





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

**EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE  
LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL**



Guatemala, septiembre de 2016



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE 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 Urrutia  
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 QUE PRACTICO EXAMEN DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. César Chaves  
SECRETARIO: Dr. Jorge Aparicio Almengor Velásquez  
VOCAL: Dr. Oscar Sagastume Álvarez

**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

POSTGRADOS INTERNACIONALES  
Escuela de Estudios de Postgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Do. José Miguel Cermeño Castillo

Doctorado en Ciencias Penales

**Referencia:** Proyecto Tesis Doctoral y Nombramiento de Tutor. Tema: **“EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL”**

Guatemala, siete de agosto de dos mil quince-----.

Visto el petitorio instado por el **Doctorando José Miguel Cermeño Castillo**, en relación al proyecto de tesis doctoral y designación de tutor, el Comité Académico en uso de las atribuciones contenidas en el Manual Específico para la Elaboración de Tesis Doctoral del Programa de Doctorado en Ciencias Penales. **ACUERDA: I) Autorizar el proyecto de tesis doctoral** intitulado: **“EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL”**, propuesto por el doctorando, **José Miguel Cermeño Castillo**, debiendo tenerse en cuenta los plazos establecidos para su tramitación y lectura de las disposiciones vigentes y las normas reglamentarias. **II) Nombra como tutor de tesis Doctoral a: Dr. Jaime Ernesto Hernández Zamora (Guatemala)**, con quien deberá avocarse inmediatamente para dar inicio al desarrollo de su investigación doctoral; **III.** Se ordena la inscripción del tema propuesto para el desarrollo de la tesis doctoral, en el libro respectivo; **IV.** Notifíquese.

POR EL COMITÉ ACADÉMICO







**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

POSTGRADOS INTERNACIONALES

Escuela de Estudios de Postgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**REF. NOMBRAMIENTO DE TUTOR DE TESIS DOCTORAL**

Guatemala, 26 de agosto de 2015

Doctor

**JAIME ERNESTO HERNÁNDEZ ZAMORA**  
TUTOR

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que esta Coordinación, en uso de las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral dentro del Programa de **Doctorado en Ciencias Penales**, lo **NOMBRA TUTOR DE TESIS DOCTORAL**, del doctorando:

**José Miguel Cermeño Castillo** Carne: 100021670

cuyo punto de tesis doctoral es:

**"EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL"**

Para los efectos del desarrollo del proceso de revisión, el interesado deberá contactarse con usted por la vía del correo electrónico o bien mediante el programa de citas presenciales el cual deberá ser autorizado por su persona.

En representación de nuestra casa de estudios y de nuestro programa de doctorado en particular, agradezco a usted la gentileza de su esfuerzo en cooperar con este proceso cuyo propósito va dirigido a fortalecer la formación profesional y la investigación, para obtener que los profesionales que lo cursan, puedan encarar los retos y desafíos que supone la realidad en que vivimos.

Agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente comunicación, me suscribo como su atento servidor.

**"¡D Y ENSEÑAD A TODOS!"**

**POR COMITÉ ACADÉMICO**  
Coordinación Doctorado en Ciencias Penales







**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

POSGRADOS INTERNACIONALES  
Escuela de Estudios de Posgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Guatemala, 31 de Mayo del año 2016.-

**REF: DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS DOCTORAL EN DOCTORADO EN CIENCIAS PENALES.-**

**Doctor**

**César Landelino Franco López**  
**Coordinador del Doctorado en Ciencias Penales**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **TUTOR DE LA TESIS DOCTORAL INTITULADA: EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL**, que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación Doctoral, en el que se dispuso nombrarme como Tutor de Tesis Doctoral del Doctorando:

**MSc. JOSÉ MIGUEL CERMEÑO CASTILLO**

Al respecto vengo a presentar el siguiente:

**DICTAMEN:**

**DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN EN CONCRETO Y SU IMPORTANCIA:**

No cabe la menor duda del acierto pleno que el doctorando tuvo en la elección de un tema de actualidad y de máxima importancia. La trascendencia que implica el que hoy en día el Colaborador Eficaz sea beneficiado con apremios por el hecho de mostrar un arrepentimiento eficaz una vez que se comete el acto delictivo es inminente.

**DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS:**

La metodología dentro del presente trabajo de investigación a mi parecer es muy adecuada. El presente tema de acuerdo al trabajo que se realiza ha ido desarrollándose de acuerdo al método de investigación elaborado, concatenando los capítulos para llegar a la demostración de la hipótesis formulada, auxiliándose de los métodos del análisis, síntesis, la inducción, la deducción y el histórico

lógico, abasteciéndose también de la bibliografía adecuada y aplicable al tema en concreto.

Dicha metodología se utiliza, cuando es adecuada, la crítica a aquellas partes de la regulación legal necesitadas de reforzamiento. Por lo tanto, se contemplan unas conclusiones sumamente acertadas.

### **DE LO RELACIONADO AL INTERES QUE GENERA EL PRESENTE TRABAJO DE TESIS, EN LOS AMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL.**

De todos es sabido, que hoy en día el trabajo de investigación abordado en muchos países es de actualidad, tal como lo es dentro del proceso penal guatemalteco, pues, el derecho premial ha tomado un auge de mucha notoriedad esto para poder establecer con certeza quienes son los autores no solo intelectuales, sino materiales dentro de los distintos delitos cometidos, aunque a veces se abusa a través de las declaraciones de los colaboradores eficaces, quienes a veces agregan hechos en sus declaraciones que no son ciertos, pero que los tribunales los toman por hechos y aplican los beneficios que trae consigo el derecho premial, es más, la importancia que tiene hoy en día en distintos países el desarrollo del derecho premial ha sido inminente, que dado a su aplicabilidad los distintos países manifiestan su satisfacción por los resultados satisfactorios que se han podido obtener en diferentes casos, de allí su importancia del auge y su aplicabilidad en el proceso penal guatemalteco, pues, en varios países el derecho premial se aplica con total normalidad que definitivamente como en nuestro país ha generado los resultados que el sector justicia espera.-

### **DEL ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE SE INVESTIGA CON EL DESARROLLO DE LA TESIS DOCTORAL.**

En los párrafos anteriores he generado las ideas importantes que se deben de enfatizar para poder concluir que el problema de investigación queda plenamente analizado y satisfecho a mi parecer. Por lo tanto, sobre la metodología empleada, el uso amplio y pertinente de la bibliografía y la profundidad como se analizan los diferentes extremos del presente trabajo de investigación es adecuado y acertado, por lo que, se establece que si existe una conveniente y bien justificada investigación que merece ser aprobada.

**DE LA CONTRIBUCION SOCIAL QUE SIGNIFICA EL TRABAJO DE TESIS DOCTORAL PRESENTADO POR EL SUSTENTANTE EN EL ENTORNO DEL TEMA Y LAS INSTITUCIONES ABORDADAS CON EL MISMO:**

Considero que en la actualidad se trata de una contribución importante y muy positiva, de enorme utilidad para la solución de varios casos que han salido a la palestra judicial en nuestro país, lo que hace que esta investigación si haga una contribución solida y seria al proceso penal acusatorio, ya que, la aplicación del Derecho Premial ha servido para que las personas bajo el titulo de Colaborador Eficaz coadyuven con la investigación y así poder llegar a determinar quiénes son las personas que actúan dentro de un hecho delictivo como autores materiales y autores intelectuales, las personas que actúan como cómplices colaboran con indicar el nombre de las principales personas que forman la estructura criminal que se investiga.

El autor ha demostrado mediante la presente tesis que es capaz de plantearse un problema científico y mediante una metodología adecuada proponer las medidas necesarias para su solución. Ha sabido hacer un uso correcto de la información científica disponible.

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a establecer que el trabajo de tesis doctoral 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 nivel de educación superior, en esa virtud, estimo que el mismo debe continuar su trámite como lo ordena la ley, con el dictamen que hoy rindo, el cual es un **DICTAMEN FAVORABLE**.

**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**

  
**Dr. JAIME ERNESTO HERNÁNDEZ ZAMORA,**  
**TUTOR**  
*Jaime Ernesto Hernández Zamora*  
**ABOGADO Y NOTARIO**





**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**POSTGRADOS INTERNACIONALES**

Escuela de Estudios de Postgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**REF. NOMBRAMIENTO DE REVISOR DE TESIS DOCTORAL**

Guatemala, 13 de junio de 2016

Doctora  
Ingríd Johana Romero Escribá  
**NOMBRAMIENTO REVISOR**  
Doctorado en Ciencias Penales

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que esta Coordinación, en uso de las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral dentro del Programa de Doctorado en Ciencias Penales, lo **NOMBRA REVISOR DE TESIS DOCTORAL**, del doctorando:

**José Miguel Cermeño Castillo** Carne: 100021670

Cuyo punto de tesis doctoral es:

**"EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL"**

Para los efectos del desarrollo del proceso de revisión, el interesado deberá contactarse con usted por la vía del correo electrónico o bien mediante el programa de citas presenciales el cual deberá ser autorizado por su persona.

En representación de nuestra casa de estudios y de nuestro programa de doctorado en particular, agradezco a usted la gentileza de su esfuerzo en cooperar con este proceso cuyo propósito va dirigido a fortalecer la formación profesional y la investigación, para obtener que los profesionales que lo cursan, puedan encarar los retos y desafíos que supone la realidad en que vivimos.

Agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente comunicación, me suscribo como su atento servidor.

**"DÉJESE ENSEÑAR A TODOS"**

**POR COMITÉ ACADÉMICO**  
Coordinación Doctorado en Ciencias Penales





**INGRID JOHANA ROMERO ESCRIBÁ**  
**Abogada y Notaria**

---

Guatemala, septiembre de 2016

SEÑOR COORDINADOR  
CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ  
DOCTORADO EN CIENCIAS PENALES  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA  
SU DESPACHO.

En forma respetuosa, me dirijo a usted, en relación al nombramiento como **REVISORA DE TESIS DOCTORAL**, que oportunamente me fuera comunicado, en el que se dispuso designarme para examinar el trabajo de investigación del Doctorando **JOSÉ MIGUEL CERMEÑO CASTILLO**. Al respecto, he procedido a revisar el trabajo de investigación intitulado: **"EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL"**; y concluido el proceso de revisión respectivo, presento el siguiente

**DICTAMEN**

**Del área de investigación optada por el estudiante en el tema:** Es una área muy actual, cuya aplicación es frecuente en los procesos penales guatemaltecos, y se presenta como una forma eficaz para combatir la delincuencia organizada.

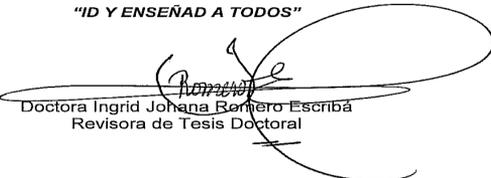
**De la metodología utilizada para el desarrollo de la investigación:** La metodología empleada por el Doctorando José Miguel Cermeño Castillo para elaborar su trabajo, está conforme al proceso de análisis sobre el tema estudiado.

**De la observancia de los requisitos impuestos por el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral y el Instructivo para la Elaboración y Desarrollo de la Tesis Doctoral.** Se comprobó que el trabajo de investigación desarrollado, cumple con los requerimientos mínimos exigidos por las disposiciones reglamentarias aplicables al caso concreto, por parte de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

**Del probable alcance de la investigación.** El tema investigado **"El Derecho Penal Premial en Guatemala como vía efectiva de lucha contra el crimen no convencional"** realizado por el Doctorando José Miguel Cermeño Castillo, contribuye para que el lector pueda profundizar sobre el ahora denominado Derecho Penal Premial, y su aplicación, concretamente a través del instituto de la **"colaboración eficaz"**. Se considera que constituirá un instrumento de consulta útil para quienes les interese el tema y estén en la búsqueda de un cambio en el sistema procesal penal actual.

Concluido el proceso de revisión de la tesis doctoral y habiendo establecido que la investigación contenida en la misma, responde a criterio de la suscrita, a las exigencias de la investigación doctoral y al nivel de excelencia que se requiere en los estudios de Doctorado, me permito opinar que el trabajo presentado por el postulante, debe ser discutido en acto público de defensa de tesis doctoral, previa orden de su impresión, con el presente dictamen favorable.

**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**

  
Doctora Ingrid Johana Romero Escribá  
Revisora de Tesis Doctoral

---

11 calle 2-24 zona 1, Centro Histórico  
Ciudad de Guatemala, C.A. 01001  
Teléfono: (502) 2251-3694  
[romeroingrid@hotmail.com](mailto:romeroingrid@hotmail.com)





**USAC**

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
COORDINACIÓN POSTGRADOS INTERNACIONALES  
Guatemala, C.A

Guatemala, 05 de septiembre de 2016.

Doctor:  
César Landelino Franco López  
Director del Programa de Posgrados Internacionales  
Doctorado en Ciencias Penales

Distinguido doctor Franco López:

Con base, en el Artículo 63 literales a), b) y c) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala; el Reglamento del Sistema de Estudios de Postgrado, Punto Octavo, Inciso 8.2 del Acta 01-2012 del Consejo Superior Universitario; y, el Punto Quinto, Incisos 3 y 5 del Acta 07-2014 de sesión celebrada por el Consejo Superior Universitario, el día miércoles 9 de abril de 2014. Asimismo, lo establecido en el Reglamento general para elaboración de tesis de doctorado y maestrías, del Sistema de Posgrados Internacionales.

Le informo que el maestro: **JOSÉ MIGUEL CERMEÑO CASTILLO**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta todas las partes requeridas en los instrumentos legales supra anotados, según lo establece el Sistema de Posgrados Internacionales. De esta forma, el sustentante, ha referido las fuentes bibliográficas consultadas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
COORDINACIÓN POSTGRADOS INTERNACIONALES  
Guatemala, C.A

La metodología, técnicas y doctrinas que el sustentante y su tutor presentaron, fueron respetadas en su totalidad y, ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento.

De esta manera, se procedió con la revisión y corrección, exclusivamente en lo que corresponde a la ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular guarde los requerimientos mínimos solicitados; con ello, se adecuó la diagramación y cotejó las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones pertinentes, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

A handwritten signature in black ink, appearing to read "William Enrique López Morataya", written over a horizontal line.

Dr. William Enrique López Morataya  
Revisor de Redacción y Estilo



**USAC**  
TRICENTENARIA  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**POSTGRADOS INTERNACIONALES**

Escuela de Estudios de Postgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**REF. RESOLUCIÓN COORDINACIÓN DEL DOCTORADO ORDENANDO IMPRESIÓN DE TESIS DOCTORAL DEL DOCTORADO EN CIENCIAS PENALES.**

COORDINACIÓN PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS PENALES. Guatemala, cinco de septiembre de dos mil dieciséis. Se tiene a la vista para resolver la solicitud de orden de impresión de tesis doctoral, presentada por el doctorando:

**José Miguel Cermeño Castillo Carné: 100021670**

Y

**CONSIDERANDO:** Que el trabajo de tesis doctoral intitulado:

**“EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL”**

Ha cumplido con los requisitos establecidos en el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral y en el Instructivo para la Elaboración de la Tesis Doctoral, además de presentar los dictámenes suscritos por el Tutor y el Revisor de la tesis doctoral;

**CONSIDERANDO:** Que es competencia de la coordinación del Doctorado, pronunciarse en relación a la solicitud, sobre la **ORDEN DE IMPRESIÓN DE LA TESIS DOCTORAL**, es procedente resolver conforme la ley;

**POR TANTO:** La coordinación del Doctorado en Penales, con base en las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral,

**RESUELVE: I)** Ordenar la impresión de la Tesis Doctoral intitulada: **“EL DERECHO PENAL PREMIAL EN GUATEMALA COMO VÍA EFECTIVA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN NO CONVENCIONAL”**

**II)** El interesado deberá cumplir con la impresión del número de ejemplares que exige la normativa correspondiente y entregarlo a la coordinación, previo a solicitar se le señale día y hora para el acto de defensa de tesis doctoral; **III) Notifíquese.**

Dr. César Landelino Frasco López  
Coordinador Doctorado en Ciencias Penales





## **DEDICATORIA**

- A DIOS:** Dador de vida y fuente de sabiduría inagotable. Gracias, porque cuando fui débil me diste fuerzas para alcanzar este éxito.
- A MI PADRE:** Homero Adolfo Cermeño Marroquín, por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan, valores que me ha infundado siempre al enseñarme que, para triunfar en la vida, es necesario ser honesto y esforzarse. Hoy en gran parte gracias a usted, puedo ver alcanzada mi meta.
- A MI MADRE:** Dora Beatriz Castillo de Cermeño por darme la vida, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que todo, por su amor y creer en mí. Gracias eternamente por su apoyo incondicional, perfectamente mantenido a través del tiempo.
- A MI HERMANA:** Anna Beatriz, por tu cariño, apoyo y todos tus consejos incondicionales.
- A MI HIJOS:** Mia Cermeño mi primogénita, y al bebé que Dios lo gesta aún con amor en el seno materno, por darme tantas bendiciones, alegrías, y sobre todo por enseñarme el verdadero amor.

**A MI NOVIA:**

Estephanía Cabrera, por demostrarme muchas cosas, en especial, a ser mejor cada día y gracias por todo tu amor incondicional y por tu apoyo.

**A MIS AMIGOS:**

Por las tantas alegrías, buenos y malos momentos, ocurrencias y apoyo mutuo en nuestra formación profesional, en especial a (José Luis Farfán Mansilla, Jorge Almengor, Gerson Ruiz, Mario Taracena) y a todos aquellos que forman parte esencial en mi vida. Ustedes saben quiénes son.

