convención que tiene relación con la Corrupción y la Extinción de Dominio como tema central desarrollado, es que la misma considera la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de bienes procedente de delito, sin que exista fallo de condena, sin que se pueda enjuiciar al delincuente por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia o en otros casos apropiados, he aquí donde la lucha contra la corrupción encuentra eco en un pensamiento distinto de aquel que se fundamenta en el poder punitivo del Estado.



3.4.2 Marco Legal Nacional.

3.4.2.1 Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas Decreto número 57-92 (Decretos 20-97, 34-2001, 73-2001, 27-2009, 45-2010 y 6-2011).

Las contrataciones administrativas son parte del que hacer del Estado que permiten el desarrollo eficiente de la administración pública, en la referida ley se establece que es deber del Estado promover el desarrollo económico de la Nación, en beneficio de sus habitantes y para la realización del bien común. Al respecto ese cuerpo normativo regula la forma en que la administración pública debe realizar las negociaciones entre el sector público, la cual debe efectuarse de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria que permitan cubrir los pagos respecto de las obligaciones contraídas.

El fin de la misma es transparentar la forma en que la administración pública contrata servicio de particulares para el desarrollo del bien común como fin del Estado, y en el contexto de ese actuar la ley establece mecanismos que permitan la ejecución del gasto público de forma correcta, al respecto regula aspectos como el régimen de licitación y cotización pública así como las excepciones a la misma que constituye la compra directa, sin embargo en función de ello la misma ley regula el mecanismo para transparentar esa excepción.

Así también regula lo relativo a la forma de contratación y los mecanismos de liquidación y pago de las obligaciones adquiridas por parte del Estado relativo al gasto público, contemplando sanciones de carácter administrativo que conllevan a la deducción de responsabilidad en contra de funcionarios públicos que se aparten de la transparencia en la ejecución del gasto que inclusive los podrían llevar al posible encausamiento penal respecto de sus conductas.

Las reformas a la ley han respondido entre otras a modificar el régimen de contrataciones y de contratos sobre servicios públicos, de manera que pueda garantizarse los objetivos de los servicios sobre la base de un marco normativo que permita manejar adecuadamente la variedad y circunstancias particulares de



cada caso. Así también han sido motivadas reformas debido a que en varias comunidades de diferentes municipios del país, por diversas causas o motivos no ha sido posible ejecutar la obra establecida en el Programa de Inversión Física, Transparencia de Capital e Inversión Financiera, lo cual también se ha encaminado a fortalecer el procedimiento de contratación de bienes y suministros para garantizar la seguridad, eficacia, calidad y mejores precios sobre los productos que el Estado adquiere.

La innovación respecto de la contratación permitió reformar la ley a efecto de regular el contrato abierto como sistema de compra y contratación coordinado por el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, por lo que se garantizó con las reformas los procesos de adjudicación para cumplir estrictamente con los intereses del Estado, y para el efecto describen las mismas que debe contarse con los precios de referencia del mercado privado nacional.

3.4.2.2 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas. Acuerdo Gubernativo 1056-92 (Acuerdos Gubernativos 487-94, 472-96, 232-2000, 80-2004, 1895-2005, 368-2006, 401-2006, 512-2006 y 151-2007).

Por su lado el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas, viabiliza el desarrollo de la Ley de Contrataciones del Estado para el ejercicio de su ejecución, en él se desarrollan los mecanismos de contratación y ejecución del gasto público que debe estar encaminado a prácticas que hagan más efectivo el proceso de ejecución y contratación, como medios de viabilizar las adquisiciones con precio y calidades favorables para el sector público, teniendo como fin impulsar la productividad nacional y la libre competencia.

Busca la ejecución del gasto público encaminada a la transparencia, y crea el Sistema de Información sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado denominado GUATECOMPRAS, sistema que a través de los mecanismos electrónicos de internet pone a disposición de la ciudadanía toda la información



relacionada con los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado, para lograr que el sistema cumpla con los postulados éticos, económicos, financieros y de eficiencia que dieron origen a su implementación.

3.4.2.3 Normas Éticas del Organismo Ejecutivo Acuerdo Gubernativo 197-2004.

Surgen inspiradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción a la que ya se ha hecho referencia en el marco internacional, la cual fue aprobada ratificada por el Estado de Guatemala, las mismas hacen referencia a que resulta importante crear mecanismos para fortalecer la lucha contra la corrupción, a través de sistemas institucionales que permitan crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, las que deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

En ellas se determina que los funcionarios y empleados del Organismo Ejecutivo son el eje de la administración pública y que su función debe atender a principios de probidad, responsabilidad, honestidad, lealtad, solidaridad, transparencia, integridad, discreción, rectitud, imparcialidad, veracidad, austeridad, accesibilidad, disponibilidad, descentralización, celeridad, diligencia, disciplina, eficiencia, eficacia, calidad, respeto, prudencia, decoro y honradez, valores que están inmersos en el ejercicio de sus funciones con el fin de honrar el cargo que ocupan y fortalecer el respeto y la credibilidad en el Organismo Ejecutivo.

3.4.2.4 Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos Decreto número 67-2001.

De la misma forma en que fue abordado dicho instrumento legal cuando se desarrolló lo relativo a la Extinción de Dominio, la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, permite al Estado fortalecer esfuerzos en la lucha de corrupción, cuando gestiona la intervención del poder punitivo del Estado, que inspirado en el



ejercicio de la persecución penal, crea tipos penales que viabilizan la lucha contra la corrupción y como consecuencia la creación de mecanismos efectivos para perseguir crímenes de cuello blanco en donde la capacidad económica del criminal hace más difícil la persecución, pues la gota de poder que otorga la disponibilidad efectiva, dificulta su persecución.

Sin embargo, dicha ley permite combatir el enriquecimiento ilícito, pues la prueba del conocimiento de la procedencia u origen ilícito de bienes, dinero u otros activos, son la razón de ser de esta normativa legal en la búsqueda del rompimiento de estructuras criminales que no sólo en el ámbito privado sino que también en el ámbito público han generado fortuna sin transparentar sus actos de los cuales proviene su enriquecimiento.

3.4.2.5 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Decreto número 31-2002.

La Contraloría General de Cuentas es una institución que tiene rango constitucional, encaminada a transparentar el uso del gasto público, su ley orgánica regula la forma en que esa institución debe cumplir con su función como órgano superior de control, que permita poner en práctica un sistema dinámico de fiscalización mediante la aplicación de procedimientos modernos de auditoría gubernamental para determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía en la ejecución de programas que desarrolle la administración pública, no solamente a través de la verificación de los registros contables, sino además de la evaluación de los resultados obtenidos frente a los objetivos nacionales, institucionales y sectoriales, en sus propios ambientes tecnológicos.