**A:**

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y con eso brindarme la oportunidad de cumplir uno de los sueños anhelados de mi proyecto de vida: superarme profesionalmente.

**A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que con la ayuda de sus catedráticos quienes con su instrucción y colaboración, me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	I
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. Crimen organizado y derecho penal premial .....	1
1.1. Particularidades de la criminalidad organizada .....	1
1.2. Delitos no convencionales vinculados al crimen organizado .....	10
1.2.1. Narcotráfico .....	10
1.2.2. Tráfico de armas.....	19
1.2.3. Tráfico de seres humanos .....	33
1.3. Normativa internacional contra el crimen organizado.....	40
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. Derecho penal premial y colaboración eficaz.....	43
2.1. Antecedentes .....	43
2.2. Regulación actual.....	44
2.3. La colaboración eficaz, como forma de conversión del “enemigo en amigo” ....	48
2.4. La colaboración eficaz en los delitos de peligro .....	61
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. El derecho penal premial en el derecho comparado .....	73
3.1. Italia.....	73
3.2. Alemania .....	76
3.3. Suiza.....	78
3.4. España .....	78
3.5. Chile .....	88
3.6. Perú.....	89
3.7. Argentina .....	91



## CAPÍTULO IV

4. La colaboración eficaz en el proceso penal como un método de investigación criminal .....	93
4.1. Valor probatorio de la declaración del colaborador eficaz .....	103
4.2. La colaboración eficaz y los principios del proceso penal .....	123
4.2.1. El derecho a la no autoincriminación .....	124
4.2.1.1. El derecho al silencio .....	127
4.2.1.2. La no utilización de coerción .....	130
4.2.1.3. La facultad de faltar a la verdad .....	132
4.2.1.4. El derecho a la pluralidad de declaraciones .....	133
4.2.1.5. La prohibición de exhortación de decir la verdad .....	133
4.3. La presunción de inocencia .....	134
4.3.1. La presunción de inocencia y el <i>in dubio pro reo</i> .....	143

## CAPÍTULO V

5. La colaboración como criterio de oportunidad reglada .....	153
5.1. Fundamentos teóricos del principio de oportunidad .....	155
5.2. Legalidad y oportunidad .....	158
5.3. La oportunidad en el proceso penal guatemalteco .....	166
5.4. La discrecionalidad en la aplicación de la oportunidad por el Ministerio Público .....	176

## CAPÍTULO VI

6. Criminalidad organizada y derecho penal premial en Guatemala .....	185
6.1. La criminalidad organizada en Guatemala .....	185



6.2. Regulación normativa de la colaboración eficaz en Guatemala .....	
6.2.1. En el Código Penal .....	
6.2.2. En la Ley contra la Narcoactividad .....	191
6.2.3. En el Código Procesal Penal .....	192
6.2.4. En la Ley contra la Delincuencia Organizada .....	193
6.2.5. En la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal .....	200
<b>CONCLUSIONES</b> .....	209
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	213
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	215





## INTRODUCCIÓN

El surgimiento, desarrollo y auge de la criminalidad organizada a escala mundial, ha provocado que los Estados encaminen sus esfuerzos en la lucha efectiva contra esta peligrosa forma de actuación delictiva; desde perfeccionar sus formas tradicionales de investigación penal, y utilizar métodos especiales, hasta concretar en sus normas penales, el otorgamiento de beneficios a todo aquel que como partícipe de la actividad delictiva organizada, decida ofrecer testimonio sobre la organización, situación jurídica, que en la actualidad ha adquirido relevancia en el derecho penal de Guatemala.

Así, la figura del colaborador eficaz se presenta hoy como una actuación viable en gran número de países; no está exenta de críticas por los estudiosos del tema y se afianza en los ordenamientos jurídicos como una alternativa más en la incesante lucha contra el crimen organizado y las actividades ilegales de mayor peligro social.

De un profundo estudio de la institución de la colaboración eficaz, se advierte que, como una forma de premio o beneficio, no surgió en la actualidad, sino, que se remonta a la antigüedad, adquiriendo hoy día, una regulación específica en correspondencia con la realidad existente a nivel internacional.

El tema de la colaboración eficaz, presenta trascendental importancia; actualmente, a nivel internacional, lo tiene en América Latina, ya que, por un lado, los estados de Derecho, sobre la base del irrestricto respeto de los derechos constitucionales, reconocen procesos penales de corte acusatorio, garantizando los principios procesales que informan el debido proceso penal como presunción de inocencia, no autoincriminación, *in dubio pro reo*, etc. Y, por otro, dichos estados de Derecho, en su necesaria lucha para combatir la delincuencia organizada transnacional, legalizan instituciones premiales que, de alguna manera, colisionan con derechos y garantías esenciales de todo ser humano y principios del mencionado proceso acusatorio; esto, obliga a adoptar, desde el punto de vista criminológico, jurídico y penal, posiciones



tendientes a facilitar el mejor desarrollo de la colaboración eficaz, sobre la base de estudio profundo e integral.

Lo expuesto anteriormente, obliga a realizar un estudio de los presupuestos teóricos doctrinales que sustentan la regulación de la institución del colaborador eficaz en Guatemala, en la lucha contra la delincuencia organizada a los efectos de conocer si su regulación corresponde a criterios asentados en el derecho penal clásico, para que sea necesario sistematizar doctrinalmente, los criterios respecto a la colaboración eficaz como institución del derecho penal premial en la lucha contra el crimen organizado; razón por la cual se formuló el siguiente problema científico: ¿cuáles son los presupuestos teóricos doctrinales que sustentan la regulación de la institución del colaborador eficaz en Guatemala, como fórmula del derecho penal premial y expresión de oportunidad reglada en la lucha contra la delincuencia organizada?

Como hipótesis, se propuso que los presupuestos teóricos y doctrinales que sustentan la regulación de la institución del colaborador eficaz en Guatemala, como fórmula del derecho penal premial en la lucha contra la delincuencia organizada, obedecen a razones de utilidad práctica desde el punto de vista político criminal, sobre la base de la aplicación del principio de oportunidad reglada.

Como objetivo general, se planteó sistematizar los criterios doctrinales respecto a la colaboración eficaz como institución del derecho penal premial tradicional, utilizado en la lucha contra el crimen organizado, como un método especial de investigación. Como objetivos específicos, se propusieron: demostrar la necesidad de enfrentamiento al crimen organizado con la colaboración eficaz, como un método especial de investigación criminal; fundamentar las concepciones doctrinales sobre el arrepentimiento y la colaboración eficaz, como institución del derecho penal premial; determinar la trascendencia probatoria de la colaboración eficaz en el proceso penal acusatorio; analizar de manera crítica el tratamiento normativo en el derecho comparado a la colaboración eficaz; caracterizar la colaboración eficaz como criterio de oportunidad reglada en el proceso penal guatemalteco, en la lucha contra el crimen



organizado; realizar un estudio crítico de la regulación de la colaboración eficaz en Guatemala, y elaborar propuestas de perfeccionamiento.

A los efectos de realizar un estudio amplio y con profundidad científica de la colaboración eficaz, el trabajo de tesis que se presenta consta de seis capítulos. En el capítulo uno, se abordan las particularidades de la criminalidad organizada y el derecho penal premial, detallando sobre los delitos no convencionales vinculados al crimen organizado, como narcotráfico, tráfico de armas pequeñas y ligeras; y tráfico de seres humanos, de igual manera se hace referencia a la normativa que en el ámbito internacional se ha instrumentado para su lucha; en el capítulo dos, se precisa cómo la colaboración eficaz resulta expresión del derecho penal premial; para lo cual se detallan los antecedentes, y la regulación actual, demostrando cómo dicha institución se comporta en el derecho penal como forma de conversión del “enemigo” en “amigo”. También, se deja sentada la posición acerca de la aplicación de la colaboración eficaz en los delitos de peligro; en el capítulo tres, se efectúa un estudio comparado de la colaboración eficaz como expresión del derecho penal premial, y para ello, se toman como referente países de similar tradición jurídica, pertenecientes todos al gran sistema de enjuiciamiento europeo continental y latinoamericano, entre los que se destacan, Italia, Francia, Alemania, Suiza, España, Chile, Perú y Argentina; el capítulo cuatro, estudia una nueva perspectiva de la colaboración eficaz en el proceso penal, es decir, como un método especial de investigación criminal, se enfatiza en el valor probatorio de la declaración del colaborador eficaz y su relación o vínculo con principios del proceso penal como el derecho a la no autoincriminación y sus distintas manifestaciones como el derecho al silencio, la no utilización de coerción, la facultad de faltar a la verdad, el derecho a la pluralidad de declaraciones, la prohibición de exhortación de decir la verdad, la presunción de inocencia y el *indubio pro reo*; en el capítulo cinco, se hace un exhaustivo análisis de la colaboración eficaz como criterio de oportunidad reglada, para lo cual se profundiza en los fundamentos teóricos del principio de oportunidad y se particulariza en el modelo de oportunidad en el proceso penal guatemalteco, y cómo se manifiesta la discrecionalidad en la aplicación de la oportunidad por el Ministerio Público. Finalmente, el capítulo seis, parte de establecer cómo se comporta en



Guatemala la presencia de la criminalidad organizada, se realiza un estudio de la regulación normativa de la colaboración eficaz como vía para su enfrentamiento y, para ello, se realiza un análisis exegético del tratamiento que se ofrece a esta institución premial en el Código Penal, en la Ley contra la Narcoactividad, en el Código Procesal Penal, en la Ley contra la Delincuencia Organizada, y en la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal.

Para desarrollar la investigación se utilizaron los métodos de investigación jurídica histórico lógico, jurídico doctrinal, de derecho comparado, estructural, funcional jurídico, exegético, hipotético y deductivo; métodos que permitieron arribar a conclusiones coherentes con la problemática identificada, con los objetivos propuestos; validar la hipótesis planteada y realizar a su vez recomendaciones atendibles a los efectos de perfeccionar la colaboración eficaz como vía plausible de enfrentar a la nueva criminalidad organizada.



## CAPÍTULO I

### 1. Crimen organizado y derecho penal premial

#### 1.1. Particularidades de la criminalidad organizada

La dimensión internacional que han alcanzado determinadas actividades delictivas realizadas por grupos organizados, ha motivado la proliferación de discursos y debates doctrinales e institucionales sobre la delincuencia organizada, en cuanto a su identificación, formas de actuación y vías de enfrentamiento eficaz, que dada su naturaleza altamente peligrosa e incidencia en la inseguridad ciudadana y en la estabilidad política de los Estados; ha obligado a organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas y sus distintas dependencias, a realizar pronunciamientos al respecto, y a recomendar a los países a adoptar medidas en armonía con las disposiciones internacionales, para atemperar el derecho interno a dichas exigencias.

Sin embargo, el fenómeno de la criminalidad organizada no es nuevo, la historia está repleta de acontecimientos criminales realizados por partícipes colectivos que distribuyeron sus roles, incluso adoptaron estructuras jerárquicas, planificando y persistiendo temporalmente en sus actividades, generalmente, de contrabando, piratería, corrupción, etc.

Lo que se resulta totalmente diferente en este contexto, es el escenario en el que la nueva criminalidad organizada desarrolla sus actividades, en presencia de una economía cada vez más globalizada, donde en el ámbito de las relaciones mercantiles tienden a desaparecer las fronteras, las migraciones cada vez más frecuentes, con la existencia y un desarrollo cada vez más vertiginoso de las nuevas tecnologías de la información, que permiten el intercambio de datos de forma instantánea, anónima y generalizada, en tiempo real, donde el delito no solo se ha internacionalizado, sino



también, se muestra transnacional, surgiendo de esa cuenta, nuevas actividades delictivas y formas de ejecución para las ya existentes.

En cuanto a la globalización de la actividad económica, a finales del siglo pasado, las nuevas formas de mercado e intercambio, propiciaron que los bienes y servicios traspasaran las fronteras nacionales con mucha mayor facilidad, y más importante aún, es que lo mismo ocurrió con las personas, la gente de negocios y los viajeros tenían mucho más contacto con otros países.

En tanto, la inmigración aumentó enormemente incluida la de los inmigrantes ilegales, así como el tráfico de personas que los criminales transportaban de un país a otro, hecho ilegal que se ha convertido en forma manifiesta en un crimen transnacional, lo que viene acompañado por lo general, del uso de armas, obtenidas a través del tráfico ilegal de las mismas.

“Respecto a los grandes avances en la tecnología, las nuevas formas de comunicación hicieron las fronteras permeables y, en algunos casos irrelevantes, para impedir o controlar el flujo de las comunicaciones. El uso del teléfono móvil para comunicarse con otros delincuentes, los *ciber criminales*, los ladrones de identidad y la transferencia electrónica de dinero ilegal, son algunos ejemplos de cómo utilizan las nuevas tecnologías los criminales transnacionales, no existe ya país alguno que pueda estar seguro dentro de su territorio, ya que sus fronteras son permeables ante el crimen organizado transnacional”.<sup>1</sup>

Por ello, los Estados no solo han legalizado dentro de sus ordenamientos jurídicos penales, nuevos métodos de investigación criminal, como lo son: el agente encubierto, la entrega vigilada, la vigilancia electrónica, la interceptación de las comunicaciones, como mecanismos que en el orden procesal permiten enfrentar sus peligrosas actividades y difíciles de detectar las mismas dado su grado de complejidad, sino, que además, han decidido incorporar también, fórmulas premiales para aquellos implicados

---

<sup>1</sup> Calderón Susin, E. E. **Arrepentimiento espontáneo**. Pág.12



que en cualquier estado del proceso penal, deciden colaborar con la justicia, para beneficiarse con recibir una menor condena por su participación aceptada y demostrada culpabilidad en los hechos imputados.

A los métodos de investigación criminal ya mencionados, debe incorporarse uno con la misma finalidad, pero con una naturaleza jurídica muy distinta, que los ordenamientos jurídicos suelen regular como mecanismos de incentivación a la colaboración con la justicia de algún miembro de la organización. Así, surge la figura del colaborador con la justicia o arrepentido, que es un miembro o exmiembro de la organización delictiva que aporta elementos que pueden ser empleados para la incriminación de otros miembros de dicha organización o bien, para impedir la comisión de nuevos hechos delictivos. Normalmente, esta colaboración va a fomentarse con una expectativa de disminución en la pena a imponer, o en la obtención privilegiada de beneficios penitenciarios.

“Aún, cuando la finalidad de estas instituciones sea la misma, a diferencia de la entrega vigilada o del agente encubierto, de naturaleza únicamente procesal, el colaborador con la justicia es una figura regulada en la legislación sustantiva, pero también, tiene un sentido procesal. Por lo que es pertinente señalar que las variantes del arrepentimiento, o las etapas en las que el arrepentido participe suele colaborar con la justicia, pueden ser: *post delictum* (la atenuante clásica), y en el proceso (el llamado arrepentimiento procesal); es decir, cuando el encausado en un procedimiento penal colabora con la autoridad judicial con el fin de conseguir la atenuación de la pena o su remisión total en atención a dicha conducta”.<sup>2</sup>

Para demostrar de alguna manera la necesidad de utilizar todas las vías posibles desde el derecho para enfrentar eficazmente a la delincuencia organizada, y entre ellas, la colaboración eficaz, se hace necesario particularizar sintéticamente sobre el estado en que se presenta esta problemática y sus principales características.

---

<sup>2</sup> Benítez Ortúzar, I. F. **El colaborador con la Justicia. Determinaciones previas. Problemática relativa a los medios de investigación en el marco de la criminalidad organizada.** Disponible en: <http://vlex.com/vid/246253>. Fecha de consulta: 12 de Agosto de 2015.



Las extraordinarias oportunidades de desarrollo que suponen la era de la globalización de la economía y de las finanzas, también tienen efectos negativos, uno de ellos, en el ámbito de la delincuencia, toda vez que las innovaciones tecnológicas han sido aprovechadas por numerosas organizaciones criminales para extender con facilidad sus actividades de tráfico de personas, de armas, de drogas y de blanqueo de capitales, entre otras, a escala mundial, llegando a retar, mediante la utilización de diversos métodos (corrupción, secuestros, extorsión, atentados, etcétera) a la autoridad nacional o internacional.

Con la polarización hegemónica del sistema capitalista, y la desaparición de los mecanismos estatales de control, se produjo una profunda crisis en nuestra área geográfica con radicales cambios políticos, sociales y económicos, caracterizados en lo fundamental, por el establecimiento de procesos imperfectos de apertura democrática y de políticas económicas ultraliberales.

En América, en los países del cono sur, la falta de alternativas económicas ha determinado el reclutamiento de las personas hacia organizaciones delictivas, no solo de individuos de grupos sociales marginales, sino, incluso, de miembros de los aparatos de seguridad pública y privada, encargados de combatirlas.

En este contexto de desarrollo de una criminalidad cada vez más perfeccionada, la comunidad internacional ha reaccionado con importantes iniciativas que pretenden el diseño de un marco jurídico supranacional, que garantice una respuesta legal uniforme y homogénea para todos los Estados, mediante el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, además, del perfeccionamiento de los medios de investigación y de los instrumentos punitivos necesarios para combatir tan grave fenómeno delictivo.

En Centroamérica, el crecimiento significativamente alarmante de la delincuencia organizada surge en el transcurso de la última década del siglo XX; la que ha alcanzado tal magnitud, que ha llegado a calificarse a países como Guatemala, El Salvador y



Honduras como ciudades inseguras, lo que ha afectado considerablemente la economía del área, alejando con ello las inversiones y la afluencia del turista a los distintos centros de recreación existentes, aumentando, consecuentemente, el desempleo y la pobreza.

“Centroamérica, es en el presente, una región en extremo violenta; una zona postconflicto con una considerable disponibilidad de armamento de fácil acceso; casi tres millones de armas ilegales en circulación, 700.000 oficialmente registradas y donde la violencia es tolerada”.<sup>3</sup>

Los ilícitos de la delincuencia organizada en la región, han venido aconteciendo desde simples actos de criminalidad común, cometidos por antisociales generalmente reconocidos por los habitantes en los distintos pueblos o ciudades, hasta acciones delictivas complejas y aterradoras para la sociedad, evidenciando altos niveles de organización que trascienden las fronteras de los países del área; así también, su accionar, en muchos casos, ha llegado a filtrarse a distintos estratos de la sociedad, contando hoy con una alta tasa de homicidios, extorsiones, secuestros, entre otros, que se van sumando a la gran cantidad de delitos que se vinculan con actividades propias de la criminalidad organizada.

El desarrollo de la delincuencia, particularmente la generada por las pandillas juveniles, por ejemplo, es de tal magnitud, que “el gobierno de El Salvador asegura que el 60% de la violencia del país se debe a las maras”;<sup>4</sup> las que se han convertido en un gran negocio para ciertos grupos de interés;<sup>5</sup> siendo los jóvenes las principales víctimas de la violencia en la región centroamericana.

Además de nuevas decisiones internacionales en la materia, hoy se necesita del efectivo funcionamiento de los institutos premiales, como puede ser una aplicación efectiva de la colaboración eficaz, pues hasta la fecha, los principales logros de la

---

<sup>3</sup> Espinoza, A. N. **Violencia juvenil hipoteca el futuro de Centroamérica**. Pág. 12

<sup>4</sup> **Ibid.**

<sup>5</sup> Goubaud, E. Citado por Smith, J. en **Políticas para enfrentar maras, con más amenazas que incentivos**. Pág. 3



pretendida marcha hacia una verdadera lucha contra la criminalidad organizada, se ha manifestado parcialmente desde lo económico; medidas como la supresión de fronteras, que han beneficiado enormemente a las organizaciones criminales al ver suprimidos los correspondientes controles, no han ido acompañadas de las adecuadas medidas en materia de seguridad.

Otro particular de interés, resulta ser la configuración de los grupos criminales organizados; es heterogénea, no existe un modelo único; su magnitud, actitudes o especialización varían de un grupo a otro. Es posible que algunas organizaciones cuenten con una gran infraestructura rígida y jerarquizada, como en algún momento histórico pudieron tener los grandes carteles de la droga.

Sin embargo, en la actualidad, por su propia seguridad frente a la actividad policial, las organizaciones criminales tienden a configurarse de una manera más informal, en la que diferentes grupos de pequeño tamaño, especializados en tareas complementarias funcionen en forma de red, es decir, se trata de eslabones relativamente autónomos (en el ámbito de organizaciones terroristas se les denomina comandos o células), más o menos duraderos, impulsados y financiados en algunas de sus operaciones por los jefes u organizadores.

También, existen evidencias de que las grandes organizaciones que constituyeron los carteles de las drogas o las mafias han sido sustituidas por otras más pequeñas, que lejos de enfrentarse entre ellas, se han especializado y constituido alianzas para repartirse el mercado, de igual forma que lo hacen las asociaciones de empresas que actúan dentro de la economía legal; aunque, frecuentemente, determinados hechos violentos ponen de manifiesto que bajo esa ligera apariencia de normalidad, se desarrolla una cruenta lucha por el control de territorio.

Un elemento común a todas las organizaciones criminales, es la obtención de lucro, incluso, aquellas de carácter terrorista que para justificar su existencia, alegan motivos étnicos o religiosos, necesitan de fuertes sumas de efectivos y medios económicos para



cumplir con sus objetivos, los que obtienen a través de un amplio catálogo de actividades generadoras de tales beneficios.

“La mayor parte de las organizaciones criminales tienen como base fundamental de su actividad lucrativa, el tráfico de ilegal de drogas; estimaciones de la Organización de Naciones Unidas basadas en las aprehensiones y en las superficies de terrenos dedicados a la producción, cifran en seiscientos mil millones de euros el dinero movido por el narcotráfico a escala mundial, lo que representa el 9 % del comercio mundial; se calcula que, en el ámbito mundial, hay más de 50 millones de personas que consumen regularmente heroína, cocaína y/o drogas sintéticas, y millones más están vinculadas a la producción, tráfico, distribución y venta de drogas”.<sup>6</sup>

También, se observa una marcada tendencia en las organizaciones criminales a extender los ámbitos de su actuación a otras actividades ilícitas: tráfico de armas, tráfico de material nuclear, tráfico de inmigrantes clandestinos, de mujeres y niños, explotación laboral y redes de venta de niños, secuestros, extorsiones, robos, contrabando de automóviles, fraudes, blanqueo de capitales, entre otros.

Resulta meritorio también subrayar, la especial peligrosidad y alarma social que producen las organizaciones del crimen organizado, toda vez que uno de sus métodos de actuación consiste en la perpetración de atentados violentos contra la vida y los bienes, en muchas ocasiones indiscriminadamente, con el objeto de atemorizar a los ciudadanos mediante el impacto de sus acciones, que, a su vez, alcanzan gran difusión a escala mundial a través de los medios de comunicación social.

La actuación terrorista del crimen organizado, como se puede constatar, se diferencia de aquellas otras formas de delinquir interesadas, primordialmente en su propio enriquecimiento rápido, con el propósito de llamar la atención lo menos posible,

---

<sup>6</sup> CEPAL. **Contexto Social de Tráfico de Drogas en la Región**. Pág. 123. Disponible en: <http://www.cepal.org/analisis>. Fecha de consulta: 14 de Agosto de 2015



empleando la violencia solo con la finalidad de mantener sus propias formas delictivas que la mayoría de las veces lo consiguen con la amenaza.

No obstante, la violencia también forma parte de los componentes esenciales del crimen organizado, de forma que, en muchos países, sus víctimas en ajustes de cuentas, revanchas, y otros actos violentos, superan estadísticamente el número de las que producen los atentados terroristas, aunque, obviamente el impacto social es menor, por cuanto, la mayor parte de las víctimas son miembros de las propias organizaciones.

También, es cada vez más notorio el nexo existente entre diversas formas de delincuencia organizada y terrorismo; muchos grupos terroristas se financian con actividades ilícitas como la extorsión, el secuestro, el tráfico de armas o drogas, etc., propias de los grupos mafiosos. Así ha sucedido con las alianzas de las narco-guerrilleras en diversos países de Centro y Sudamérica, donde durante la segunda mitad del siglo XX se entremezclaron variados grupos terroristas, fascistas, neonazis, militares y paramilitares.

En las condiciones actuales, diferenciar el crimen organizado del crimen ordinario/común es un tema muy complejo de discusión jurídica, para darle el tratamiento legal, y de seguridad, para operativizar las investigaciones criminales en el que tratadistas, analistas, investigadores y juristas no logran ponerse de acuerdo en un todo, sin embargo, sí hay puntos de coincidencia en algunos rasgos que son característicos del crimen organizado:<sup>7</sup> (sic)

- Por su compleja organización y redes de articulación se han expandido en gran parte del territorio nacional, así como sus fronteras, y se han insertado en diversas instituciones del Estado, especialmente, en aquellas que proveen servicios de seguridad o en las encargadas de impartir justicia, por lo que se sale del control gubernamental.

---

<sup>7</sup> Rivera Clavería J. **El crimen organizado**. Pág. 23



- El crimen organizado, en el medio nacional, tiene una organización jerárquica o grandes relaciones de afinidad que les permite una estructura sólida para planificar y definir sus objetivos basados en un sistema de tipo empresarial.
- Para lograr un mayor grado de cohesión interna en su organización, utilizan la amenaza y la violencia, pudiendo llegar, si el caso lo amerita, hasta el asesinato para lograr la lealtad de sus miembros a sus jefes.
- Para lograr sus objetivos no buscan el poder político como tal, sino, incidir sobre el Estado, buscan tener influencias que les permitan tener acceso a prebendas y negocios, así como gozar de un velo de impunidad para poder desarrollar sus actividades y la corrupción es el elemento fundamental sobre el cual se sostienen para lograr coaptar a los funcionarios que más les convenga, y en tanto sus objetivos no presentan un trasfondo ideológico.
- El crimen organizado tiene alta capacidad de adaptación en el nuevo contexto mundial. La creación de múltiples redes y la operatividad de las mismas en redes criminales, son resultado del fenómeno de la globalización económica, tecnológica y de comunicaciones, lo que les permite un manejo óptimo en el mundo para cometer diversas acciones ilícitas y a la vez fortalecer sus organizaciones criminales, por lo que resulta de un carácter transnacional.
- El crimen organizado es integral, es decir, ha adquirido dimensiones globales (en lo geográfico), transnacionales (en lo étnico-cultural), multiformes (en los acuerdos que forja con sectores políticos y sociales) y pluri-productivo (en cuanto al abanico de productos que comercia).
- La aceptación y reconocimiento al crimen organizado, en el caso de la narcoactividad por ejemplo, que recibe por parte de distintos segmentos de la población, está directamente relacionado a la solución de problemas de tipo político, social y económico de gran parte de la población en donde ellos han fincado sus



bases criminales, lo que demuestra que el crimen organizado se ha ganado la simpatía y el apoyo de un segmento de la población que les ha permitido convertirse en actores sociales y gozar de la seguridad que les brinda el apoyo de esos grupos poblacionales.

## **1.2. Delitos no convencionales vinculados al crimen organizado**

### **1.2.1. Narcotráfico**

“Dado su alto nivel de riesgo, la venta de narcóticos es muy lucrativa. La estimación del monto total del dinero generado y lavado por el narcotráfico es muy difícil de determinar, dado el carácter informal del negocio”.<sup>8</sup>

La comercialización de las drogas, dejó de ser una simple transacción mercantil entre productores, intermediarios y consumidores. El negocio prosperó y se ha diversificado ampliamente, abarcando un sinnúmero de actividades ilícitas que van desde las más sencillas como el tráfico de personas, tráfico de ganado, robo de vehículos, compra de tierras para diversos fines (pistas de aterrizaje, bodegaje y otros), hasta otras más sofisticadas como el blanqueo/lavado de dinero, financiamiento electoral, financiamiento de grupos armados y crimen organizado (por lo tanto, compra de armamentos), compra de autoridades de impunidad y corrupción que identifican a los Estados centroamericanos.

Lo que existe actualmente, y que se denomina narcotráfico, es un sistema bien estructurado, que forma parte de una extensa red de negocios ilícitos, organizado de manera jerárquica, con recursos e ingresos similares o mayores a los presupuestos nacionales de cualquier Estado centroamericano, con infinitas redes comerciales y políticas, pero, más peligroso aún, con una creciente base social, que sumida en la

---

<sup>8</sup> Zwiebach, E. **Drogas en las Américas: Un Problema de Oferta**. Disponible en: <http://www.hcs.harvard.edu>. Fecha de consulta: 24 de Agosto de 2015



extrema pobreza y el abandono estatal, no tiene más alternativa que cooperar con el narcotráfico.

Los carteles de la droga son verdaderas organizaciones que funcionan como una especie de transnacionales, con centrales, sucursales y miles de miembros en diferentes partes del mundo que trabajan para ellas. Para analizar el fenómeno del narcotráfico, es imperante abordar el tema de la institucionalidad en Centroamérica. La debilidad de la última es la fortaleza de la primera.

En Centroamérica, el uso de las drogas se generaliza especialmente entre los jóvenes. Durante los años sesenta y con más fuerza en los setenta; las más comunes de la época eran la famosa marihuana (*cannabis sativa*), y poco a poco se van introduciendo otro tipo de sustancias más dañinas, como el LSD, la heroína, y más recientemente, la cocaína y sus derivados.

Los años sesenta y setenta son en todo el mundo una época de crisis, en la que los jóvenes expresan su rebeldía a diferentes eventos, como la guerra de Vietnam y aparecen en esta poca los grandes grupos de rock, cuyos líderes son grandes consumidores de droga.

Aunque el contexto mundial de esa época tuvo influencia sobre los jóvenes de la región, el consumo no fue masivo y era generalmente de marihuana. Como en todas las épocas de la historia, las grandes masas de jóvenes, generalmente con problemas familiares, sin empleo, expulsados de los diferentes sistemas sociales, son presas fáciles de los vicios y delitos.

Probablemente, los conflictos armados de los ochenta apartaron de Centroamérica a las redes de narcotraficantes, que utilizaban otras rutas caribeñas para su negocio. Es a partir de los años noventa que el narcotráfico se instala en Centroamérica, no solo con el objetivo de utilizar la región como una ruta de trasiego, sino, además, el consumo se masifica y, en consecuencia, aparecen las primeras redes de expendedores de drogas



sintéticas más dañinas, como la cocaína, el crack, el éxtasis y otros, y surgen también los carteles de la droga.

No es casualidad que el narcotráfico se haya establecido en Centroamérica, precisamente al inicio de los noventa, ya que en esa época se inauguran en la región una serie de eventos políticos, sociales y económicos que propiciaron su enraizamiento. Aunque ese período marcó la finalización del Conflicto Armado y el inicio de una era de “paz y desarrollo”, pareciera que tal afirmación solo quedó escrita en los Acuerdos de Paz firmados entre las partes en conflicto.

En los últimos quince años, la región cambió su apariencia de conflicto armado a conflicto socioeconómico. La implantación del modelo neoliberal, impuesto por los organismos financieros internacionales que tenían el objetivo de “democratizar” con sus políticas económicas los países postconflictos de Centroamérica, fracasaron, creyendo que el crecimiento económico resolvería todos los problemas.

“Al constituir la economía de la droga una actividad ilegal altamente rentable, los sobreprecios de sus productos incitan al riesgo y la corrupción, a transacciones fuera de la ley y ‘sistemas de justicia’ por propia mano. Esto se traduce en el incremento de la delincuencia y la violencia y conduce a cambios negativos en los comportamientos culturales: la valorización del éxito fácil y rápido y la consiguiente desvalorización de la educación y el trabajo como mecanismos tradicionales de ascenso social y la mayor socialización de formas violentas para someter a terceros y cobrar cuentas”.<sup>9</sup>

Según el Banco Mundial, “(...) la pobreza en Guatemala es grande y profunda, y el país sufre de una grave desigualdad en la distribución del ingreso, los recursos y las oportunidades. El informe del cumplimiento de los objetivos del milenio, hecho por el

---

<sup>9</sup> Panorama Social de América Latina 1999-2000. **Las Drogas en América Latina. Contexto Social de Tráfico de Drogas en la Región.** Pág. 20. Disponible en: <http://www.cepal.org/analisis>. Fecha de consulta: 14 de agosto de 2015.



Gobierno de Guatemala, indica que la población maya que habita en Alta Verapaz, Quiché y Huehuetenango, son los más pobres”.<sup>10</sup>

Desde una visión de género, la pobreza afecta sobre todo a las mujeres, en comparación a los hombres. Esto obedece en mayor medida a la división del trabajo doméstico entre ambos sexos en perjuicio de las mujeres. El sector agrícola en Centroamérica continúa siendo uno de los principales integrantes del Producto Interno Bruto, y una fuente importante de empleo y divisas en la mayoría de sus países.

Pese a su importancia, el sector actual ofrece pocas opciones a los pobres rurales para salir del círculo vicioso de pobreza y degradación de los recursos naturales. Como consecuencia, Centroamérica sigue siendo un bolsón grande de pobreza rural en América Latina, con indicadores de pobreza cercanos a los que registran las regiones más subdesarrolladas del mundo.

Desde inicios del siglo XIX, Centroamérica sostiene una lucha para fortalecer las frágiles instituciones de sus Estados y enfrentar con más recursos las continuas amenazas que surgen constantemente. Los procesos han sido desiguales, diferentes y complejos, según las características propias de cada país.

Pocos son los avances, y muchos los estancamientos y retrocesos. Dictaduras, golpes de Estado, conflictos armados, disputas territoriales, desastres naturales, economías pobres y eternamente dependientes, sociedades civiles débiles, organizaciones sociales intimidadas, poderes económicos y clases políticas que no acaban de asumir su papel histórico son, entre otros, algunos de los problemas con los que se ha enfrentado la región históricamente.

La instauración de un verdadero Estado de Derecho con instituciones fuertes, es todavía un deber pendiente, que no parece estar en las agendas nacionales de Centroamérica. La firma de los Acuerdos de Paz, después de los cruentos conflictos

---

<sup>10</sup> **Ibid.**



armados en varios países de la región, durante los años ochenta, encendió de nuevo la esperanza de fortalecer la institucionalidad.

Se creyó que finalmente se avanzaría con paso firme y con rumbo cierto hacia el tan ansiado estado de Derecho. Mientras en algunos países, como Nicaragua, las instituciones fueron prácticamente refundadas, como en los casos del Ejército, la Policía Nacional y el Organismo Judicial, en otros países, solo se dio un “reciclaje”, es decir, una fusión de las antiguas instituciones con un maquillaje nuevo, con otro nombre, pero manteniendo en el fondo, las mismas estructuras, el mismo personal y, peor aún, los mismos vicios estructurales.

El segundo tema considerado, es la amenaza del narcotráfico. Como es natural, la importancia que los líderes latinoamericanos asignan a este factor, está directamente ligada al grado de desarrollo que tiene el fenómeno en sus respectivos países. Sin embargo, casi todas las opiniones recogidas confluyen al señalar que el narcotráfico implica un doble desafío. Es un desafío directo, porque intenta controlar parte del aparato estatal y partes significativas del territorio, al tiempo que crea fuertes incentivos para el pasaje de la economía formal a la informal.