Describe que el proceso de modernización del Estado que ha iniciado a finales de la década de 1990, ha adoptado nuevos criterios técnicos y tecnológicos con el fin de garantizar la transparencia y probidad en la utilización del erario público, situación que refleja entre otros con el Sistema Integrado de Administración Financiera SIAF, el cual es complementario con el Sistema de Auditoría Gubernamental, la transparencia y funcionamiento del aparato estatal no es



exclusivamente del manejo de la disposición del gasto público, sino también la ejecución del mismo, la lucha contra la corrupción no es exclusiva de la disposición de capitales que permitan enriquecer ilícitamente a funcionarios y empleados de gobierno, sino también conlleva al control de la actuación de los mismos, el no hacer, o descuidar el ejercicio de las funciones también implica actos de corrupción, quien estando obligado a realizar algo por disposición del cargo o de la ley no lo hace, también realiza actos de corrupción, generando flagelo reflejado en la ejecución de actos en la administración pública.

3.4.2.6 Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas Acuerdo Gubernativo número 192-2014.

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, tiene por objeto desarrollar las disposiciones establecidas en la ley referida, con el fin de velar por la transparencia de la gestión pública y la promoción de la responsabilidad de quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos, no sólo por la asignación y forma del uso de los recursos que les fueron confiados, sino también por los resultados obtenidos.

3.4.2.7 Ley en Materia de Antejucio Decreto número 85-2002.

La ley en Materia de Antejucio es de orden público, describe que el antejucio es una garantía que la Constitución Política de la República otorgan a los dignatarios y funcionarios público de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa, es un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable.

La ley trata de proteger a los dignatarios y funcionarios públicos que han adquirido este derecho en función del cargo que desempeñan, y esa protección va encaminada a descongestionar el sistema de justicia y resguardar la integridad del funcionario respecto de la imagen que representa públicamente. Sin embargo, no obstante la ley tiene una razón de ser de rango constitucional, actualmente ya no



responde a las expectativas de demanda que existe para perseguir a dignatarios y funcionarios públicos que en ejercicio de dicha garantía constitucional, han abusado del cargo que ostentan y han generado zozobra en la sociedad, se han valido de la protección que otorga la garantía para inmunizarse de la persecución penal. Al parecer la ley tiene un fin definido en su razón de ser, pero no obstante ese fin, la misma no significa impunidad, sino por el contrario implica responsabilidad, la transparencia de los actos del funcionario gozante del derecho, conlleva que la manifestación de la institución jurídica que regula la ley, permite una exigencia más efectiva respecto de los actos que los funcionarios públicos para viabilizar la posible de persecución penal.

3.4.2.8 Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos Decreto número 89-2002.

Por su lado la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos tiene como objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, con el fin de evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado, estableciendo mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.

Describe que su naturaleza es de orden público y de observancia general, advierte la existencia de acciones tomadas por el Estado para prevenir, sancionar y erradicar la corrupción como flagelo social para garantizar la efectividad del ejercicio de la función pública, con el objeto que el Estado proporcione el bien común a todos los habitantes de la república.



Enuncia que la probidad es principio fundamental en el actuar del empleado funcionario público y todo particular vinculado al servicio del Estado, que el ejercicio de la función administrativa debe realizarse con transparencia, y que es preeminente el interés público sobre el interés privado.

3.4.2.9 Código Penal Decreto número 17-73.

Por su lado, tradicionalmente la corrupción ha sido tratada en el marco del ejercicio de la función punitiva del Estado, el Código Penal, convencionalmente ha dado tratamiento a tipos penales como el caso del Cohecho en sus diversas manifestaciones para encaminar la lucha contra la corrupción.

Pero ante la existencia de conductas que han sobrepasado los supuestos de hecho que regula ese cuerpo normativo, ha exigido al Estado generar en la normativa penal vigente un tratamiento diferenciado al tradicional en relación a los tipos penales existentes que tienen como fin sancionar la corrupción, con ello han surgido paralelos a la existencia misma del Código, leyes penales especiales que han permitido mecanizar de una forma más efectiva la lucha contra ese flagelo social, para la posible deducción de responsabilidad penal, que dé como resultado la lucha contra la impunidad en esta clase de delitos, pues por la relevancia que reviste la figura del agente, ha tendido a que existan mecanismos que dificulten su persecución, sin embargo, la modernización de los supuestos de hecho, y la drasticidad con que se ha tratado actualmente la consecuencia jurídica en esas acciones, viabiliza una mejor lucha contra la corrupción, lo que implica un mejor tratamiento a la persecución penal de ese fenómeno y como consecuencia la consolidación del poder punitivo del Estado.

3.4.2.10 Ley contra la Corrupción Decreto número 31-2012.

Por último se hace notar el compromiso adoptado por el Estado, cuando éste organizado para proteger a la persona, y determinando que su fin supremo es la



realización del bien común, se concientiza para establecer que la razón de la constitución es garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, y consiente que la corrupción en sus diversas manifestaciones se ha apoderado en el accionar de funcionarios y empleados públicos y que ello ha impedido la materialización de los principios constitucionales enunciados, por esa razón se adoptan mecanismos que permitan el correcto funcionamiento de la función pública para contribuir al desarrollo económico, social y cultura para lograr la credibilidad y legitimidad del Estado.

Con la fundamentación enunciada, Guatemala ha creado la Ley contra la Corrupción, que ha permitido crear un ordenamiento jurídico sólido en la lucha contra la corrupción, la ley fortalece tipos penales ya existentes, en los que crea, adiciona y moderniza en atención a las nuevas formas de criminalidad, acciones que constituyen los supuestos de hecho que constituyen las conductas prohibidas y sancionadas por el Estado en la lucha contra la corrupción, busca sancionar y erradicar ese flagelo, actualiza su imperio punitivo para lograr la efectividad de ese fin, ya que en su contenido entre otros casos reforma delitos contra la administración pública, y todas aquellas figuras penales que sancionan acciones y omisiones que dan como resultado actos de corrupción en el ejercicio del cargo, el enriquecimiento ilícito, y lo trascendente de la existencia de dicha ley también radica a que el tema ya no es tratado solo a lo interno, sino también moderniza el tratamiento del tema a lo externo, regula conductas delictivas que inclusive describe actos transnacionales, cumpliendo con ello los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala en la lucha contra la corrupción, como consecuencia contra el enriquecimiento ilícito, y fortalecer los mecanismos efectos en la lucha contra la criminalidad a través de la recuperación de activos procedentes de hechos delictivos.

3.5 Política Criminal y Transparencia Institucional

La confianza en la institucionalidad del Estado prácticamente se ha perdido, por ende la administración de justicia también ha perdido credibilidad en la población,



ello ha conllevado a que la vida democrática del Estado sufra un cáncer que corre día con día, en esa corrosión se ven involucradas cada una de las instituciones estatales que no responden ante el fenómeno de la corrupción, que han adoptado una actitud pasiva y omisa para enfrentarlo, pues aunque la legislación trata de dar las herramientas necesarias para la lucha contra la corrupción, notorio resulta ser que en sí el proceso de selección de aquellos que están llamados por disposición de la ley dirigir las instituciones del Estado, también se encuentra viciado no solo en la o las personas de quien depende ese nombramiento, sino también en el ordenamiento jurídico que fue creado precisamente en alguno de los casos para responder al mismo fenómeno de la corrupción.