El narcotráfico crea asimismo desafíos indirectos, entre los que los consultados destacan dos. “El primero es que, al atraer la atención del gobierno de Estados Unidos de América, genera nuevas formas de presión externa que limitan aún más la esfera de acción de los gobiernos nacionales. El segundo, tiene que ver con la corrupción, donde el dinero sucio tiene efectos devastadores sobre el comportamiento de una parte de los dirigentes políticos y sobre el funcionamiento de las instituciones”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> **La democracia en América Latina. Causas de las limitaciones de la democracia latinoamericana. Los poderes ilegales.** Pág.156



A finales del siglo XX, el narcotráfico en Centroamérica era una referencia cinematográfica, filmada en Colombia y cuyo actor principal era un joven nacido en una villa miserable de Cali, llamado Pablo Escobar que, de pobre había pasado a ser rápidamente uno de los hombres más ricos y poderosos del continente.

En esa época, finales de los ochenta, ya se sabía que la droga circulaba en el Atlántico centroamericano, empobrecido y abandonado por los gobiernos de turno. Se sabía que, en algunos departamentos fronterizos de Guatemala, como Petén, Chiquimula, Zacapa, Izabal o San Marcos, el asunto era tan fuerte que en algunas de esas regiones se habían establecido carteles de la droga, como el de Zacapa, en el Departamento del mismo nombre, y el de Sayaxché, municipio de Petén.

Centroamérica en general, es una región que posee una posición geográfica que ha servido como puente natural entre América del Norte y América del Sur para infinidad de propósitos. Muchos de los eventos que han afectado negativamente a la región, han tenido que ver directamente con la falta de clases políticas, que defiendan los intereses nacionales y antepongan a sus intereses particulares el interés común.

Documentos de organismos ligados al combate del narcotráfico, evidencian la existencia de una estructura y un poder operativo casi intacto de los carteles de la droga, cuyos líderes supieron aprovechar la larga inacción del gobierno en su contra, para consolidarse y extender sus dominios.

A partir de los años noventa, el narcotráfico decide cambiar sus rutas originales en el Caribe por la ruta centroamericana. El negocio del narcotráfico está íntimamente ligado al crimen organizado, es decir, todo constituye una variedad y unidad de negocios: tráfico de armas, robo de automóviles, tráfico de migrantes, tráfico de ganado, compra de tierras, tráfico de menores, prostitución, más recientemente, el tráfico de influencias y, por supuesto, el lavado de dinero en grandes escalas.



Es clarísimo que sin la tolerancia estatal, las redes del narcotráfico no podrían operar, mucho menos consolidar espacios delictivos en los territorios nacionales, porque el narcotráfico no es una amenaza externa a los Estados centroamericanos, sino, un peligro interno, que opera y se consolida a la sombra de la frágil institucionalidad, de la corrupción y de la falta de transparencia de los mismos.

Crimen organizado, narcotráfico, lavado de dinero y demás ramificaciones, son poderes ilegales, mal llamados ocultos porque son ampliamente conocidos los nombres, lugares y negocios que manejan.

El aumento de los índices de criminalidad, de violencia en todos los niveles y de corrupción estatal, y la aparición de grupos fuertemente armados, no deben considerarse como casuales; por el contrario, forman parte de la combinación perfecta para que el narcotráfico pueda operar y consolidar su dominio en el territorio centroamericano.

Los efectos de esos fenómenos vinculados al narcotráfico han sido catastróficos para la región en muchos los sentidos. No solo se vive un clima de inseguridad inédito, en el que miles de personas se han visto afectadas de alguna manera, sino que las instituciones encargadas de velar por la seguridad no solo de los ciudadanos, sino de la nación en general, se han visto involucradas con el narcotráfico, en detrimento del Estado de Derecho y favoreciendo a los grandes intereses del crimen organizado.

Para poder operar con mayor efectividad, los narcotraficantes necesitan información de los aparatos del Estado que luchan en contra de la narcoactividad; y, para ello, buscan cómo obtener información que consideran vital, a través de amistades, ya sea directa o indirectamente.

Una de las principales características del crimen organizado, es buscar información que les permita proteger sus actividades. Los narcos necesitan tener influencia en el Poder Judicial para obtener fallos favorables; en aduanas para no ser perseguidos; en



migración para obtener documentación falsa, y en el Ejército y en la Policía para conocer los planes operativos en contra de la narcoactividad.

Para combatir el flagelo del narcotráfico y sus efectos colaterales mencionados anteriormente, los gobernantes de la región han tomado medidas claramente equivocadas y sin resultados positivos. Todas las informaciones de analistas y expertos en la materia coinciden que en general no hay resultados, en tanto el flujo de la droga sigue su cauce normal y el consumo en Estados Unidos de América continúa aumentando.

Ni las fumigaciones en cultivos de amapola (caso Guatemala), ni las quemaduras de plantaciones de marihuana, ni las capturas de involucrados de muy bajo nivel en la pirámide jerárquica del narcotráfico (caso de muleros o expendedores de poco monto), son proporcionales a los recursos invertidos en este tema, en detrimento de la inversión social que cualquiera de los países centroamericanos necesita.

Todos los días, en los medios de comunicación de la región, se pueden leer informaciones que muestran que el narcotráfico gana terreno y que las instituciones nacionales son incapaces de detenerlo, y menos aún de eliminarlo. Policías corruptos, jueces que liberan a involucrados, cargas de cocaína que desaparecen de las bodegas, avionetas que aterrizan sin controles y que posteriormente son encontradas destruidas y sin la respectiva mercancía en territorios selváticos, y una sociedad violenta y pobre es el panorama permanente y favorable al narcotráfico.

Los capitostes de la droga arrestados, son reemplazados inmediatamente por otros que van ascendiendo en la jerarquía; los carteles desmantelados son reemplazados por organizaciones más pequeñas y compactas que son más difíciles de detectar y disolver. Cuando se logra desorganizar las rutas de narcotráfico, mediante intensivas campañas de interdicción, otras rutas son utilizadas.



Entre las medidas más publicitadas por los gobiernos de la región está el involucramiento de los ejércitos en la lucha contra el narcotráfico, y la coordinación de acciones regionales destinadas al mismo fin. Si bien es cierto que la coordinación es esencial en este tipo de casos, especialmente en el tema de la información, también es cierto que las acciones dadas han sido aisladas, sin coordinación y de escasos resultados, lo que confirma la tesis de que muchos oficiales de esta institución armada estarían involucrados con actividades vinculadas con el narcotráfico.

Sin resultados sustantivos, pero con nuevos recursos, entrenamientos y una renovada autoridad, algunos ejércitos de la región han recuperado sus antiguos espacios de dominación, marcando así, un retroceso en el proceso democrático de subordinación al poder civil, tan parafraseado en los Acuerdos de Paz suscritos en Guatemala y tan apoyado por la comunidad internacional.

*Contrario sensu*, en Estados Unidos de América, existe el principio del *Posse Comitatus* (locución latina que significa poder del pueblo), acta aprobada en 1878, por la cual, los militares no pueden intervenir en asuntos internos o policiales. Dicha acta, conocida también como Ley Centinela, consiste en el control civil sobre lo militar.

Producto del tráfico de drogas en Centroamérica, se ha producido una militarización de áreas que en el marco de los Estados Democráticos correspondería a instituciones de seguridad civil. La creación de agencias o secciones especializadas en antinarcóticos que cuenten con el apoyo de una institución de inteligencia civil, es una de las soluciones propuestas por organizaciones de la sociedad civil que observan con preocupación el nuevo ascenso de las fuerzas armadas, que, en algunos casos, como en el guatemalteco, cometieron crímenes de lesa humanidad al masacrar poblaciones civiles indefensas.

El combate contra el narcotráfico, incluido en la agenda antiterrorista de Estados Unidos de América, se ha convertido en otro tema de alarma general, debido a las múltiples violaciones a los derechos humanos que en nombre de la lucha contra el crimen



organizado se cometen, provocando una crisis adicional a la ya caótica situación de inseguridad e ingobernabilidad que vive la región.

“La actividad del narcotráfico, no tendría lugar si no existiera el mercado de los consumidores; algo que incide en el desarrollo delincuencial es la pobreza, que socaba y arruina los cimientos de familias sólidas, porque las múltiples carencias y dificultades que genera, tensan al máximo las posibilidades de supervivencia y terminan destruyéndolas, provocando conflictos sociales como la desintegración familiar, donde muchos de sus integrantes, fundamentalmente jóvenes, optan por el consumo, venta y tráfico de la droga como una forma de supervivencia”.<sup>12</sup>

La magnitud de este proceso se ha visto incrementada por la interrelación entre narcotraficantes y las maras o pandillas, quienes se han convertido en uno de los generadores principales de la violencia en el área, provocando una diversidad de modalidades y manifestaciones delictivas, traducidas entre otras, en asaltos a mano armada, robos en viviendas y a transeúntes, asesinatos execrables que aterrorizan masivamente a la población, obligando a algunos de sus habitantes a emigrar de un lugar a otro, en busca de un ambiente de seguridad que propicie la paz y el trabajo para el progreso de las comunidades del área.

### **1.2.2. El tráfico de armas**

Las Naciones Unidas y en particular, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, poseen gran experiencia en el control de armas pequeñas y ligeras en el marco de la prevención de su tráfico ilegal, para la consolidación de la paz en situaciones postconflicto o de crisis, y operaciones de reducción/prevención de la violencia armada, ya que el tráfico ilegal de armas, genera grandes ganancias para sus autores y propicia el lavado de efectivo.

---

<sup>12</sup> Kliksberg, B. **No funciona la mano dura en Latinoamérica**. Publicado por El Tiempo Latino, fecha 27 de octubre del 2006. Pág.15. Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2015



El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, se ocupa de la cuestión del control de armas pequeñas desde una perspectiva de desarrollo humano. Por mandato de las políticas de las Naciones Unidas sobre el control de armas pequeñas, y para combatir las consecuencias socioeconómicas de la proliferación ilícita de armas pequeñas y ligeras, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo apoya a gobiernos y sociedad civil en la formulación y ejecución de iniciativas para tal control, con el fin de crear un entorno seguro que conlleve a un desarrollo sostenible y evitar así, la proliferación de otras actividades ilícitas.

“Estimaciones conservadoras afirman que hay al menos dos millones de armas circulando en los países centroamericanos de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá”.<sup>13</sup> Con una tasa cinco veces más alta que la media mundial, los homicidios por armas de fuego alcanzan cifras endémicas en América Latina y el Caribe. Dentro de la región, Centroamérica cuenta con la tasa más alta de mortalidad causada por este delito.

“El tipo de armas va desde granadas de mano, pistolas y revólveres civiles, hasta rifles de asalto y lanzacohetes. Estas armas han llegado a todos los niveles de la sociedad, empresas de seguridad privadas, civiles, crimen organizado y pandillas juveniles, y son habitualmente utilizadas en crímenes, violencia doméstica, resolución violenta de conflictos entre la población civil y, también, son causa de un creciente número de accidentes, con la consiguiente ganancia para sus principales aseguradores que se van ante la necesidad de limpiar o sanear el efectivo adquirido por la venta de tales artefactos”.<sup>14</sup>

El conflicto político violento llegó a su fin, pero ha sido sustituido por la violencia socioeconómica, en la cual, la disponibilidad de armas pequeñas y ligeras exacerba las consecuencias; así, algunos países centroamericanos están experimentando niveles de violencia armada y de inseguridad de proporciones aterradoras.

---

<sup>13</sup> Informe de Encuesta sobre Control de Armas 2004. Pág. 174

<sup>14</sup> Balas Perdidas: El impacto del Maluso de Armas Pequeñas en Centroamérica. Pág. 55



El acceso generalizado a las armas, si bien no es causa directa de las altas tasas de violencia, definitivamente juega un rol importante y sin duda, ha incrementado el nivel y la letalidad de la violencia dentro de la sociedad centroamericana.

Los datos disponibles sugieren, que la violencia social y la criminalidad armada han aumentado en el período posterior a los conflictos que sufrieron la mayoría de los países de la región centroamericana. Si bien la tendencia indica niveles de homicidios relativamente estáticos, aunque altos, en todos los países de América Central en la última década, la proporción de estos homicidios cometidos por armas de fuego va en aumento.

En los años de 1970 a 1980, fluyó hacia la región una importante cantidad de armas de una gran variedad de fuentes. “Ello se debió principalmente a las tensiones producidas por la Guerra Fría. Si bien aún siguen entrando a la región desde Estados Unidos, Brasil y Europa, la mayoría de las armas son desviadas ilegalmente a través de la región”.<sup>15</sup>

Otros factores a considerar respecto al tráfico de armas serían:

- Adicionalmente a la gran cantidad de armas en circulación, el volumen de importaciones legales continúa siendo alto.
- La geografía de la región centroamericana, la cual hace difícil controlar las fronteras.
- La considerable demanda de armas por la parte de nuevos tipos de actores tales como las maras, bandas criminales y carteles de drogas, quienes tienen cuantiosos recursos económicos a su disposición.

---

<sup>15</sup> Laurance, Edward y Godnick, William. **Recolección de Armas en Centroamérica: El Salvador y Guatemala**. Pág. 34



- La vulnerabilidad de los sistemas judiciales estatales y el número inadecuado de jueces, fiscales, oficiales de policía y demás profesionales vinculados a la administración de justicia penal.

Aunque existen muchas diferencias entre los países de Centroamérica, la percepción de inseguridad vinculada a los altos niveles de violencia armada en la región es dominante y la sensación de inseguridad ha trazado el camino para la privatización de la seguridad, a menudo con regulación inadecuada y descuido.

La incapacidad de los Estados para garantizar la seguridad, también ha llevado a muchos ciudadanos a hacerse cargo de su propia seguridad mediante la posesión de armas de fuego. Los datos de la importación legal indican, que algunos países centroamericanos importan legalmente enormes cantidades de armas pequeñas anualmente.

“Se calcula que entre el 50 % y el 60 % del comercio mundial de armas pequeñas es de origen legal, pero es común que las armas exportadas legalmente vayan a parar al mercado ilícito. Entre ellas se cuentan las armas provenientes de excedentes producto de la Guerra Fría y, sobre todo, las que quedaron en los países en desarrollo, tanto en manos de ejércitos regulares, como en manos de paramilitares e insurgentes”.<sup>16</sup>

En fin, la violencia y la inestabilidad causada por la disponibilidad de armas pequeñas impiden a los Estados garantizar la seguridad física de amplios sectores de la población y, por tanto, el notable progreso logrado en los regímenes democráticos no ha ido acompañado de avances similares respecto al derecho a la vida, inviolabilidad física, protección contra la discriminación y seguridad, y *contrario sensu*, ha propiciado otras actividades ilegales como el lavado de efectivo como producto final del referido tráfico.

---

<sup>16</sup> Organización de Naciones Unidas. **Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos**. Disponible en: <http://register.consilium.europa.eu>. Pág. 3. Fecha de consulta: 26 de Noviembre de 2015.



“Durante el año 2008, las transacciones de armas en el mercado mundial superaron los 1.13 billones de dólares, reportando de este modo jugosas ganancias”.<sup>17</sup> “Como cualquier otro mercado, el de armas se mueve por la oferta y demanda; sin embargo, la letalidad de las armas hace que las características de dicho mercado sean esencialmente diferentes al de otras mercancías, ya que, en sentido general, acompaña y fomenta conflictos de toda índole, tanto en el campo de delitos comunes, como en el ámbito de conflictos internos de los Estados e incluso de carácter internacional; en la actualidad, la tenencia de armas pequeñas y ligeras causan la mayor parte de muertes de civiles fuera del contexto de los conflictos armados, y las armas pequeñas son las más utilizadas en crímenes y delitos comunes”.<sup>18</sup>

Al respecto, el Grupo de Expertos Gubernamentales,<sup>19</sup> en informe rendido a las Naciones Unidas, señala: “las armas que se comerciaban en el mercado ilícito, muchas veces habían sido producidas o transferidas sin la licencia correspondiente, volviendo a comercializarlas o exportarlas mediante la intermediación ilícita, o tenían su origen en el almacenamiento o transporte no seguros. Además, observaron que estas armas podían utilizarse para actos de terrorismo, Delincuencia Organizada y otras actividades delictivas”.<sup>20</sup>

Por sus propias características constructivas, las armas pueden conservar su funcionalidad por un tiempo prolongado, lo que provoca que su letalidad y peligro social se mantengan en el tiempo; lo que sumado a las reglas del libre mercado y a los constantes avances tecnológicos, los propietarios intentan a toda costa transferir las existencias acumuladas para poder adquirir nuevo armamento; así, las armas menos

<sup>17</sup> Stockholm International Peace Research Institute. **SIPRI Yearbook 2009 Armaments, Disarmament and International Security**. Pág. 2

<sup>18</sup> Consejo de Seguridad de la ONU. **Armas Pequeñas**. Pág.13

<sup>19</sup> Organización de Naciones Unidas. **Informe del Grupo de expertos gubernamentales encargado de examinar la viabilidad, el alcance y los parámetros de un proyecto de instrumento amplio y jurídicamente vinculante que establezca normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales**. Pág. 6. El Grupo de Expertos Gubernamentales de la ONU fue presidido por el Embajador Roberto García Moritán de Argentina y estuvo integrado por 29 países: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Brasil, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Egipto, España, EE.UU., Rusia, Finlandia, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, Kenia, México, Nigeria, Pakistán, Rumania, Sudáfrica, Suiza, Ucrania, Gran Bretaña e Irlanda.

<sup>20</sup> **Ibid.** Pág. 23



recientes son trasladadas a mercados dispuestos a pagar por armas menos modernas pero aún funcionales y en este cambio de dueño, suelen perderse las posibilidades de control efectivo de las mismas.

En general, el mercado de armas y municiones a nivel mundial está caracterizado por transacciones lícitas e ilícitas sumamente complejas, en donde el mercado legal frecuentemente interactúa con el ilegal; una de las características del mercado internacional consiste en la concentración de la producción en pocos países, los cuales tradicionalmente han sido potencias industrializadas.

Frente a la constante demanda, los países productores han adoptado como práctica la producción de armamento con altos niveles de tecnología y derivado a otros países, mediante el otorgamiento de licencias, la fabricación menos sofisticada, los cuales ofrecen, por lo general, mano de obra o materia prima barata, así como condiciones favorables de carácter legal, tributario o de mercado; lo que motiva que el número de países productores de armas ligeras se incrementa notablemente, llegando a estimarse que, al menos en 100 países operan alrededor de 1000 empresas vinculadas a alguna actividad en la producción de armas pequeñas.<sup>21</sup>

De esta manera, se diluye la responsabilidad de los países productores en donde opera la casa matriz, pues, normalmente, las reglas de comercialización son más sencillas y menos exigentes en los países participantes en el proceso de producción, donde generalmente existe una demanda interna que satisfacer.

Por tal razón, la interacción de que se habla entre el mercado legal e ilegal de las armas parte desde el proceso de producción, pues al estar concentrado en pocos países siempre, al menos, la primera transacción en la comercialización sería legal.

---

<sup>21</sup> Small Arms Survey, 2004. **Rights at risk.** Pág. 23



Entre los factores que coadyuvan a la transferencia de armas del mercado legal al ilegal se encuentran entre otros, los siguientes:

- Ausencia de estándares internacionales de carácter vinculante para el marcaje de armas.

En relación con el marcaje, es necesario acotar que, a excepción del marcaje de las armas durante el proceso de producción, se carece de estándares internacionales de carácter vinculante que permitan rastrear las diferentes transferencias efectuadas sobre las armas.

Para lograrlo, la Organización de las Naciones Unidas ha impulsado, en diversas conferencias y encuentros, la necesidad del marcaje como un mecanismo de control para darle seguimiento a las transacciones que se efectúan sobre las armas, que debe incluir un sistema adecuado de registros y acceso a la información disponible en los mismos.

- Ausencia de mecanismos que permitan verificar la legalidad de los certificados de usuario final.

El certificado de usuario final constituye un mecanismo de control para establecer, desde el inicio de la transacción comercial, al destinatario final de las armas; a pesar de su utilidad y de ser requerido generalmente por los Estados exportadores a sus fabricantes, dicho documento se considera como un requisito meramente formal para realizar la transacción, que no es verificado convenientemente por el país exportador ni por el importador. El certificado de usuario final, es un documento que certifica el destinatario final del envío de armas y municiones, así como su naturaleza, privada o pública, no estatal o estatal.



Este documento debe ser entregado por el importador (privado o estatal) al exportador (fábrica o Estado), en la medida en que este último lo requiera o así lo estipule el mecanismo de compraventa establecido por los marcos jurídicos de cada país.

Pero tal y como se plantea por parte del secretario general en su informe (S/2008/258) al Consejo de Seguridad, si bien estos documentos tienen como objeto el establecer una línea de defensa esencial contra la desviación de las transferencias autorizadas de armas pequeñas, son eficaces solo si son parte de un sistema más amplio que controle los envíos de armas en todas sus etapas: concesión de la licencia, verificación de la documentación de usuario final y los controles posteriores al envío).

Esta situación, facilita que el destino final de las armas sea diferente al establecido en el certificado de usuario final y, como práctica generalizada en las transacciones de armas, se advierte la participación de intermediarios, con frecuencia, vinculados a agentes del Estado.

- Ausencia de regulaciones específicas que establezcan con precisión el rol de los intermediarios.

Los intermediarios realizan diversas actividades en el proceso de adquisición, traslado y entrega del producto, con un margen de actuación discrecional sin regulación específica que determine los alcances de su participación en las transacciones que se efectúan.

Según el secretario general de Naciones Unidas en su informe al Consejo de Seguridad, “aproximadamente el 80 % de los Estados miembros no han sancionado leyes o reglamentos específicos sobre la intermediación, en sus sistemas de control de exportaciones de armas y municiones, ni tampoco existen normas dentro de otras leyes de su marco normativo que puedan ser aplicables”.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Consejo de Seguridad. ONU. **Armas Pequeñas**. Pág. 6



- Comercialización a través de países no productores o que no participan en el proceso de producción, cuyos marcos normativos no permiten un adecuado control de las transacciones realizadas.

En este sentido, "(...) países de la región como Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Belice y República Dominicana, siendo no productores aparecen como exportadores a otros países".<sup>23</sup>

A las cuestiones ya señaladas, se suman las lagunas normativas que puedan existir en los países productores o exportadores y a la debilidad de los sistemas jurídicos de los países importadores, realidad que torna necesario un tratado sobre transferencia de armas que unifique procedimientos y homologue requisitos a nivel mundial, como un serio intento de reducir el tráfico de armas, lo cual no ha sido posible por falta de consenso en torno a la regulación de la intermediación.

"Dentro del mercado de armas, se tiene en primer lugar a los países que son grandes productores, los cuales tradicionalmente han sido potencias industrializadas; así, según Amnistía Internacional, al menos dos terceras partes de todas las transferencias de armas realizadas en el mundo entre 1997 y 2001 procedieron de cinco miembros del G8".<sup>24</sup>

Por otro lado, un desvío de armas desde el mercado legal al ilegal por lo general, requiere en algún momento de la actividad de un funcionario público en orden a disponer, ocultar, autorizar o ignorar la existencia de una operación ilegal de transferencia de armas; por lo que las operaciones de tráfico ilícito envuelven a menudo la actividad ilegal de agentes del Estado, lo cual se relaciona con fenómenos como la corrupción pública y el consiguiente debilitamiento del Estado de Derecho, ya que detrás de dicha actividad se encuentran frecuentemente personas y organizaciones con capacidad de influir en las decisiones de miembros de los poderes públicos, para

---

<sup>23</sup> Fleitas, Diego. **El tráfico de armas y municiones en Latinoamérica**. Pág. 25

<sup>24</sup> Amnistía Internacional. **Catálogo de fracasos: Exportaciones de armas del G8 y violaciones de derechos humanos, 2003**. Pág. 45



afectar el cumplimiento de las obligaciones del Estado en orden a respetar y hacer respetar la Ley y proteger los derechos de los ciudadanos.

Otro aspecto de gran importancia en este tema, lo constituye las municiones, pues el comercio de municiones queda fuera de los datos de exportación confiables. El manejo de las municiones es un problema, tanto por el cuidado de los arsenales y almacenes, porque se ha demostrado que parte de las municiones que circulan entre actores armados no estatales, ha sido desviada ilícitamente desde las fuerzas de seguridad estatales; por ello, los arsenales estatales mal resguardados o mal administrados, generan condiciones para el desvío de armamento al mercado negro.

Otra fuente de desvío es el trueque de armamento antiguo por moderno, realizado entre fuerzas de seguridad, ocasionalmente mediante intermediarios. “Un Caso bien conocido en la región lo constituye el trueque, en el año 2000, de 3000 fusiles AK-47 y unos cinco millones de cartuchos entre la Policía Nacional de Nicaragua y la Policía de Panamá, que finalmente fue a dar a manos de las paramilitares Autodefensas Unidas de Colombia, mediante la intermediación de dos empresas privadas, dentro de las cuales se encuentra la guatemalteca GIR, S. A.”<sup>25</sup>

Este hecho fue investigado por la Organización de Estados Americanos, la cual al respecto emitió el *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos sobre el desvío de armas nicaragüenses a las Autodefensas Unidas de Colombia*. 6 de enero de 2003. OEA/Ser.GCP/doc. 3687/03. Por ello, la destrucción periódica de excedentes de armamento es una recomendación cada vez más fuerte por parte de Naciones Unidas.

“En Centroamérica, conforme a informaciones oficiales, más de 740,000 personas mueren cada año en el mundo a causa del empleo de armas, de las cuales el 66 % ocurren fuera de las zonas de conflicto bélico. Centroamérica, es una de las tres regiones donde se producen más muertes por la violencia armada sin que haya guerras

---

<sup>25</sup> Small Arms Survey. **Op. Cit.** Pág. 33



declaradas, donde la tasa promedio de homicidios por armas de fuego es cuatro veces superior a la tasa mundial”.<sup>26</sup>

“Se ha afirmado categóricamente que en el continente americano se produce el 42 % de las muertes causadas por arma de fuego en el mundo. En ese contexto, Centroamérica y en especial, Guatemala, El Salvador y Honduras, es la subregión que presenta el mayor índice de muertes a causa del uso de armas de fuego. Las víctimas son fundamentalmente jóvenes entre los 20 y los 30 años”.<sup>27</sup>

Durante los años 80, Centroamérica se encontraba afectada por múltiples conflictos armados, algunos de ellos de larga data, y el primer esfuerzo por alcanzar la paz fue la Declaración de Contadora, suscrita en enero de 1983 por los cancilleres de Colombia, México, Panamá y Venezuela, promoviendo la finalización de los conflictos, y la búsqueda de las condiciones socioeconómicas que hicieran viable el fortalecimiento y la consolidación de los regímenes democráticos.

En el Anexo al Acta de Contadora. Numeral 15, define el “tráfico de armas” de la siguiente manera: “Se entiende por tráfico de armas todo tipo de transferencia por parte de gobierno, personas, o grupos regionales o extra regionales de armamentos destinados a grupos, fuerzas irregulares o bandas armadas que busquen desestabilizar a gobiernos de la región. Ello incluye también el paso de dicho tráfico por el territorio de un tercer Estado, con consentimiento o no, destinado a los grupos mencionados, en otro Estado”.

El Acta de Contadora se refirió a la problemática del tráfico de armas, en el contexto de los conflictos latinoamericanos, como un fenómeno asociado a la inestabilidad política prevaleciente en la región y a la actividad de grupos armados que pretendían la sustitución de regímenes políticos; así, los compromisos y las definiciones del Acta de Contadora tienen un tenor similar, es decir, eliminar el tráfico ilegal de armas.

---

<sup>26</sup> Instituto de Control de las Armas Ligeras. **La Carga global de la violencia armada**. Pág. 18. Disponible en: <http://www.genevadeclaration.com>. Fecha de consulta: 17 de Noviembre de 2015.

<sup>27</sup> Small Arms Survey. **Op. Cit.** Pág. 34



Posteriormente, largos y complicados procesos fueron viabilizando lentamente el cese de los conflictos armados en la región y particularmente en Guatemala, país cuyo proceso de paz se inició formalmente en 1990 con el Acuerdo de Oslo, culminando en 1996 con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera.

En el transcurso de los seis años de negociaciones en Guatemala, fueron firmados doce Acuerdos de Paz que pusieron fin a treinta y seis años de Conflicto Armado Interno. Los más relevantes a efecto del tráfico de armas, son el acuerdo global de derechos humanos y el acuerdo de fortalecimiento del poder civil y rol del ejército en una sociedad democrática.

El Acuerdo Global de Derechos Humanos, en su numeral IV, titulado “Compromiso de que no existan cuerpos ilegales y aparatos clandestinos; regulación de la portación de armas”, establece lo siguiente:

“1. Para mantener un irrestricto respeto a los derechos humanos, no deben existir cuerpos ilegales, ni aparatos clandestinos de seguridad. El Gobierno de la República reconoce que es su obligación combatir cualquier manifestación de los mismos.

2. El Gobierno de la República de Guatemala reitera el compromiso de continuar la depuración y profesionalización de los cuerpos de seguridad. Asimismo, expresa la necesidad de continuar adoptando e implementando medidas eficaces para regular en forma precisa la tenencia, portación y uso de armas de fuego por particulares de conformidad con la ley.”

El acuerdo de fortalecimiento del poder civil y rol del ejército en una sociedad democrática, en correspondencia con similar idea precisa que el gobierno se compromete, de conformidad con el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, a promover la reforma de la Ley de Armas y Municiones; lo que incluía los compromisos de hacer efectivo el sistema de registro de las armas en circulación y la identificación de sus propietarios y transferir los registros del Ministerio de la Defensa al Ministerio de



Gobernación, proceso que, de conformidad con el referido Acuerdo, debía concluirse en los finales de 1997.

De lo precisado en los párrafos precedentes, se advierte que desde los Acuerdos de Paz ya se dejaba entrever en el negocio de las armas, la estrecha relación entre la actividad de aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad, así como la desregulación del porte, tenencia y uso de armas de fuego.

Posterior a la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera en 1996, las acciones por tornar operativos los compromisos asumidos en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos y el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática llevaron más de 12 años, ya que es el año 2009, que el sistema jurídico interno y la estructura de las instituciones vinculadas al control de armas en Guatemala desarrollan una iniciativa concreta en este sentido.

En los últimos años, se ha registrado un sostenido incremento de la violencia homicida en el país. La información oficial del año 2008,<sup>28</sup> muestra que las personas heridas y fallecidas con ocasión de uso de armas de fuego han aumentado; los homicidios en los que se ha empleado armas de fuego representan, a nivel nacional, el 83 %, superando dicho porcentaje los departamentos de Izabal (90 %), Guatemala (87 %), El Progreso (87 %), Escuintla (86 %), Jutiapa (86 %), Retalhuleu (86 %), y Baja Verapaz (84 %).

El año 2008 fue catalogado como el año más violento de la historia de Guatemala; en este período la tasa de muertes violentas alcanzó un índice de 46 por cada 100 000 habitantes; donde fallecieron violentamente 6292 personas, y de ellas, el 83.2 % murieron a causa del empleo de armas de fuego; el 89.1% fueron hombres y el restante 10.9 % mujeres, ambos entre 19 y 36 años de edad<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala. **Armas de fuego y municiones en Guatemala. Mercado legal y tráfico ilícito.** Pág. 12

<sup>29</sup> **Ibid.** Pág. 13 y ss.



No obstante, a la realidad constatable en Guatemala, por la clara información estadística, donde se muestra el impacto del uso de armas de fuego en el país en actividades de gran peligro social, los esfuerzos por controlar la proliferación de armas de fuego y la falta de control sobre su adquisición y uso, no han estado presentes en la agenda de fortalecimiento institucional y perfeccionamiento del sistema jurídico, lo que denota la falta de una política de gobierno como parte de su política general y de su política criminal en particular, para luchar por mantener en límites permisibles el flagelo económico social de tráfico ilegal de armas.

“Para que se tenga una clara idea de la situación de crisis real que vive Guatemala, en relación con el tráfico de armas y su adecuado control, se debe valorar que del total de 36 países que conforman la América Latina, Guatemala constituye el sexto comprador de armas en el área, al importar aproximadamente el 5 % del total de armas y municiones de la región; lo que a su vez representa el 42 % del total importado por los países centroamericanos”,<sup>30</sup> encontrándose solo de por debajo de países como México, Colombia, Venezuela y Brasil.

Los datos antes citados, contrastan con la baja calificación de Guatemala en el Índice de Desarrollo Humano, en el que ocupa el puesto 122, solo por encima de Nicaragua y Haití en el ámbito regional,<sup>31</sup> datos que ofrecen la elemental conclusión de que la sociedad guatemalteca no está preparada en modo alguno para mantener tanta cantidad de armas en las calles y dado su bajo desarrollo educacional, cultural, social y económico. Todo conflicto social se intenta resolver por vía violenta con el empleo de armas y, por supuesto, al margen de los mecanismos legales establecidos por el Estado, lo que denota además la falta de confianza de la población en las instituciones gubernamentales para solucionar los constantes y crecientes conflictos sociales.

---

<sup>30</sup> Purcena, Julio César. **El balance de la balanza: exportaciones e importaciones de armas pequeñas y ligeras (APL), sus partes y munición en América Latina y el Caribe 2000-2006**. Disponible en: <http://www.comunidadsegura.org>. Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2015.

<sup>31</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. **Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos**. Disponible en: <http://hdr.undp.org>. Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2015.



La circulación de armas de fuego en Guatemala, su fácil acceso y las condiciones geográficas del país, favorecen la proliferación ilegal y el tráfico de armas y municiones, lo que propicia también un serio aumento en las capacidades de acción de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos, ya que una fuente principal de acopio de armamento es a través del mercado negro, y estos grupos generan mecanismos paralelos en las instituciones del Estado y fomentan la corrupción de los funcionarios para lograr el acceso a las armas y municiones que necesitan para realizar sus acciones ilícitas.

### 1.2.3. Tráfico de seres humanos

“El tráfico de seres humanos es una práctica esclavista, cuya operación ofrece muy buenos dividendos al crimen organizado, al que la propia actividad como todas o casi todas las que realizan, su fin resulta la obtención de una ganancia que tiene que ser lavada en el mercado financiero, para poder ser asimilada en la sociedad con una apariencia de licitud. Esta forma de explotación data de tiempos inmemoriales, pero lejos de desaparecer, ha evolucionado, convirtiéndose en un problema social de dimensiones globales.

El tráfico de mujeres y niños para su explotación sexual, es un comercio sumamente lucrativo y con escasos riesgos para sus organizadores, pero ultrajante para los millones de mujeres y niños explotados bajo condiciones de esclavitud en la industria mundial del sexo.

Este comercio se ha calificado como una afrenta y una plaga mundial, se lleva a cabo en todo el mundo con una impunidad casi absoluta y en muchos casos, acarrea sanciones mucho menos severas que las estipuladas para el tráfico de drogas”.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Declaración ante la Subcomisión de Asuntos del Cercano Oriente y Sur de Asia, de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos: Audiencias sobre el tráfico internacional de mujeres y niños, 4 de abril de 2000. Disponible en: <http://secretary.state.gov>. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2015.