La falta de credibilidad en las instituciones del Estado ha producido inclusive en la actualidad que la población se ponga de manifiesto para ejercer su derecho de petición, quienes en luchas y manifestaciones constantes han expresado su inconformidad con el enraizamiento del flagelo en el seno del Estado, y han exigido una respuesta pronta del aparato estatal para combatir el fenómeno.

El Estado ante tanta presión trata de responder con hacer notar que efectivamente trabaja en la lucha contra la corrupción, la misma ley creada por éste trata de dar las herramientas que sean efectivas al aparato estatal en dicha lucha, sin embargo, la sola existencia de la ley que contenga los mecanismos para en su caso evitar la corrupción, el enriquecimiento ilícito, promover la transparencia institucional, no son suficientes cuando se pone de manifiesto intereses de aquellos que buscan enriquecerse por medio de la administración del erario público o por medio del ejercicio del poder que sustentan en el momento de atender el llamado a ser corrompidos por el beneficiado de sus actos.

La confianza ciudadana es trascendental para que el sistema judicial e institucional cumpla su función en la lucha contra la corrupción, pero no obstante lo anterior, no basta con la exigibilidad de la misma, sino que ella debe ser ganada a través de la manifestación de acciones que pongan de manifiesto que el Estado



está realizando acciones para combatir ese flagelo, y se dice que la confianza ciudadana es trascendental para que el sistema judicial e institucional cumplan su función, ya que la misma afianza la subsistencia de la democracia en el sistema de gobierno, sistema que no puede cumplir su objetivo, si hacia quien va dirigido el mismo, no está conforme con los mecanismos para lograrlo.

Se exige del actuar institucional el modelo de transparencia para lograr establecer entre los ciudadanos la credibilidad que el Estado necesita de su sistema de justicia y del actuar de sus instituciones.

A nivel latinoamericano en el año 2010 Guatemala forma parte de la estadística de países que se vinculan poderosamente en el pago de sobornos, con percepción de la corrupción y con falta de confianza en las medidas gubernamentales de prevención de la corrupción, en ese sentido los porcentajes son los siguientes: por pago de sobornos el 21.2%, teniendo un índice de percepción de la corrupción del 75.5%, y confianza en las medidas para combatir y prevenir ese flagelo en un 61.6% ⁴² superado por Argentina, México, Perú, Paraguay, Costa Rica entre otros. Las cifras son alarmantes, la perspectiva de corrupción que a nivel latinoamericano ofrece Guatemala la coloca en un estado de vulnerabilidad, en donde grandes transnacionales buscarían la inversión, pero dicha inversión estaría de entrada ya condicionada a responder las expectativas de la corrupción, y ello resulta ser lesivo para el país, pues el desarrollo integral se vería truncado respecto de los intereses que perseguiría dicha inversión.

3.5.1 Actitud activa para la investigación y persecución de los delitos de cuello blanco.

Partir de la idea que el sistema acusatorio adoptado por el Estado de Guatemala a través de su legislación procesalista penal, implica haber encomendado al Ministerio Público la investigación criminal, que tiene como objetivo la búsqueda

⁴² Caparrós, Eduardo A. Fabián, Ontiveros Alonso, Miguel, Rodríguez García, Nicolás. El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción. pág. 111.



de la averiguación histórica del hecho acontecido que tenga el carácter de delito bajo ese concepto, la investigación y por ende la persecución penal debe ir encaminada a todas aquellas acciones que en concreto se ejecuten y como consecuencia constituyan delito de conformidad con la ley penal. Pero, para tratar una igualdad en la persecución penal el sistema debe ser eficaz no solo en los delitos comunes, sino en todos los delitos y como consecuencia para el caso que nos ocupa los delitos que podríamos denominar de poder, que de una u otra forma lleva implícita una vinculación proteccionista no solo en la propia estructura del gobierno que responde a los intereses de la clase dominantes, sino que también abarca una protección de la misma ley que en la mayoría de los casos ha sido creada para responder a los intereses de la clase dominante.

Qué significa esto: Que el ejercicio de la persecución penal y como consecuente investigación criminal de los delitos de poder o ya técnicamente los denominaremos de cuello blanco, deben estar incorporados en la gama de acciones que positivamente realice el Estado por parte del Ministerio Público para su persecución, pues si bien es cierto, la actividad ministerial es ejecutada hasta después de tenerse conocimiento de la noticia criminal, también lo es que las acciones de persecución penal a los posibles autores o partícipes de estos hechos transmiten un mensaje no solo de prevención respecto del fenómeno criminal, sino que también van dando esperanza a la población de la efectividad del Estado, y con ello empezar a recuperar la confianza de la misma para el fortalecimiento de la institucionalidad del Estado.

Ahora bien, la oralidad y la publicidad como principios válidos para el proceso penal, implican que la población esté informada de la actitud del Estado en la persecución penal, sin embargo ello implica una gran responsabilidad, la propia persecución penal no es exclusiva solo de la instrucción criminal o sea de la investigación propiamente dicha, la investigación conlleva en un momento determinado el procesamiento de una o varias personas al proceso penal ya materializados, hay que tomar en cuenta que no es una responsabilidad propia del



ente acusador, en la mayoría de los casos los delitos de poder, son atribuidos y vinculados precisamente con el ejercicio de poder.

Lo anterior significa que constitucionalmente existe inmunidad para aquellos funcionarios públicos que pudieran estar vinculados a actos de corrupción, y entonces la misma ley se convierte en el primer tropiezo que tiene que afrontar la persecución penal, primero porque la inmunidad propiamente está vinculada no solo al ejercicio de la jurisdicción, sino que también está vinculada al que hacer administrativo y político, pues la Ley en Materia de Antejudio distribuye competencias respecto del antejudiciado, y en ese sentido las mismas están encomendadas a órganos jurisdiccionales y a órganos administrativos políticos que no tienen jurisdicción (Congreso de la República), que ciertamente lo descrito es válido porque así lo preceptúa la ley, pero ello tal como lo contempla el ordenamiento adjetivo penal, obstaculiza la labor investigativa y por ende la persecución penal, ya que para esos casos la dirección de la investigación no corresponde al ente llamado constitucionalmente para hacerlo, sino que está encomendada a órganos diferenciados.

Segundo, lo más gravoso del asunto radica principalmente en el hecho mismo que la ley de la materia, no solo delega la función y dirección investigativa a una entidad distinta al Ministerio Fiscal, sino que también encomienda a quienes ha delegado la función, decidir sobre la procedencia o improcedencia de la persecución penal, convirtiéndolos en juez y parte del asunto, otorgándoles jurisdicción.

Lo anterior es cuestión de voluntad, pues si bien es cierto existe la ley que regula el procedimiento, ante los diversos acontecimientos acaecidos respecto del tema de la corrupción, el Estado no puede seguir asumiendo una actitud pasiva para combatir este flagelo, pues como se dijo la ley ya existe pero no está escrito en piedra que la misma no pueda ser modificada, no es aplaudible solo la persecución penal diferenciada, nos referimos a que no puede ser satisfactor de la



sociedad y mecanismo para recuperar la confianza perdida, el solo hecho perseguir penalmente a aquellos que no gozan de inmunidad, sino que la sociedad espera un trato igualitario en todos los aspectos, sobre todo en los grupos de poder que como se visualiza en la realidad estatal, están inclusive estructurados para la ejecución de actos corruptos, pues la corrupción no solo está vinculada a actos de pedir o recibir algo a cambio de, sino que también está vinculada a la omisión de acciones por parte de los llamados a actuar, para realizar los fines que tiene el Estado, en otras palabras, el no hacer cuando se está llamado a hacer, también es corrupción.

No solo se trata de instruir persecución e iniciar la averiguación, se trata también de hacer dicha averiguación para garantizar los resultados de la persecución penal como mecanismo activo en la lucha contra la corrupción, no es satisfactorio para la recuperación de la confianza que se ha perdido del Estado, el solo hecho de escandalizar por los mecanismos mediáticos las acciones iniciales en la persecución penal, ya que los resultados en las etapas intermedias, del juicio, de impugnación, de ejecución del proceso penal, son las que efectivamente darán la respuesta de la solidez de la actitud activa Ministerial, Judicial y Administrativa del Estado en la lucha contra la corrupción.

Pues de nada sirve mediatizar, si al final la prueba no sirve para probar, y como consecuencia el poder punitivo del Estado se ve frustrado en la decisión final que el Juez debe tomar para sancionar los actos de corrupción no solo de los que están excluidos de la inmunidad, sino también de los que gozan de ese beneficio.

Es más, la persecución no solo implica la persecución penal propiamente dicha, ya que la misma debe extenderse a todos aquellos beneficios que se hayan logrado del ejercicio corrupto, pues como ya se trató en el capítulo que refiere a la extinción de dominio, las acciones deben también estar encaminadas a la recuperación de los activos que tengan una procedencia ilícita vinculada a actos de corrupción, que claro está, esa herramienta institucional jurídica no es exclusiva



de los actos de corrupción sino que se vincula a fenómenos criminales, pero la corrupción precisamente es uno de ellos y por lo tanto, la actitud del Estado debe estar inmersa en actividad para la búsqueda de la recuperación de la confianza perdida, y, encaminada a tocar a los intocables.

3.5.2 La Rendición de Cuentas como punto de partida en el Control Estatal para prevenir y combatir la Corrupción.

Camino a la recuperación de la confianza perdida del Estado, es transparentar el enriquecimiento de los funcionarios y empleados públicos, esa percepción de crear precisamente un círculo de confianza que apartado del poder punitivo del Estado, coadyuve en la identificación del fenómeno criminal, administrativamente también deben de existir mecanismos en la lucha del combate a la corrupción, mecanismos que lógicamente deben tener el respaldo no solo en la actitud de los funcionarios y empleados públicos, sino en el control mismo que implica el ejercicio administrativo y consecuentemente respaldado en ley.

Por qué es necesaria la rendición de cuentas, es una interrogante que encuentra respuesta precisamente en el sistema democrático y constitucional de nuestro gobierno, el ejercicio del poder precisamente está encomendado y concentrado en un grupo minoritario de la sociedad, quien a través del ejercicio de la soberanía lo ha delegado para que le gobierne, encontrando sentido la existencia del Estado mismo cuando se define, ya que básicamente el Estado consiste en un grupo de personas que formando parte de la organización social y constituida en un territorio determinado decide someterse a la autoridad de un gobierno. Y en ese sentido como es al pueblo o a la sociedad a quien se debe ese gobierno, los actos del mismo deben ser transparentados, pues la dirección del gobierno no implica enriquecimiento, sino implica voluntad de dirigir correctamente el rumbo que debe tomar la sociedad en su territorio respecto del desarrollo integral del misma y enfocada a constituir la como competitiva en el concierto de las naciones del mundo.



Si la transparencia de cuentas entre otras, constituye una exigencia social de actuar de los encargados de hacer gobierno, su rendición implica entonces un mecanismo efectivo en la búsqueda de enriquecimiento ilícito, que dé luz verde a la actitud activa del Estado en la persecución criminal de los autores de delitos poderosos vinculados con la corrupción. Sabemos de antemano, que la persecución criminal de los delitos poderosos no es tarea fácil, primero porque se está luchando contra un poder económico que tiene precisamente poder de decisión en la sociedad y en el gobierno, y luego porque implica no solamente a un autor, esta clase de hechos están estructurados organizacionalmente, en donde las pautas que pueda dar la transparencia de la rendición de cuentas en la vía administrativa, son únicamente el reflejo de los fines de los actos sobornados en el ejercicio de sus funciones públicas.

Por ello cabe considerar que el valor verdad debe regir no solo en el mecanismo de rendición de cuentas, sino en el mecanismo de incorporación de sujetos al ejercicio público, que claro esta debe ir encaminado a la honradez, probidad, legalidad del enriquecimiento que conlleve el ejercicio de dichas funciones, para lograr un verdadero frente a la corrupción para garantizar los derechos de los ciudadanos que conlleve un balance de los poderes delegados por los ciudadanos a los funcionarios y empleados público para que ejerzan el ejercicio del gobierno.

3.5.3 Estrategias de Apertura Institucional para la Transparencia en la Lucha contra la Corrupción.

3.5.3.1 La Comunicación.

La comunicación de la información también es parte de la voluntad política del gobierno, la misma tiene rango constitucional en materia de acceso a la información pública, un pueblo informado sale de su ignorancia, una corrupción sigilosa, cayada, sospechada, no tratada, no sabida, es un cáncer, y el único



remedio es la exigibilidad de la población para que la misma sea combatida y cause más muertes derivadas de su enraizamiento, pues la misma al ser instalada en el que hacer de la sociedad, hace que ella reaccione ante tales manifestaciones.

Ahora bien, la información debe ser auténtica, para que se genere la transparencia institucional y como consecuencia la recuperación de la confianza en las instituciones del Estado, pues si la misma es manipulada por quien ejerce el gobierno o el control en su momento, también ello implica corrupción, entonces hay que cuestionarse que es lo que el gobierno quiere callar, y para ello la misma debe dar color a los datos de transparencia del gasto público de la administración, del erario público y del enriquecimiento lícito de sus administradores, lo que constituye la forma en que los ciudadanos ejerzan una auditoría social que conlleve el ejercicio de otra estrategia que se tratara en este tema, la cual implica la demanda de la ciudadanía ante los actos de corrupción, para que los mismos sean investigados.

Los mecanismos para informar, con el avance de las comunicaciones en la actualidad es una tarea fácil, puede utilizarse diversas vías a las cuales tiene acceso la población, entre ellas podrían mencionarse los sitios web, los medios de comunicación radiales, escritos y televisados, las reuniones de prensa y las audiencias informativas.