Si bien, suele asociarse esta trata principalmente con Europa Oriental o Asia, ha evidencias crecientes de que el tráfico de mujeres y niños para su explotación sexual con sus abusos concomitantes contra los derechos humanos y sus consecuencias sanitarias, constituye un problema significativo en las Américas y amenaza con agravarse si no se emprende una acción colectiva.

El primer acuerdo internacional en cuanto a la definición del tráfico se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, donde se dice que se entenderá por “tráfico de personas” “la contratación, transporte, ocultamiento o recibo de personas, por medio de amenazas o del uso de la fuerza u otras formas de coacción, de secuestro, de fraude, de engaño, del abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o de la entrega o percepción de pagos o de beneficios a fin de obtener el consentimiento de una persona que posea control sobre otra persona, con fines de explotación” (Protocolo sobre Tráfico, Artículo 3a).<sup>33</sup>

En esta definición legal, el término explotación comprende la explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud, la servidumbre y la extirpación de órganos. Este documento, empero, se concentra en el tráfico de mujeres y niños para su explotación sexual, práctica a la cual, se refiere simplemente como tráfico o trata sexual.

El lenguaje técnico puede opacar las vidas que están en el centro del problema, los millones de mujeres y niños abusados y prostituidos en condiciones tan sobrecogedoras, como para que el tráfico se haya considerado una forma contemporánea de esclavitud.

La trata sexual, más que una cuestión de delito o migración, configura un problema de derechos humanos y una manifestación de persistente desigualdad entre los sexos y de la condición de subordinación de la mujer a escala mundial.

---

<sup>33</sup> **Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar el Tráfico de Personas, especialmente Mujeres y Niños.** Disponible en: <http://www.odccp.org/palermo/convmain.html>. Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2015.



En todo el mundo, la mayoría de los seres sometidos a la trata sexual, son mujeres y niñas de baja condición económica, y las principales corrientes de este comercio fluyen desde los países en vías de desarrollo hacia los más prósperos.

“Los análisis económicos del sector sexual, revelan el andamiaje de desigualdades por razones de sexo, raza y clase sobre el cual se sustenta este tráfico. La trata encuentra impulso en una demanda de cuerpos de mujeres y criaturas en la industria sexual, alimentada por una oferta de mujeres a quienes se niega derechos y oportunidades iguales de educación y progreso económico, y perpetuada por traficantes que pueden explotar el infortunio humano casi con impunidad”.<sup>34</sup>

El factor de la demanda en el tráfico sexual sigue siendo el menos visible. Cuando no se analiza la demanda o se le menciona escasamente, resulta fácil olvidar que en la industria del sexo no se trafica con seres humanos para satisfacer la demanda de los traficantes, sino la de los compradores, que son hombres en su mayoría.

La insaciable demanda de mujeres y criaturas en establecimientos de masajes, espectáculos de *strip-tease*, servicios de acompañamiento, burdeles, pornografía y prostitución callejera, es lo que determina que el comercio sexual sea tan lucrativo.

“Los estudios de este aspecto son escasos, pero algunos han revelado que los hombres compran relaciones sexuales movidos por el deseo de consumarlas sin compromiso o entrega emocional; la noción de que pueden pedir a una prostituta que haga cualquier cosa, vale decir, que consume actos que vacilarían en solicitarle a una compañera regular; la creencia, especialmente entre los hombres que carecen de pareja regular (o se han separado de ella), de que la relación sexual es necesaria para su bienestar, una

---

<sup>34</sup> Davidson, J. **The sex exploiter. Documento de trabajo para el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños.** Disponible en: <http://www.usemb.se/children/>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2015



necesidad básica; y la sensación de poderío que experimentan en los encuentros sexuales con prostitutas”.<sup>35</sup>

Si bien, para algunos varones el acercamiento a la prostitución tiene su origen en el apetito sexual, para otros, constituye una expresión de misoginia, de racismo, o de ambas cosas. “El espectáculo de mujeres y adolescentes alineadas en un burdel, numeradas y a disposición de cualquier hombre que las elija, permite verlas dominadas y humilladas, despojadas de su poder de ‘resistir’ el abordaje sexual, que para muchos hombres es una cuestión fundamental para su propio bienestar”.<sup>36</sup>

La Coalición contra el Tráfico de Mujeres ha descrito la expansión de la trata sexual, como un contragolpe propinado al movimiento feminista. “Las agencias dedicadas al turismo del sexo, cuyos clientes son varones de origen caucásico, anuncian a las mujeres latinoamericanas como dependientes, eróticas y poseídas por un frenesí sexual, vale decir, una alternativa al estereotipo de la mujer occidental, fría e independiente. Por ejemplo, se ofrece las mujeres brasileñas como seres de piel oscura, fácil y disponible, propaganda que refuerza los estereotipos racistas y colonialistas”.<sup>37</sup>

Debe comprenderse más cabalmente, la naturaleza de la demanda masculina de sexo comercial para que sea posible la eliminación de la trata sexual. El factor de la oferta en el tráfico es, quizá, el más transparente.

En los lugares donde la pobreza ya ha limitado las opciones de la gente, la discriminación contra las mujeres en materia de educación, empleo y remuneración, las deja con escasas posibilidades de sustentarse a sí mismas y a sus familias.

---

<sup>35</sup> Mckeganey, N. **Why do men buy sex and what are their assessments of the HIV-related risks when they do?** Págs. 289-303

<sup>36</sup> Davidson, J. **Op. Cit.** Pág. 12

<sup>37</sup> Coalición contra el Tráfico de Mujeres. **So Deep a Violence: Prostitution, Trafficking and the Global Sex Industry.** Pág. 23



Para muchas de ellas, es imposible la emigración por medio de las vías formales y sueñan con una vida mejor en una ciudad o en otro país, se tornan fácilmente vulnerables frente a las falsas promesas de empleos con paga atractiva que les ofrecen los traficantes. Aunque puedan sentirse inquietas con respecto a las circunstancias del viaje, la desesperación ante sus perspectivas del presente y la esperanza de una vida mejor, contrarrestan fácilmente cualquier sensación de peligro.

Así es como la pobreza y las desigualdades por razones de sexo crean un considerable caudal de “reclutas” posibles y aparentemente bien dispuestas. Los traficantes, además de explotar las necesidades económicas, sacan provecho de la vulnerabilidad de las mujeres y niñas que han huido de su hogar debido a la violencia o que han sido desplazadas por conflictos armados o desastres naturales.

El impacto psicológico y el estigma social del engaño, pueden aumentar la debilidad de la mujer ante la manipulación y la explotación por parte de los traficantes. En Guatemala, por ejemplo, los tratantes causaron estragos entre las muchachas que habían sido violadas durante el Conflicto Armado, cuyo estigma como víctimas de ese atentado, había arruinado sus perspectivas matrimoniales.

Dentro de esas dinámicas de la demanda y la oferta mundiales relacionadas con la industria del sexo, los traficantes ponen en práctica sus talentos empresariales. Si bien, poco se sabe acerca de sus rutas, redes y asociaciones con el delito organizado en las Américas, puede comprenderse fácilmente, los factores que les permiten llevar adelante su tráfico con impunidad.

Las leyes nacionales e internacionales brillan por su ausencia o son insuficientes; donde hay leyes, las pautas de las sentencias no brindan disuasivos. Contribuye considerablemente a la impunidad real y supuesta la corrupción de los funcionarios policiales y de inmigración que coluden, aceptan sobornos o miran para otro lado. Quizás los gobiernos no promueven directamente el tráfico, pero pueden mostrarse



vacilantes para reprimirlo enérgicamente porque el comercio sexual es sumamente lucrativo y está vinculado con otros sectores, como el turismo.

En conjunto, la oferta, la demanda y la impunidad crean un ámbito en el cual es posible que prospere el tráfico. El entorno resultante ofrece ganancias elevadas y con poco riesgo para los traficantes, aunque también, serios riesgos sanitarios y violaciones de los derechos humanos para las víctimas.

Es muy difícil percibir este espacio, y mucho más describirlo y definirlo, porque cada cara del triángulo opera de forma que la trata sea más o menos invisible para la sociedad. El buen resultado de las actividades de los tratantes depende de su habilidad para ocultarlas a las autoridades encargadas de la aplicación de la ley; la mayor parte de la información sobre las redes solo se obtiene cuando un participante resulta capturado, y se aviene a dar información.

Los compradores finales también prefieren mantenerse invisibles, dedicados ellos mismos a actividades que en gran medida, son delictivas y consideradas como una perversión. Finalmente, las circunstancias de la explotación ayudan a que la práctica se mantenga invisible. Algunas víctimas son prisioneras a la fuerza y no pueden hablar, mientras otras, son silenciadas por su miedo a la Policía y a los funcionarios de inmigraciones o a las represalias de los traficantes.

El tráfico en las Américas es objeto de menos análisis y comprensión que el existente en otras regiones del mundo. Poco se sabe, relativamente, acerca de las víctimas y los traficantes, las rutas y las circunstancias del comercio y la forma en que este, en las Américas, difiere del que se lleva a cabo en otras partes.

La información actual proviene de estudios de casos, de los medios de información y de informes de las instituciones encargadas de vigilar el cumplimiento de la ley, gobiernos y organizaciones no gubernamentales. A falta de datos estadísticos, de difícil obtención



en cuanto a las actividades ilícitas en general, cualquier análisis debe basarse en estimados e indicadores relacionados con el tráfico.

La información disponible indica que este constituye un problema de significativa magnitud en las Américas, a saber:

“El número de mujeres oriundas de América Latina y el Caribe que se dedican a la prostitución en Europa, Japón y los Estados Unidos de América implica la existencia de trata sexual. Se estima que 50.000 mujeres de la República Dominicana y 75.000 de Brasil sirven a la industria del sexo en el extranjero, principalmente en Europa, aunque no es clara la proporción de ellas que puedan considerarse víctimas del comercio. Interpol calcula que cada año son “exportadas” desde Colombia con tal objeto 35.000 mujeres”.<sup>38</sup>

“La magnitud de la prostitución infantil en las Américas es otro indicador del tráfico, porque suele darse en circunstancias que se ciñen a la definición del tráfico. La policía de Ciudad de Guatemala informa que solo en esa ciudad, hay 2,000 niñas prostituidas en más de 600 burdeles; también, se ha descubierto en Guatemala, presencia de niñas hondureñas y salvadoreñas prostituidas, algunas de ellas huérfanas a raíz del huracán Mitch”.<sup>39</sup>

El lavado de dinero procedente de las adopciones de niños, ha resultado otro modo rentable para los lavadores en Guatemala. No es un método nuevo ni único, pero la falta de más control y rigidez en el proceso, además como el poco cumplimiento de la normativa, ha hecho que adoptar niños sea un camino fácil y seguro para lavar dinero.

---

<sup>38</sup> Pratt, T. **Sex slavery racket a growing concern in Latin America. The Christian Science Monitor.** Pág. 34

<sup>39</sup> Calcetas-Santos, Ofelia. **Informe sobre la misión en Guatemala. Informe del Relator Especial sobre venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil, 2000.** Pág. 54



Se muestra un modo de vida consistente en vender niños, y se está dando una práctica común. A esto hay que agregarle el robo de niños, el dinero procedente de una venta de niños ilegal, lo que sería un delito precedente de lavado de dinero.

El Ministerio Público, ha investigado a un listado de abogados que se dedica a adopciones, y algunos de ellos, fueron más allá de las simples adopciones. Según la Ley contra Lavado de Dinero de Guatemala, este delito se sanciona con seis a 20 años de cárcel incommutable, más una multa igual a lo blanqueado. El delito de trata de personas se castiga con seis a 12 años de cárcel, y en caso de cometerse la adopción irregular de un menor, la pena se aumenta en una tercera parte.

Las adopciones son un proceso poco controlado y olvidado por la sociedad en la mayoría de países, ya que según la organización no gubernamental *The Adoption Agency Check List*, no existen estadísticas sobre los procesos llevados a cabo de forma ilegal. Según la organización no gubernamental, esto ocurre por una falta de interés en la investigación de casos de adopciones, una falta en el control riguroso del proceso en sí y una carencia de sensibilidad que no se solucionará hasta que los potenciales padres adoptivos, no se preocupen por los derechos de las familias del tercer mundo y sus hijos.

En cuanto a Estados Unidos de América, no existe una legislación formal sobre la compra y venta de niños en países extranjeros porque, según el informe de la organización no gubernamental, existe un *lobby* de la adopción muy fuerte cuya presión dificulta la tarea de la creación de una normativa que vele por los derechos de los niños adoptados.

### **1.3. Normativa internacional contra el crimen organizado**

En el ámbito de las Naciones Unidas, ocupa un lugar preferente en la lucha contra la criminalidad organizada, la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988 y la



Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, conocida mundialmente como Convención de Palermo.

La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, tuvo que debatir a profundidad el problema de la definición, pero al final se logró un acuerdo sobre lo que significa un grupo de crimen organizado y qué es el crimen transnacional. Conforme a su clara letra, un grupo de crimen organizado, es un grupo estructurado de tres o más personas que se mantiene durante un período y cuyos miembros actúan de común acuerdo con el objetivo de cometer uno o más crímenes o delitos graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de cualquier otra índole

Por su parte, en la Unión Europea, desde la década de los años ochenta, se han ido perfilando instrumentos para combatir el crimen organizado de la manera más eficaz; precisamente, uno de los referentes de la construcción de la referida Unión, fue crear un espacio de convivencia y seguridad común, para lo que se han arbitrado diversos instrumentos, como el Plan de Acción Para Luchar Contra la Delincuencia Organizada, adoptado por el Consejo de Europa el 28 de abril de 1997.

El principal instrumento jurídico de la Unión Europea en la lucha contra la criminalidad organizada, en la actualidad, es el Tratado de Ámsterdam, el cual, entró en vigencia el primero mayo de 1999, y tiene por objeto, según su propia redacción, "crear un espacio de libertad, seguridad y justicia".<sup>40</sup>

Desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere, en octubre de 1999, se ha tratado de llevar a efecto la referida lucha conjunta con medidas concretas, como la creación de equipos conjuntos de investigación penal y la aceleración del mecanismo de la extradición mediante la orden europea de detención y entrega, que supone el primer instrumento jurídico de la Unión Europea en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado.

---

<sup>40</sup> **Tratado de Ámsterdam**, 1997. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/europa/amsterdam.htm>  
Fecha de consulta: 23 de julio de 2016.





## CAPÍTULO II

### 2. Derecho penal premial y colaboración eficaz

#### 2.1. Antecedentes

El origen del derecho penal premial es muy antiguo y se remonta al menos al derecho romano, a propósito de los delitos de *lesa majestad* (en la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), donde había la posibilidad de eximir de pena al “delator” por vía de amnistía dispuesta por el Senado, para pasar después al derecho canónico y común medieval.<sup>41</sup>

Durante el proceso inquisitivo, los tribunales del Santo Oficio ofrecían gran relevancia al arrepentimiento, pero, aunque el inquisidor podía aceptar la delación, se tasaba su valor probatorio y, por ejemplo, por el solo testimonio de un arrepentido, ningún inquisidor podía someter a tortura a ningún ciudadano bajo crimen de herejía.

Se expresa por diversos autores,<sup>42</sup> que el sistema inquisitivo surgió en silencio desde las tinieblas; antipopular y autoritario; el proceso se inicia de oficio por el órgano jurisdiccional, admitiéndose hasta la delación como fuente de obtención de información anónima y vía para iniciarlo.

Al realizar un estudio criminológico de la institución, se advierte que los enciclopedistas del iluminismo, después de calcular beneficios e inconvenientes de esta figura, se pronunciaron al respecto; siendo recurrentes y muy conocidas las reflexiones de Cesare de Beccaria en su obra cumbre *De los delitos y las penas*,<sup>43</sup> en contra de premiar la delación con beneficios penales, práctica común en el antiguo régimen en los procedimientos seguidos ante la Inquisición.

---

<sup>41</sup> Cuerda Arnau, M. L. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Pág. 28

<sup>42</sup> Montero Aroca, J. con Ortellis Ramos, M.; Gómez Colomer, L. y Monton Redondo, A. **Derecho Jurisdiccional I**. Pág. 25

<sup>43</sup> Beccaria, C. **De los delitos y de las penas**. Pág. 39



En sentido contrario, en la literatura criminológica se ubica una de las primeras referencias favorables a este tipo de instituciones en la obra de J. Bentham, paradigma del pensamiento utilitarista anglosajón aplicado al ámbito jurídico-penal, quien por entender preferible “la impunidad de uno de los cómplices que la de todos”, se mostraba partidario de las disposiciones premiales para el delator; no obstante y consciente de sus riesgos, al advertir el peligro de que “entre muchos criminales, el más malo no solo quedará sin castigo, sino podrá ser también recompensado”.<sup>44</sup>

## 2.2. Regulación actual

Las medidas de suspensión o atenuación de la pena para los colaboradores eficaces, llamados también arrepentidos, que se han legalizado en la actualidad en la administración de justicia penal para lograr una eficaz persecución contra la criminalidad organizada, en el descubrimiento de los delitos que llevan a cabo, así como para conocer a sus principales implicados y de ser posible, desarticular el seno de la organización, se insertan dentro de lo que se ha venido a denominar el “derecho penal premial”.

El derecho penal premial,<sup>45</sup> agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena, orientadas a premiar y así fomentar, conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien, de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado.