3.5.3.2 La Demanda Directa.

Esta tarea no solo es exclusiva de la ciudadanía, también está encomendada al Ministerio Público quien ejerce la persecución penal, quien de oficio puede instruir la misma y que aunado a ello puede también instruir la persecución en el ejercicio de la acción en el proceso de extinción de dominio, pues la comunicación de actos de corrupción, los cuales forman parte de la noticia difundida por el poder mediático, deben ser los puntos de partida en la actitud a asumir por parte del



Ministerio Fiscal, ya la legislación que trata el tema, la cual es diversa por inclusive es de carácter internacional cuando el Estado ha ratificado convenios internacionales en la lucha contra la corrupción, han dado como consecuencia la existencia de instituciones que al verificar cuentas anómalas, podrían dar lugar a informar al Ministerio Fiscal, para que éste en el ejercicio de sus funciones actúe y con ello judicializar la acción y deducir la responsabilidad que corresponda con el fin que ésta llegue a una etapa de ejecución efectiva, en la búsqueda de la recuperación de la confianza perdida por parte de la sociedad

3.5.3.3 La Participación Ciudadana.

El sistema de control informal de la sociedad viabiliza la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, la lucha contra la corrupción no solo es tarea del Estado y del Gobierno, es una lucha que nos incluye a todos, nadie está excluido de los efectos que produce la corrupción en la sociedad, esos efectos invitan a romper con el silencio y a terminar con la paciencia de soporte con la que ha cargado la sociedad. Si no se actúa por parte del ciudadano que también está llamado a denunciar y a petitionar, también se está consintiendo el acto corrupto.

La participación ciudadana entonces implica la búsqueda de exigibilidad de mecanismos que transparente la actividad del gobierno, pero también, exige del ciudadano mismo no participar en los actos de corrupción, pues la autoridad no se corrompe si no existe el ofrecimiento del particular de dar algo a cambio para beneficiarse del que hacer de la autoridad, y como ya se dijo, no es satisfactorio ni saludable para la sociedad misma el combate a la corrupción únicamente del corrupto, sino también hay que perseguir al corruptor, porque éste también es corrupto. Es cuestión de conciencia, moralidad, ética y formación que los ciudadanos mismos deben fomentar en su integridad y en quienes están formando.



3.6 Política Criminal Internacional en la Lucha contra la Corrupción.

Definitivamente han existido factores que han favorecido la internacionalización de la corrupción, entre estos factores se pueden mencionar: “La insuficiente tradición democrática, el escaso respeto a los principios democráticos, la discrecionalidad de los funcionarios públicos, los procesos de privatización, la tolerancia social hacia las mismas, ... El proceso de globalización de la economía que propicia prácticas corruptas en el comercio internacional, el desarrollo de las telecomunicaciones que ha permitido la utilización del sistema financiero.”⁴³ Estos factores han propiciado aquel convencionalismo de corrupción que tradicionalmente han tratado de forma individualizada los Estados, pues han generado la accesibilidad para evadir los controles estatales respecto del enriquecimiento ilícito, y como consecuencia han creado el marco perfecto para habitar en ellos.

Ya se advertía en el caso de Guatemala que se había considerado como un “paraíso fiscal”, la inversión extranjera hizo propicio que la pasividad del Estado permitiera alcances que rompieron con toda expectativa de desarrollo, que alcanzó extremos severos que inclusive tienen en crisis institucional el sistema actual de gobierno, hasta donde ha llegado y hasta donde tiene que llegar la corrupción, no es posible, que un solo cuerpo estatal sea capaz de combatir ese flagelo, eso es imposible, la lucha interna contra la corrupción es difícil, porque la misma está enraizada en grupos de poder, que pertenecen al cuello blanco, que realizan acciones criminales de poder, casi inalcanzables en su persecución por parte del Estado que se convierte en el primer tropiezo para ello.

La lucha fortalecida internacional contra la corrupción queda evidenciada, cuando después de tanto tiempo, los Estados preocupados en la búsqueda de mecanismos efectivos para combatir ese flagelo, han creado instrumentos jurídicos internacionales que han difundido los mecanismos a emplear en la lucha

⁴³ Idem. pág. 197 a 200.



contra ese cáncer, que contemplan tanto los mecanismos para combatir la corrupción entre lo público y lo privado, así como la cooperación internacional entre los Estados para apoyar el combate a la misma, a través de instituciones que han sido creadas para controlar precisamente aquellas maniobras económicas sospechosas que no guardan congruencia entre las utilidades de los sujetos corruptos con sus actividades económicas lícitas.

La corrupción es un problema social “que puede poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedad, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral.”⁴⁴ Por ello la lucha internacional contra la misma es trascendental, pues lesiona la esfera política, la esfera de los derechos fundamentales y la esfera del ámbito económico, pone en crisis la institucionalización del sistema de gobierno, afectando a toda la colectividad en ejecución de sus efectos, genera pobreza, ignorancia, sub desarrollo entre otros aspectos, que colocan en estado de vulnerabilidad a los Estados versus los Estados desarrollados cuyos índices de corrupción son mínimos y han permitido que los mismos sean potencias, que inclusive podrían injerir en la libre autodeterminación de los pueblos.

3.6.1 La Preocupación Internacional.

La preocupación por la corrupción internacional es clara, al afectar la misma en el ámbito social, económico y político, hace que la comunidad internacional reflexione y manifieste sus preocupaciones, para dar cabida al surgimiento de políticas criminales encaminadas a combatirlo, para promover el sentido de responsabilidad, transparencia y legalidad que generen mecanismo de promoción preventiva que sea eficaz.

Existen dificultades e insuficiencias que los Estados deben superar para combatir la corrupción desde el plano internacional. “De un lado, por la ausencia de

⁴⁴ Idem. pág. 203.



estructuras internacionales eficaces de aplicación directa. De otro por la propia diversidad legislativa y de opciones político-criminales en la materia, que se traduce muy frecuentemente en la ausencia de una definición uniforme o paralela de las conductas delictivas por parte de las legislaciones internas, algo especialmente lamentable cuando, como es sabido, la doble incriminación constituye un presupuesto elemental imprescindible para la cooperación internacional a través de la extradición u otros sistemas de mutuo auxilio en materia penal.”⁴⁵ Esto significa que la política criminal no debe ir encaminada a perder la razón de su existencia, no se trata ciertamente de acabar con el corrupto, se trata de acabar con la corrupción que son dos cosas distintas, por un lado nos estamos refiriendo a una persona que en el contexto de los fines del derecho penal tiene oportunidad y el Estado mismo dentro de su propia política criminal está llamado a encausarlo para volverlo productivo para la sociedad. Y, por otro lado nos referimos a un fenómeno criminal enraizado en los corazones de las sociedades, que necesita ser eliminado para que no contamine a sus miembros. En ese sentido el concierto de las naciones del mundo ha propiciado una serie de instrumentos jurídicos que buscan generar a los Estados partes una serie de herramientas para la lucha contra la corrupción.

Los convenios internacionales ratificados por los Estados partes pueden quedar sin efecto si los mismos no tienen la voluntad política de cumplir con ellos, de nada sirve tener como ya se ha mencionado anteriormente, leyes casi perfectas, si las mismas no son de fiel cumplimiento, no se trata de legislar todo lo que se ponga al frente, se trata de que con lo mucho o poco que se tenga para combatir un fenómeno delincencial, se ponga de manifiesto la voluntad de querer combatirlo, solo así es como verdaderamente la política criminal a nivel internacional abra logrado su objetivo, prevenir, combatir, sancionar y erradicar la corrupción.