“Desde el punto de vista político-criminal, son razones prácticas las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales ante la lucha contra la criminalidad organizada y los delitos de alto impacto: la evitación de nuevo y muy

---

<sup>44</sup> Bentham, citado por Sánchez García, De Paz, I. **El coimputado que colabora con la justicia penal.** Pág. 23

<sup>45</sup> Benítez Ortúzar, I. F. **El colaborador con la justicia en materia de delitos relativos al tráfico de drogas.** Pág.121



peligrosos futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos, así como a sus principales autores tanto intelectuales como ejecutores”.<sup>46</sup>

“Las disposiciones premiales en los ordenamientos penales del derecho penal clásico, se ubicaron históricamente en la Parte General de los Códigos Penales, en las modalidades de desistimiento o arrepentimiento en la etapa previa o durante a comisión del delito, donde se prevé una considerable disminución de la pena, y en correspondencia con la efectividad lograda por el oportuno desistimiento o arrepentimiento se podía exonerar de sanción, así como, entre las circunstancias generales de atenuación, referidas a la casi totalidad de los delitos”.<sup>47</sup>

Hoy, el premio por la colaboración con la justicia que ha ganado auge en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos penales, no solo se reconocen para los momentos iniciales de la comisión del acto, como forma de un genuino arrepentimiento, ni por la colaboración prestada en la fase investigativa del proceso penal en sí; sino que en esta lucha necesaria contra el crimen organizado, puede realizarse prácticamente en cualquiera de las etapas del proceso penal, hasta incluso, en la etapa de cumplimiento de la pena, lo que permite cuestionar desde un punto de vista racional acerca de la veracidad del arrepentimiento y, sobre todo, de la real colaboración, elementos estos que han obligado a ajustar en la medida de lo posible, las exigencias para su admisión.

Lo expuesto anteriormente, permite afirmar que las instituciones premiales que, conforme a su regulación en los Códigos Penales del Clasicismo, se reservaban en lo fundamental con el objetivo de evitar o reducir los efectos del delito casi inmediatamente de haberse cometido y para aquellos que con sus declaraciones de admisión de hechos e imputación de los mismos a otras personas durante la etapa investigativa, facilitaran el esclarecimiento del acto ilegal, presentándose como

---

<sup>46</sup> Zaragoza Aguado, J. **Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas.** Pág. 49

<sup>47</sup> Benítez Ortúzar. I. F. **El colaborador con la justicia. El arrepentimiento activo en la Parte General. Las circunstancias atenuantes 4ª, 5ª Y 6ª del Artículo 21 del Código Penal.** Disponible en: <http://vlex.com/vid/246278>. Fecha de consulta: 12 de Agosto de 2015.



realmente arrepentido y en la actualidad, han cobrado una dimensión diferente, ya que respecto a delitos del crimen organizado, pueden ser interesadas por los acusados y acogidas judicialmente en cualquier momento o etapa por el que discurra el proceso penal, desde el inicio de la investigación hasta la fase de ejecución.

Como se ha expuesto, estas instituciones se han desarrollado en el derecho comparado en los últimos 30 años, de modo particular, contra delitos de especial gravedad con trama organizativa en general, o bien formas particulares de la misma, como el tráfico de drogas o el terrorismo.

En la actualidad, no resulta difícil comprender cómo la lucha contra los delitos cometidos por la delincuencia organizada sea objetivo frecuente de esta medida; en correspondencia con lo estudiado, y en una primera y genérica aproximación, se puede afirmar que el arrepentido o colaborador de la justicia, es una figura que las que suelen aprovecharse o utilizar las autoridades para obtener información sobre los integrantes y el funcionamiento de una organización delictiva.

A través de la colaboración eficaz, se pueden conocer las interioridades del corazón mismo de la organización criminal, puesto que el arrepentido es, precisamente, uno de sus integrantes, llegándose a conocer de esta manera la dinámica en que se desenvuelve; lo que permite a la autoridad judicial obtener información desde el interior de la mencionada estructura, contando con la colaboración de uno de sus miembros.

“En la reglamentación de la institución del colaborador o arrepentido, están presentes valoraciones o criterios de política criminal, como el interés de la justicia, el de la seguridad pública y la imposibilidad de obtener información de forma diferente su fin principal, huelga decir, es contener los graves problemas que genera en las sociedades contemporáneas la delincuencia organizada”.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Cobo del Rosal, Manuel, **La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión. Comentarios a la legislación penal**. Pág. 45 y ss.



Se puede concluir, que el fundamento de la figura del partícipe arrepentido radica en la exigencia de obtener información necesaria para limitar las acciones de las organizaciones delictivas.

A cambio de esta valiosa información, obviamente, el colaborador pretenderá favorecerse de alguna forma; de ahí que la ley deba contemplar incentivos para que el arrepentido coopere con la justicia; ese incentivo, que puede variar de acuerdo con la legislación aplicable, es o puede ser la reducción e, incluso, la remisión de la pena que le corresponda según el grado de participación en el hecho delictivo.

Con un mayor grado de precisión, y en el ámbito de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, se puede definir al arrepentido, como aquella persona a quien se imputa cualquier delito que suele cometerse de manera asociativa (tales como el tráfico de droga, el terrorismo, el tráfico de armas, etcétera), y que brinda a la autoridad judicial, información significativa, y en muchas ocasiones, corroborada, sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores de dichos delitos, o que permite el secuestro o la incautación de sustancias, bienes, posesiones pertenecientes a este tipo de delincuencia, favoreciéndose de algún beneficio de política criminal, tales como, la reducción o exención de la pena.

Como elementos del arrepentimiento o colaboración, se pueden precisar los siguientes:

- a) El arrepentido reviste la calidad de imputado de un delito asociativo.
- b) Debe brindar información.
- c) La información que proporcione debe ser significativa.
- d) Esa información tiene una finalidad de identificación personal o de secuestro (incautación) de cosas relacionadas con dicho delito.
- e) El colaborador se verá beneficiado en el momento de ser castigado.



### 2.3. La colaboración eficaz, como forma de conversión del “enemigo” en “amigo”

El concepto derecho penal del enemigo lo enuncia Günther Jakobs por primera vez, en su ponencia presentada ante el congreso de los penalistas alemanes realizado en Frankfurt en marzo de 1985, describiendo con esa terminología, la tipología penal que flexibilizando garantías del derecho penal liberal criminaliza actos previos a la lesión del bien jurídico.

En esa oportunidad señala, que “(...) esa normativa penal no se ajusta un derecho penal liberal. Planteaba así, una rigurosa crítica contra una política criminal y una técnica legislativa que en Estados como Alemania, adelantaba la criminalización de determinadas conductas, mediante la conversión en delito de meros actos preparatorios o la incorporación de delitos de peligro abstracto, con el afán de neutralizar el peligro sin tener que esperar la efectiva lesión al bien jurídico, optimizando la protección de los bienes jurídicos con la invasión, en ocasiones, del fuero interno de las personas; exigiendo al derecho penal no autoritario, el necesario respeto de ese fuero. Posteriormente, su discurso da un giro y brinda cobertura legal a ese trato diferenciado desde el derecho penal contra los individuos que no se comportan como personas y atentan contra el Estado”.<sup>49</sup>

Jakobs, de esta manera, termina describiendo una modalidad del control social formal dentro del Estado Democrático que, finalmente, pretende legitimar como un mecanismo válido para la atención de determinado sector de la población y desde el contexto jurídico-penal.

“En realidad, ejemplos de este tipo de derecho ha habido siempre, como en las codificaciones penales de principios del siglo XIX, las normativas generadas en períodos de crisis económica, política o social, en situaciones de guerra y postguerra y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o

---

<sup>49</sup> Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu. **Política criminal en Europa**. Págs. 107-120



Franco. La novedad está en la incorporación de esta técnica dentro del Estado Democrático de Derecho”.<sup>50</sup> (sic)

A ese carácter descriptivo, Jakobs traslada las incoherencias o imprecisiones de su discurso, señalando que “(...) de hecho él no ha inventado ni propuesto nada, sino que solo realiza un esfuerzo por caracterizar, describir y definir el modelo diseñado para controlar el delito y asegurar la permanencia del Estado de Derecho”.<sup>51</sup> (sic.)

Jakobs, identifica y define una de las tendencias actuales de la política criminal contemporánea e intenta legitimar esa técnica dentro del modelo del Estado de Derecho, ideada, sobre todo, para atender nuevas y urgentes necesidades de la sociedad, donde por sus características, se hace ineludible desarrollar un régimen penal de excepción que extiende la tutela penal desde el grado de punibilidad que comprende, incrementa el control, sustituye el fin de la sanción penal y endurece las penas y su cumplimiento o ejecución.

Un derecho penal diferenciado y más contundente. Un modelo que tiene su máximo exponente en la represión diseñada en las últimas décadas en los Estados Unidos de Norteamérica,<sup>52</sup> desde sus sectores más conservadores, y que se extiende por el mundo entero. Un derecho penal que se esmera por un castigo severo y desmesurado contra los enemigos, y procura asegurar cuanto antes, su encierro. En función de ese objetivo, disminuye las barreras del poder punitivo, porque ante el peligro del enemigo, se necesita actuar con más soltura y sin tanta traba en beneficio de todos.

---

<sup>50</sup> Zaffaroni, Eugenio, Raúl. **La legitimación del control penal de los extraños**. Pág. 35. Aller, Germán, **Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo. El derecho penal en peligro**. Págs. 176-183

<sup>51</sup> Jakobs, Günther **¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. Pág. 105

<sup>52</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, **La legitimación del control penal de los extraños**. Op. Cit. Pág. 1124; Losano, Mario y Muñoz Conde, Francisco. **El derecho ante la globalización y el terrorismo**. Pág. 236; Manna, Adelmó. **Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción contra el terrorismo: la privacy**. Págs. 272-285; Pérez Cabadera, María-Ángeles. **La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre**. Pág. 1



Para Jakobs, "(...) el derecho penal del enemigo, aunque es materia excepcional del derecho verdadero y un instrumento necesario para la sobrevivencia de la sociedad democrática".<sup>53</sup>

A través del derecho penal del enemigo, se pretende atender necesidades del Estado que no pueden ser satisfechas desde el derecho penal ordinario y frente a las cuales, no queda otra alternativa; así, responde el Estado de esta forma, a un grupo de individuos que, con su comportamiento, atacan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción. Individuos que representan una alta peligrosidad y ante los cuales, no se tiene la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, pues por principio se enfrentan al derecho poniendo en peligro la existencia misma de la sociedad.<sup>54</sup> Se trata de enfrentar un problema real, en función de evitar la disolución del Estado de Derecho y alcanzar su misión de garantizar la seguridad de todos.

Para Jakobs, aunque políticamente puede ser correcto querer ver en todo ser humano a una persona -partícipe de la comunidad jurídica y provista de todos los derechos humanos-, el enemigo no lo es. Y es que, desde el mundo real, se imponen límites a la juridicidad, porque el estado de Derecho se enfrenta a determinados individuos que lo combaten permanentemente –constituyéndose en una fuente de peligro para su conservación-, y, en consecuencia el sistema los despersonaliza y les trata como enemigos.

"Esta es la razón por la que en una sociedad que realmente acontezca –sea no un modelo ideal sino real-, el precepto de tratar a todo ser humano como persona tiene un componente cognitivo y necesita ser adicionado en el sentido de que todo ser humano debe ser tratado como persona en la medida que cumpla con sus deberes, y sea presumible su fidelidad al ordenamiento jurídico –que no resulte un individuo peligroso-".<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Jakobs, Günther. '**Derecho penal' del enemigo. Op. Cit.** Pág. 107

<sup>54</sup> Jakobs, **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.** Págs. 21-56. Gracia Martín, Luis. **El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo.** Págs. 103-104

<sup>55</sup> Jakobs, Günther. **¿Terroristas como personas en derecho?** Págs. 66- 67



“El concepto de persona, igual que el ordenamiento jurídico, es una institución normativa que tiene un componente cognitivo y cuando no se cumple el individuo es tratado consecuentemente como no persona o enemigo. Se trata sí, aclara el autor, de una despersonalización que no es absoluta sino solo parcial, pues el enemigo mantiene su personalidad innata porque de lo que trata es solo de su neutralización y no de su destrucción arbitraria, de tal manera que no queda excluido necesariamente de todos sus derechos y por ejemplo mantiene incólume su derecho de propiedad”.<sup>56</sup>

Para Jakobs, el tratamiento como persona no lo adquiere el ser humano por su mera condición, sino que es una calidad que otorga el Estado y que puede perderse o renunciarse. No se trata, por lo tanto, de un concepto puramente teórico o normativo, sino que tiene un componente material o real: solo son personas quienes se comportan como tales al menos de modo general, quienes demuestren una capacidad cognitiva y un comportamiento acorde dentro del espacio de libertad que brinda el propio Estado, quienes actúan amparados por un conjunto de derechos, pero al mismo tiempo, son signatarios de unos deberes que asumen y de quienes en consecuencia se puede esperar un comportamiento personal.

Desde esta posición, la persona es el ser humano que normalmente guarda fidelidad al ordenamiento jurídico y que por lo tanto es de fiar; en cambio, el enemigo al combatir al Estado es fuente de desconfianza y peligro y por lo tanto no debe ser tratado como persona.

Como el déficit cognitivo que presenta el enemigo finalmente lo sufre el ciudadano fiel al ordenamiento, al atentar contra su seguridad, se requiere su encierro como mecanismo de control y medio de neutralización de su peligrosidad.<sup>57</sup>

Pero, ¿quién es el enemigo? Jakobs entiende que no todo el que ha infringido una norma penal podría calificarse como un enemigo, porque a los delincuentes “comunes”

---

<sup>56</sup> Jakobs, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Pág. 34

<sup>57</sup> **Ibid.** Pág. 47



o “convencionales” no se les atribuye ese calificativo, aunque hayan cometido un delito. La delincuencia convencional se considera como el resultado de un simple error, infracción al orden, que nunca atenta contra el ente estatal ni sus instituciones.

La situación del enemigo es la opuesta: “El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ (...)), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, Delincuencia Organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’) es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, y por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento persona y demuestra este déficit a través de su comportamiento”.<sup>58</sup>

Desde esta perspectiva, los enemigos efectivamente no son personas por haber perdido esa calidad, al colocarse en forma permanente al margen del sistema y atacar de manera constante las bases fundamentales del Estado, amenazando la seguridad de todos los ciudadanos: “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado, por el contrario, el enemigo es excluido”.<sup>59</sup>

Jakobs, señala que no es tarea fácil determinar quiénes son los enemigos pero sí es posible: “Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible: quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un modus vivendi común a pesar de algunos hechos criminales

---

<sup>58</sup> Jakobs, Günther. **La auto-comprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente.** Pág. 59

<sup>59</sup> Zaffaroni, Eugenio. **El enemigo en el derecho penal.** Pág. 18



aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, precisamente, en una expectativa “infinitamente contrafáctica”.<sup>60</sup> (sic)

De esta manera, el fenómeno del derecho penal del enemigo se va desarrollando en medio de la dicotomía y el discurso de la persona contra el enemigo (no persona) y la dialéctica de la libertad y la seguridad. El trato desigual se justifica en razón de que el Estado se enfrenta con unos sujetos que resultan peligrosos para su propio sostenimiento, toda vez que son individuos hostiles, que no actúan conforme a derecho y de los que no se tiene certeza de un comportamiento ajustado al orden jurídico:

En este sentido, Jakobs<sup>61</sup> expresa: “Cuando es evidente que el delincuente no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo. Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes), o bien a través de su vinculación a una organización (terrorismo, de nuevo el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes), se ha consagrado de modo tácito y duradero a la delincuencia. Este derecho penal de combate se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, sin que dicha ampliación se vea correspondida con una rebaja en la pena, y por una pérdida de garantías procesales”.<sup>62</sup>

Al ciudadano o persona, se le considera y se le da el trato del derecho penal liberal o democrático, respetando todas las garantías penales, mientras que al “enemigo” se le da un trato distinto, aplicándosele un régimen jurídico disminuido en garantías que procura su pronta captura e inoquización o neutralización antes de que se materialice el peligro.

---

<sup>60</sup>Jakobs Günther. **¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de su juricidad.** Págs. 42-43

<sup>61</sup>Jakobs, Günther. **Personalidad y exclusión en derecho penal.** Págs. 86 y 87

<sup>62</sup> **Ibid.**



Un derecho de peligrosidad que niega la condición de persona a esos individuos porque, “quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes, pues falta el apoyo cognitivo para ello”.<sup>63</sup>

Jakobs, reconoce que la diferencia entre personas–enemigos es la base fundamental de su discurso: “(...) una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser complementada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente hetero-administrado; se le priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, en ausencia de infracción de deber. En la medida en que se lo prive de derechos no es tratado –por definición- como persona en Derecho. Este es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás solo afecta a cuestiones de detalle, no al principio”.<sup>64</sup>

Para justificar esta posición, invoca a autores como Rousseau sobre todo en su conocido *Contrato Social*, y a Hobbes en el *Leviatán*<sup>65</sup>; al primero, porque para este filósofo, el delito es muestra de rescisión del contrato social y, por lo tanto, quien lo cometa deja de ser miembro del Estado y se convierte en enemigo.

Indica Jakobs, que esta posición no es el mejor argumento para sostener la pérdida de la calidad de persona, sobre todo porque no todos los delincuentes realmente son

---

<sup>63</sup> Jakobs, Günther. **La pena estatal: significado y finalidad**. Pág. 53

<sup>64</sup> Jakobs, Günther. **¿Derecho penal’ del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. Pág. 106

<sup>65</sup> Jakobs, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Págs. 27-34. Polaino-Orts, Miguel. **Un paseo de varios siglos por el devenir histórico filosófico del derecho penal del enemigo**. Págs. 651-685



excluidos del derecho y por el contrario, considera que en principio, el Estado debe mantener al delincuente “convencional” dentro del sistema, pues este tiene derecho a reconciliarse con la sociedad y además tiene el deber de reparar el daño cometido.