⁴⁵ Idem. pág. 208.



3.6.2 La Transparencia Internacional.

En 1993 se funda por parte de Peter Eigen antiguo responsable del Banco Mundial la ONG Transparency International, la cual no está encaminada a denunciar casos individuales de corrupción, sino crea mecanismos y acciones para luchar contra la corrupción a través de los denominados pactos, islas o sistemas de integridad, las cuales consistían en motivar empresas a dejar de sobornar, asegurándoles que sus competidoras en el mercado actuarán de la misma manera. Su principal aporte es su Índice de Percepción de la Corrupción, en la que se realiza un estudio internacional de países corruptos catalogados potencialmente como tales y en ese estudio se perfilan los funcionarios y políticos vinculados con actos de corrupción, ello se publica, y dicha publicación ha generado especial atención en la inversión sobre dichos Estados, esto genera un clima de seguridad de inversión, pues visualiza el campo de impacto que pudiera conllevar la inversión.

Para lograr una verdadera transparencia internacional, deben adoptarse medidas eficaces que viabilicen la lucha contra la corrupción, entre ellas se pueden citar:

A. Medidas Preventivas.

Entre ellas se pueden mencionar las descritas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, aunque no especifica las mismas en un común denominador, da luz verde para la implementación de ellas. En el plano regional se pueden mencionar la Convención Interamericana Contra la Corrupción suscrita en la Ciudad de Caracas, República de Venezuela el 29 de marzo de 1996 que va encaminado a la represión en conductas que generen la corrupción.

B. Medidas Represivas.



A través de la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se insta a los Estados partes a la tipificación de delitos que son producto de las manifestaciones de actos de corrupción que conllevan el enriquecimiento ilícito. Se exige el castigo de dichas acciones criminales, a través del poder punitivo del Estado, y los Estados comprometidos a tales compromisos se ven en la obligación de legislar convencidos que los mecanismos represivos son medios efectivos en la lucha contra la corrupción.

C. Responsabilidad de Personas Jurídicas.

Al igual que en el derecho penal tradicional e interno, las personas jurídicas juegan un papel determinante en la propagación de la corrupción dentro de las sociedad, pues, es por medio de ellas que se desarrolla la vida económica y social de cada país, y es en función de ello que se encaminan negocios jurídicos no solo en lo privado sino que también vinculados con la administración pública en las que puede recurrirse al soborno para comprar voluntades de los funcionarios públicos con capacidades de decisión.

Por eso los instrumentos internacionales en el afán de combatir el flagelo de la corrupción, han incluido medidas que conlleven la deducción de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en otros casos han incluido medidas que conllevan la lucha contra la capacidad económica que las mismas han obtenido ilícitamente para que los Estados recuperen los activos de las actividades delictivas que las mismas realicen o sirvan como intermediarias para la realización de ellos, siendo esta última el mecanismo más efectivo, pues la sola deducción de responsabilidad penal no es suficiente para lograr los fines lícitos de la comunidad internacional, sino que conlleva la lucha para la recuperación de aquello que por naturaleza le pertenece a la sociedad, pues a través del poder encomendado al gobierno, las sociedad puede reclamar para sí el fruto de la corrupción, pero ya



administrado por quien ejerce el gobierno, en el marco del desarrollo social para cumplir con los fines del Estado.

D. Reglas de Jurisdicción.

En estas reglas está inmerso el principio clásico de territorialidad de la ley respecto de los derechos y principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado. Sin embargo, se aboga por que se pueda romper con dicho esquema de limitación de jurisdicción, pues al ser la corrupción un flagelo que sobre todo afecta a la administración pública, la judicialización de los procesos no resulta ser saludable llevarse a cabo dentro de las fronteras nacionales, pues no permite la independencia de los órganos de administración de justicia, ya que las injerencias siempre por parte de quien ostenta el poder, querrá hacerse valer, y eso pone en crisis la transparencia del sistema de administración de justicia.

E. Asistencia y Cooperación.

Por último consciente la comunidad internacional que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional e inclusive transcontinental, la cooperación internacional resulta medular para prevenir y luchar contra ella. Entre estas se pueden mencionar que se ha desarrollado cooperación internacional para fines del decomiso, para la extradición, la asistencia judicial recíproca, las investigaciones conjuntas, las técnicas especiales de investigación, cooperación en materia de cumplimiento y prevención entre otras.

3.7 Extinción de Dominio en la lucha contra la Corrupción.

Pensar que la extinción de dominio es una herramienta en la lucha contra la corrupción, no es solo un tema legal, jurídico, político o criminológico, resulta ser



un tema de conciencia, en él se vincula específicamente la relación funcionarios dedicados a controlar el gobierno y a ser controlados por los controladores de ese gobierno.

Este es un tema ético, porque si el que controla el gobierno no es correcto en todos los actos que conlleva su integridad personal, cualquier cosa puede ser posible, y desde ese punto de vista hay que partir, para entender que la lucha contra la corrupción no solo deviene del esfuerzo que el Estado adopte a través de los diversos mecanismos legales, no solo a nivel nacional como internacional, sino que deben de existir verdaderas acciones que establezcan una función de capacidad de querer hacer bien las cosas, para que encaminados en esa funcionalidad transparente de quien gobierna (entendiéndose a todos los funcionarios y empleados públicos) se viabilice la recuperación de bienes en favor del Estado cuando la procedencia de los mismos sea ilícita, y, la transparencia en la gestión pública.

3.7.1 Descapitalización de la Criminalidad.

Hablar de descapitalizar a la criminalidad no es fácil, para llegar a ello hay que empezar por limpiar la casa desde adentro, es decir que los grupos u organizaciones criminales pueden estar funcionando desde el poder político público, y no es solamente en el ámbito de la criminalidad privada, es decir la que contiene un interés personal del criminal; sino también desde la criminalidad que conlleva intereses de poder para enriquecerse ilícitamente, sin importar el bien común, sino únicamente importando el mezcquino y egoísta bien personal.

Sin embargo, esa función es la verdadera razón de la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción, cualquier organización cualquiera que sea su naturaleza, descapitalizada no es funcional. Y, la pronta o mediana recuperación de bienes de procedencia ilícita en favor del Estado, ayuda a generar esa finalidad, básicamente la organización criminal se queda sin financiamiento o sin



razón de ser, si el riesgo que se ve como probable, relativo a la pérdida de bienes de procedencia ilícita, se hace una realidad funcional en todos los sentidos, es decir que la recuperación de los mismos, hace necesario que el destino de éstos sea funcional en el sostenimiento de la convivencia pacífica que demanda la sociedad, incluyendo que el destino de esos bienes también sea para continuar combatiendo a la criminalidad.

3.7.2 Disminución de la Corrupción.

Hablar de la disminución de la corrupción es un tema ético, erróneamente se ha visto a la corrupción como algo tan normal, a lo que los políticos y ciudadanos tradicionales nos tienen acostumbrados, corromper o ser corrompido resulta algo tan común en sociedades como la guatemalteca.

Ahora bien, estar conscientes de ello es lo que importa, un pueblo que no reacciona ante tal flagelo, es un pueblo que está condenado a morir, las acciones efectivas en la lucha contra la corrupción no pueden reflejarse exclusivamente en números estadísticos, y claro que la estadísticas son importantes, pero más importante resulta que la extinción de dominio lleve un mensaje, y que ese mensaje sea dirigido a todo ciudadano, político o no político, funcionario o no funcionario público, simplemente el ciudadano común, según sea el caso, que permita transmitir ese sentir de actuar con transparencia, para que esa transparencia establezca una verdadera función criminológica, la que consiste en evitar que el crimen se cometa, en este caso en particular que el enriquecimiento ilícito se realice, y, por el contrario, que dicho enriquecimiento en la medida de lo posible se reduzca, y al reducirse el mismo, también la corrupción lo hará.





CONCLUSIONES

1. El desarrollo de la Criminología como ciencia ha permitido que se mecanicen y viabilicen herramientas efectivas en la lucha para la prevención del fenómeno criminal, éste fenómeno en su evolución ha creado figuras criminales que resultan de difícil abordaje por parte de la ciencia criminológica, sin embargo, en la búsqueda de una respuesta positiva al estudio del crimen, la Criminología ha logrado asumir con responsabilidad la labor de estudio científico del mismo, a fin de garantizar una respuesta activa para afrontarlo.
2. En el marco existencial de la razón de ser, la Criminología ha asumido la responsabilidad de actuar para prevenir el fenómeno criminal, y para ello se ha valido de la Política Criminal que actúa motivada en concatenación con la Política Social y Pública del Estado, encaminadas a ser efectivos los controles sociales, con el único fin de reducir los índices de criminalidad, y ello ha servido de baluarte para que la sociedad cuente con herramientas para afrontar el fenómeno criminal.
3. La Extinción de Dominio constituye una herramienta en la lucha contra la corrupción, porque la misma logra metas que el poder punitivo del Estado no alcanza, las razones de no alcanzarlas pueden ser varias, sin embargo, la Extinción de Dominio sin propiciar impunidad, logra los verdaderos objetivos de prevención y erradicación del enriquecimiento ilícito, subsistiendo



procesalmente para recuperar los activos producto de actividades ilícitas y ello descapitalizar a la criminalidad logrando que no exista inversión criminal.

4. La Extinción de Dominio ha sido una de las herramientas jurídicas modernas que ha logrado manifestar la recuperación de la confianza institucional del Estado, su actividad aunque sea sin presencia del delincuente subsiste con efectividad, dando a la sociedad un mensaje positivo del poder estatal en la lucha contra el fenómeno criminal.
5. La cooperación internacional como mecanismo de la Extinción de Dominio, inspira a la recuperación de confianza en la gobernabilidad no solo a lo interno sino a lo externo de cada Estado, ya que los esfuerzos que existen por parte de los mismos para combatir el enriquecimiento ilícito por medio de acciones efectivas que logren encausar a la sociedad al desarrollo integral fundamentado en una democracia participativa, fundamentan su razón de ser con instrumentos objetivos, legales y probos para la obtención de sus activos.
6. En el derecho comparado la Extinción de Dominio logra tener los mismos fines con que la legislación guatemalteca la adopta, pues para el caso de Colombia, México y Perú se puede notar que la misma es la pérdida del dominio de los bienes a favor del Estado sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna de su titular, legitimando dicha acción a través de la ley, salvo el caso de tercero adquirente de buena fe.
7. La corrupción es un cáncer social, digno de ser cortado y erradicado de raíz, para ello especial resulta tratarlo no solo a nivel nacional como a nivel internacional, pues solo a través de la unión de esfuerzos entre Estados y la concientización social tanto local como internacional, puede lograrse el combate a ese flagelo. No puede pretenderse que la sola ley sea el remedio o la cura para dicha enfermedad, se trata de una acción conjunta con la voluntad de cada uno de los ciudadanos y gobernantes, la que puede formar el conjunto estratégico para lograr los fines de erradicación de ese flagelo.



8. Para recuperar la confianza perdida de la institucionalidad del Estado por flagelo de la corrupción, es necesaria su persecución con el objeto de prevenir, sancionar y erradicarla, la cual debe ir encaminada a acciones que den como resultado la deducción de responsabilidad correspondiente no solo del funcionario o empleado público que a cambio de una recompensa beneficia al corruptor con uno o varios actos en beneficio de éste, sino que también debe llevarse para la deducción responsabilidad correspondiente también al corruptor, que puede ser un funcionario o empleado público y también un particular, común y corriente, quien es el que paga o concede la recompensa a cambio del acto del que se favorece que encomienda al funcionario o empleado público.

9. La ley, que es la que crea las herramientas jurídicas en la lucha contra la corrupción, propicia los mecanismos efectivos para el combate de ella, por ende hay que actuar con voluntad para hacerla efectiva y de manera conjunta lograr los objetivos sobre los cuales se inspira su ordenamiento.





RECOMENDACIONES

1. Transparentar la rendición de cuentas con el fin de encausar la Extinción de Dominio, cuando dicha rendición resulte anómala o no acorde con la realidad económica del funcionario o empleado público.
2. Encausar la materia de antejuicio a través de la reforma de ley, que permita llevar el mismo al orden común, a efecto de evitar los crímenes de cuello blanco o delitos de poder, con el fin de perseguir penal y ordinariamente a la estructura del poder vinculada al fenómeno de la corrupción.
3. Exigir a las instituciones del Estado la transparencia en la gestión pública, respecto de la optimización del gasto público, con el objeto de recuperar la confianza de los ciudadanos.
4. Promover la cultura de denuncia a todo nivel.
5. Promover reformas legislativas que permitan crear mecanismos legales que sancionen actos de corrupción cometidos por particulares, para dar una respuesta satisfactoria a la sociedad en la lucha contra la corrupción, pues el corrupto existe solo si existe el corruptor.
6. Incluir un programa que desde la infancia eduque a los ciudadanos sobre la cultura de la lucha contra la corrupción, que concientice la necesidad de luchar contra ella, fortaleciendo con ello valores morales y cívicos que garantizan un desarrollo integral de los ciudadanos.
7. Fortalecer los sistemas de control tanto formal como informal, en el sentido de dar las herramientas no solo de índole jurídico sino que también proporcionar herramientas efectivas que permitan que los mismos obtengan resultados positivos en su razón de ser dentro de la sociedad como mecanismos de prevención del fenómeno criminal.





BIBLIOGRAFÍA

- CANO RECINOS, Victor Hugo. Extinción de Dominio. Guatemala 2011.
- CAMARGO, Pedro Pablo. La Acción de Extinción de dominio. Bogotá, Colombia 2009.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El Patrimonio Criminal. Madrid, España 2001.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBEN H. El Negocio Jurídico. Buenos Aires, Argentina.
- DELGADO, J. La Criminalidad Organizada. Barcelona, Bosch, 2001.
- DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. Filosofía del Derecho. México 2000.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. El Delito de Lavado de Activos. Lima, Perú 2004
- GONZALEZ CAUHAPÉ-CASAUX, Eduardo. Apuntes De Derecho Penal Guatemalteco.
- DE MATA VELA, José Francisco; DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. Derecho Penal Guatemalteco. Décima Edición, 1998.
- FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A. Ontiveros Alonzo, Miguel, Rodríguez García, Nicolás. El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción. México 2012.
- Fundación Myrna Mack. Apuntes Sobre Los Engranajes De La Impunidad En Casos De Violaciones A Los Derechos Humanos En Guatemala. Primera Edición 2004.
- Fundación Myrna Mack. Corrupción En La Administración De Justicia. 1ª. Edición, Guatemala 1998.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia. Valdez Robledo. Extinción de Dominio. Estudio Teórico Conceptual, Marco Legal, e Iniciativas presentadas en la LXI Legislatura (Primera Parte)°. Diciembre 2012.
- HASSEMER, WINFRIED. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia 1989.



- HIKAL CARREON, Saiwat. Archivo de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada.
- INGENIEROS, José. Criminología. Madrid
- JAKOBS, Günther, Cancio Meliá, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. 2006.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Lecciones De Derecho Penal. Biblioteca Clásicos del Derecho, volumen 7,
- Las Ciencias Penales en el Siglo XXI. Congreso Internacional. México 2004.
- MADRAZO MAZARIEGOS, Sergio; MADRAZO MAZARIEGOS, Danilo. Constelación De Ciencias Penales. Tomo I, 1ª. Edición 2006.
- MANCHAE LEIVA, RAUL ARQUIMEDES. "Aspectos Generales sobre Criminología". Cuaderno de copias Guatemala 2001.
- MINISTERIO PÚBLICO DE GUATEMALA. Manual Del Fiscal Del Ministerio Público De La República De Guatemala. 2ª. Edición, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal en cuadernos de Política Criminal. 1980
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, 1976.
- MUÑOZ TEJADA, Julian Andrés. El Delito Político, la Política Criminal y la Criminalización en las Actividades Ilícitas en Colombia. Dialogos de Derecho y Política número 1. Agosto 2009.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso del Producto del Delito. Febrero 2013.
- PEREZ PINZON, Alvaro. La Perspectiva Abolicionista. Bogotá, Colombia 1989.
- POQUET, Alejandro. Temas de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires, Argentina. 2005.



- R, BERGALLI. J. BUSTOS RAMIREZ. T. MIRALLES. “El Pensamiento Criminológico I Un Análisis Crítico”. Editorial Temis Librería Bogota, Colombia, 1983.
- R, BERGALLI. J. BUSTOS RAMIREZ. C. GONZALEZ ZORRILLA. T. MIRALLES. A. DE SOLA. “El Pensamiento Criminológico II Estado y Control Social”. Editorial Temis Librería Bogota, Colombia, 14 de octubre de 1983.
- RAMIREZ FERNANDEZ, William; VÁSQUEZ CUCHO, Nadezhda. Manual De Delitos Cometidos Por Funcionarios Públicos En El Código Penal Guatemalteco, Con Especial Referencia A Los Delitos Contra Los Derechos Humanos. 1ª. Edición 2003.
- RESPETRO MEDINA, Manuel Alberto. El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción de dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 242-256, julio-diciembre de 2003.
- REYES CALDERON, José Adolfo. “Criminología” México tercera Edición, 2001.
- Revista Lex. La Extinción de Dominio. bajo, delasalle. edu. Mx/ revistas/derecho/.../docentes_ibarrapenalaza.ht. Consultada el 07/07/2013
- RIQUET, Marcelo Alfredo. Panóptica, América Latina: Modelos de Política Criminal y Derecho Penal del Enemigo.
- RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Sobre la Corrupción un Análisis Multidisciplinar. REVISTA DO DIREITO UNISC, SANTA CRUZ DO SUL Nº 41 | p. 110 - 168 | NOV – DEZ 2013.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Segunda Edición. México 1981.
- ROSSOTTO HERNANDEZ, BEATRIZ. “Manual de Criminología”.
- RUIZ CABELLO, Mario David. Extinción de Dominio, Herramienta del Derecho Civil ante la Ineficacia del Derecho Penal. Artículo veinticinco aniversario 100 alegatos número 77. México. Enero / Abril de 2011.
- SALGAR, Roxana. Corrupción. Una Visión desde la Sociedad Civil. San José Costa Rica.



- SAMOUR, Héctor. Filosofía del Derecho. San Salvador, El Salvador 1993.
- UNESCO. Las Ciencias Sociales en la Enseñanza Superior: Criminología. España 1961.
- VILLALTA, LUDWIN. Principios, Derechos Y Garantías Estructurales En El Proceso Penal. Guatemala, 2008.
- VIRGOLINI, Julio E. S. La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política. Buenos Aires Argentina 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires Argentina.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. Política Criminal. Madrid, España. 2001.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

- Código Penal y sus Reformas. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
- Código Procesal Penal y sus Reformas. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley contra la Corrupción. Decreto 31-2012 del Congreso de la República de Guatemala.
- Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.
- Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas. Decreto 57-92 del Congreso de la República.
- Ley de Extinción de Dominio. Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala. Y su reglamento.
- Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.
- Ley el Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto 89-2002.
- Ley en Materia de Antejjuicio. Decreto 85-2002.



- Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto 31-2002 Congreso de la República.
- Normas Éticas del Organismo Ejecutivo. Acuerdo Gubernativo 197-2004.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y sus Reformas. Acuerdo Gubernativo 1056-92.
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Acuerdo Gubernativo 192-2014.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2003.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Viena, 1988.
- Convención Interamericana contra la Corrupción. Caracas, Venezuela 1996.
- Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 y su Protocolo de 1972.
- Convenio sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Deltio. Estrasburgo, 1990.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1996.

OTRAS FUENTES:

- Procesos de Extinción de Dominio del Juzgado de Primera Instancia de Extinción de Dominio de Guatemala, en el período comprendido del año 2012
- Ley de Extinción de Dominio. Iniciativa de Ley No. 4021 dictamen 03-2010 CLPC. Guatemala.

CONSULTAS ELECTRÓNICAS:



- [Es.scrib.com/doc/29788313/13/la_obra_de_FEVERBACH](https://es.scrib.com/doc/29788313/13/la_obra_de_FEVERBACH)
- www.buenastareas.com/ensayos/Ley-De-Probidad-En-Guatemala/1054563.html.
- www.ecured.cu./index.php/politica_criminal
- www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art/art8.htm
- www.letrajuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos6/bien_juridico.pdf.
- [www.prociuk.com/Derecho Penal Parte General.pdf](http://www.prociuk.com/Derecho_Penal_Parte_General.pdf).
- www.prensalibre.com-corrupción-guatemala.
- <http://www.transparency.org/>