Acude entonces a Hobbes, para quien el delincuente mantiene su estado de ciudadano salvo cuando se trata de delitos de alta traición o rebelión. También recurre a Kant con su modelo contractual, para explicar la fundamentación y la limitación del poder del Estado y justifica la exclusión de aquellos que con su posición amenazan a todos constantemente y se resisten a entrar al estado comunitario-legal.

Al respecto, Jakobs<sup>66</sup> expresa: “Como acaba de citarse, en la posición de Kant no se trata como persona a quien ‘me amenaza (...) constantemente’, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también este niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, Hobbes y Kant conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; este excluye, aquél deja incólume el status de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; este sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene Derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”.<sup>67</sup>

En conclusión, el análisis de los conceptos de persona y enemigos parte fundamental del planteamiento de Jakobs, pues tienen un protagonismo fundamental en su construcción jurídica y en esa misma medida la doctrina hace énfasis en el cuestionamiento a esas categorías.

---

<sup>66</sup> Jakobs, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Págs. 32-33

<sup>67</sup> **Ibid.**



Jakobs, considera que el enemigo libre, racional y voluntariamente se auto excluye como persona apartándose del derecho de forma definitiva. El concepto de enemigo es potestativo, porque “quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho se excluye a sí mismo”. Por esa razón, no hay motivo para tratarles como persona y se justifica un trato diferente al menos mientras no asegure un comportamiento distinto y sea sujeto de confianza.

Considera así mismo, que la exclusión de la calidad de persona de determinados individuos siempre se produce por su propia decisión (autoexclusión) y, en consecuencia, el sujeto siempre y por sí mismo podrá recuperar esa calidad, cambiando su comportamiento y asegurando de esa forma su fidelidad al derecho.

Por supuesto, la sociedad es la que decide quiénes están incluidos y quiénes excluidos, pero no lo hace en abstracto, sino, desde la realidad cotidiana y la praxis. La actitud irrespetuosa, beligerante y conflictiva constituye su declaratoria de enemistad que lo convierte en una fuente de peligro para la estabilidad de la estructura social.

Esa autodespersonalización convierte al sujeto en enemigo ante el peligro que representa y justifica la disminución de garantías, el adelanto de la punibilidad, así como la imposición de sanciones o medidas de seguridad más graves.

Por lo tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad.

Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual, solo comienza a ser punible si se dispone inmediatamente a realizar el tipo; un ejemplo del segundo, puede ser el trato dado al cabecilla de una asociación terrorista, al que alcanza una pena solo levemente reducida que la que



corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación que lleva a cabo actividades dentro de esta, es decir, eventualmente, años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente, cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena.<sup>68</sup>

De la misma manera, esa decisión libre y voluntaria torna absurdo, innecesario, imprudente e inadecuado cualquier intento de resocialización o reinserción del enemigo a la comunidad, pues ha sido su declarado enfado y notoria molestia lo que le ha hecho apartarse del derecho y colocarse del otro lado ante lo que “el Estado se ve obligado a ejercer violencia muda contra el enemigo; no hay comunicación con él. El enemigo no forma parte de la vida social, es tratado como una bestia salvaje”.<sup>69</sup>

El derecho penal del enemigo, responde al desplazamiento de la demanda social del derecho penal como un mecanismo de protección mediante el ejercicio de una actividad punitiva más eficiente y el auxilio estatal a través de la actividad policial y represiva.

“Este surge de manera paralela a una reinterpretación del derecho a la seguridad, que en la sociedad contemporánea repentinamente se comprende como un súper derecho estatal para la protección de la colectividad y del propio Estado. Desde esta nueva concepción del derecho a la seguridad, surge la idea de la Constitución Política y las leyes como instrumentos de lucha o combate, contra el delincuente y especialmente contra el enemigo”.<sup>70</sup>

“El derecho penal del enemigo es radicalmente anticipado, desproporcionadamente severo, y dotado de un acompañamiento procesal que recorta el estatuto procesal ciudadano”.<sup>71</sup> Así lo describe la doctrina siguiendo las orientaciones del propio Jakobs, que apunta tres aspectos como los rasgos más típicos o característicos del derecho

---

<sup>68</sup> Jakobs, Günther. **Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo**. Págs. 43-44

<sup>69</sup> Jakobs, Günther, citado por Fakhouri Gómez, Yamila. **Primera sesión: ¿Derecho penal del enemigo? Informe de la discusión**. Pág. 90

<sup>70</sup> Hassemer, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Págs. 47-49

<sup>71</sup> Cancio Meliá, Manuel. **Derecho penal del enemigo: contexto político criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Gunter Jakobs**. Pág. 73



penal del enemigo: "(...) el adelantamiento de la punibilidad, la desproporcionalidad de las penas y la disminución de garantías".<sup>72</sup>

Para comprender la génesis del derecho penal del enemigo, es importante volver la vista a la sociedad contemporánea, la sociedad en la que se vive. Se debe recordar que el propio Jakobs señala que "(...) él no ha inventado las caracterizaciones del derecho penal del enemigo, sino que solo ha realizado una tarea descriptiva, derivando los rasgos de esta estrategia del estudio y análisis de una serie de leyes normalmente denominadas como de "lucha o combate", y de otros preceptos legales diseñados todos para enfrentar un problema real: la existencia de una serie de individuos que se enfrentan y combaten el Estado y ponen en peligro nuestra sociedad".<sup>73</sup>

El derecho penal del enemigo, es uno de los mecanismos diseñados para atender y satisfacer la demanda pública de mayor seguridad, control, encierro, castigo, represión y prolongación de la reclusión ante el sentimiento en el colectivo social de que los delinquentes no reciben suficiente castigo, o que no son debidamente controlados. Demandas de una respuesta inmediata y urgente de un control punitivo más efectivo, que se incrementa normalmente ante la existencia de casos aislados, pero altamente notorios, donde es común encontrar un individuo predatorio, una víctima indefensa, la mayoría de las veces menor de edad, y una agresión previo fracaso o fallo del sistema de justicia penal.

Situaciones excepcionales que generan una reacción social que, desde la sociología, permite identificar la estructura de los miedos y las culpas de la clase media y los valores de los medios de comunicación, con la ventaja para los políticos de que su atención les permite desviar o evitar la discusión de problemas más graves de la seguridad social y de mayor conflictividad, sin resolverse tampoco el problema de inseguridad ciudadana, pues solo se combate los efectos de la delincuencia pero no sus causas.

---

<sup>72</sup> Jakobs, Günther. **Personalidad y exclusión en Derecho penal**. Págs. 86 y 87

<sup>73</sup> Jakobs, Günther. **¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. Pág. 105



“La identificación y el combate del enemigo es parte de la “criminología del otro”, como la denomina Garland, y surge dentro de la oferta de la clase política del endurecimiento del control social y de mayor efectividad del poder punitivo”.<sup>74</sup>

“Esta fórmula legal excluyente de determinados individuos, constituye al mismo tiempo un instrumento electoral y un mecanismo para lograr la identidad, unidad o cohesión social, todos juntos contra el enemigo, “solidarizados” contra el crimen, unidos contra la delincuencia, hermanados contra la inseguridad ciudadana, y la desactivación de cualquier potencial de disenso político. De esta forma, se construye un adecuado instrumento de poder de la clase dominante”.<sup>75</sup>

De lo expuesto arriba, resulta evidente que, conforme a la teoría de Jakobs, resulta enemigo para la sociedad todo aquel que forme parte de la criminalidad organizada o no convencional, dada las propias características de la misma, como permanencia, autorenovación, jerarquización, distribución de funciones, diversificación, ante lo cual la comunidad internacional en su lucha contra este “enemigo”, tomando como referente la Convención de Palermo del 2000, ha legalizado los conocidos métodos de investigación criminal, como la entrega vigilada, la escucha telefónica, el agente encubierto; técnicas que limitan considerablemente las garantías constitucionales y derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad entre otros.

“De igual manera, las legislaciones nacionales en esta lucha, han retomado la figura del arrepentido o colaborador eficaz, a aquel miembro de la organización criminal que al delatar a sus miembros esenciales, así como otros pormenores de trascendencia, permiten desarticular el seno de la organización, institución que se inserta dentro de lo que se ha venido a denominar el “derecho penal premial”.<sup>76</sup> (sic)

---

<sup>74</sup> Garland, David. **La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea.** Págs. 239-240

<sup>75</sup> Chirino Sánchez, Alfredo. **El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?** Pág. 159

<sup>76</sup> Benítez Ortúzar, I. F. **Op. Cit.** Pág. 121



Se puede concluir, que el fundamento de la figura del partícipe arrepentido radica en la exigencia de obtener información necesaria, para limitar las acciones de las organizaciones delictivas. A cambio de esta valiosa información, obviamente, el colaborador pretenderá favorecerse de alguna forma; de ahí, que la ley deba contemplar incentivos para que el arrepentido coopere con la justicia; ese incentivo, que puede variar de acuerdo con la legislación aplicable, es o puede ser la reducción e, incluso, la remisión de la pena que le corresponda, según el grado de participación en el hecho delictivo.

Con un mayor grado de precisión, y en el ámbito de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, se puede definir al arrepentido como aquella persona a quien se imputa cualquier delito que suele cometerse de manera asociativa (tales como el tráfico de droga, el terrorismo, el tráfico de armas, etcétera), y que brinda a la autoridad judicial información significativa, y en muchas ocasiones corroborada, sobre la identidad de los autores, coautores, partícipes o encubridores de dichos delitos, o que permite el secuestro o la incautación de sustancias, bienes, posesiones pertenecientes a este tipo de delincuencia, favoreciéndose de algún beneficio de política criminal tales como la reducción o exención de la pena, mutando por interés personal de “enemigo” a “amigo”.

Guatemala es uno de los países de Latinoamérica que, dada su situación geográfica y débil institucionalidad, presenta un fuerte impacto en términos de actividades de la criminalidad organizada, lo que ha generado una real inseguridad ciudadana, razón por la cual, en el año 2006, el Congreso de la República aprobó la Ley contra la Delincuencia Organizada, a través del Decreto 21-2006, la que retoma la figura del colaborador eficaz, ya reconocida en el Código Procesal Penal, pero esta vez, en función de combatir enconadamente contra el crimen organizado, y descubrir todas las particularidades de la organización criminal, con la clara finalidad de llegar desarticular el seno de la misma, lo que como se conoce, dado su complejo entramado organizacional, no resulta cuestión de fácil enfrentamiento y disolución.



Si bien, la teoría de Jakobs del derecho penal del enemigo atenta contra los derechos fundamentales reconocidos para todos los ciudadanos, al estimar como enemigos a aquellos que permanentemente se alejen de las normas de convivencia social generalmente aceptadas, y cometan delitos de alto impacto de forma permanente y, en tanto, deben ser excluidos del entramado social, beneficiar considerablemente en cuanto a términos de imposición y cumplimiento de la pena a aquellos que colaboren con la persecución penal y con la administración de justicia en su lucha contra la criminalidad organizada a cambio de tal recompensa. Amén de su claro sentido pragmático, constituye una vieja fórmula del derecho penal clásico que también atenta contra derechos y garantías fundamentales del ciudadano como el derecho de no autoincriminación, y en tanto, se debe admitir que resultan contrarias a las exigencias legales y constitucionales propias de un Estado democrático de derecho, pues como se ha manifestado, de enemigos se convierten en amigos, atendiendo a criterios políticos criminales ajenos al derecho penal garantista.

#### **2.4. La colaboración eficaz en los delitos de peligro**

Los delitos de peligro son aquellos en los cuales, la acción u omisión antijurídica (acto prohibido), ocasionan un perjuicio posible (potencial) al bien jurídico penalmente protegido.

Desde la dogmática penal, se han propuesto diversas clasificaciones de los delitos de peligro. No todas ellas han conseguido vigencia contemporánea o rendimiento práctico. Las de más interés y utilidad son las que distinguen los delitos de peligro general o común, y los delitos de peligro particular o individual, así como los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto.

Delitos de peligro general o común, son aquellos en los cuales el peligro afecta a un conjunto de personas o cosas indeterminadas; mientras que los delitos de peligro particular o individual son aquellos en los cuales el peligro afecta a una persona o cosa individualizada, determinada: por ejemplo, el delito de homicidio.



Respecto a los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, con razón ha expresado Mir Puig<sup>77</sup> que, en relación con la clasificación de los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, la terminología ha contribuido a oscurecer la cuestión.

Rodríguez Mourullo,<sup>78</sup> ha sustituido la terminología de delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, por la de “peligro efectivo o concreto” y “peligro presunto”, por entender que “constituye un contrasentido continuar hablando de peligro abstracto allí donde no puede existir efectivamente un peligro concreto”.

Con anterioridad, Manzini<sup>79</sup> también había empleado la denominación de “peligro presunto” para aludir a los que la opinión dominante había llamado “peligro abstracto”, pero en cuanto a los delitos de peligro concreto utilizó la expresión de “peligro constatable”.

Mientras que Escrivá Gregori<sup>80</sup> la ha sustituido por la de “peligro implícito y explícito”, por el deseo de reflejar la exigencia de un peligro para bienes jurídicos, siquiera implícito, también en cuanto a los de peligro abstracto. Aún el propio Mir Puig no ha podido sustraerse a los cambios terminológicos, y ahora propone la de “delitos de mera actividad de peligro” y “delitos de resultado de peligro”.<sup>81</sup>

Sin embargo, esta cuestión terminológica no resulta un problema fundamental, sobre todo, si se tiene en cuenta que con las diferentes denominaciones no se han introducido cambios de consideración en los conceptos. Por ello, se continuará aludiendo a las dos categorías con sus denominaciones más o menos tradicionales.

Delitos de peligro concreto, son aquellos en los cuales el peligro al bien jurídico constituye una exigencia expresa de la propia figura delictiva, como uno de sus elementos constitutivos, y los de peligro abstracto son aquellos en los cuales el hecho

---

<sup>77</sup> Mir Puig, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Pág. 371

<sup>78</sup> Rodríguez Mourullo, Santiago. **Derecho penal. Parte General**. Pág. 277

<sup>79</sup> Vincenzo, Manzini. **Tratado de Derecho penal**. Págs. 88-89

<sup>80</sup> Escrivá Gregori, José M. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal**. Pág. 73

<sup>81</sup> Mir Puig. **Op. Cit.** Pág. 371



está conminado con pena por su naturaleza peligrosa, pero en la figura delictiva no consigna la exigencia del peligro como elemento de ella, por cuanto ya el comportamiento implica en sí un peligro, por la idoneidad de esa acción u omisión para crear una situación de lesión o daño posible al bien jurídico.

No obstante, lo expresado en torno a los delitos de peligro abstracto, el investigador considera que tiene razón Rodríguez Devesa<sup>82</sup> cuando afirma que “desde el punto de vista técnico no es posible más que la configuración del peligro concreto. O se exige para que una conducta constituya delito que se haya producido efectivamente una situación peligrosa o no se exige. Pero en este último caso la existencia del delito es independiente de que haya habido efectivamente un peligro. El tipo de injusto no admite más que delitos de peligro concreto. Lo cual no es obstáculo para que el llamado ‘peligro abstracto’ constituya el ‘motivo’ que induce al legislador a incriminar una determinada conducta”.

La importancia más significativa de la clasificación de los delitos de peligro en delitos de peligro concreto y delitos en peligro abstracto, radica en la repercusión procesal que una u otra clase puede representar.

En los delitos de peligro abstracto no se exige la comprobación del peligro por parte del tribunal, al momento de su enjuiciamiento judicial. El hecho, como tal, resulta la específica puesta en peligro del bien jurídico protegido, pero a la penalidad es indiferente que se demuestre, en el caso concreto, la especial situación de peligro; esta constituye una presunción *iuris et de iure* (la acción es punible tanto si el peligro existe como si no existe), o sea, resulta inadmisibles la prueba en contrario acerca de la existencia de tal peligro.

---

<sup>82</sup> Rodríguez Devesa, José M. **Derecho penal español. Parte general.** Pág. 358. Rodríguez Mourullo, Gonzalo. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 277



En los delitos de peligro concreto, en cambio, la comprobación de la situación de peligro es necesaria, por cuanto esta integra uno de los elementos constitutivos del delito. A los efectos de la penalidad se hace obligada la demostración, en el caso concreto que se ha producido, de manera efectiva, la aludida situación de peligro.

Lo expresado en torno a los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto no significa, por consiguiente, que exista un peligro indeterminado, sino tan solo que existen delitos en los cuales el peligro representa una característica esencial (elemento constitutivo) que debe ser comprobada caso por caso (los delitos de peligro concreto) y otros delitos en los cuales el peligro se presume, sin posibilidad de prueba en contrario (los delitos de peligro abstracto).

En cuanto a la estructura de los delitos de peligro, el sujeto, en todo delito de peligro concreto, realiza una conducta, activa u omisiva, dolosa o imprudente, con la cual se crea o aumenta una situación de peligro para un bien jurídico, por ejemplo, el culpable arroja sustancias nocivas en lugares destinados a abreviar el ganado o las aves, y tal conducta origina una situación de peligro para la vida o la salud de ese ganado o de esas aves.

La característica inicial de los delitos de peligro concreto radica, por consiguiente, en la existencia de una conducta peligrosa, lo cual demanda determinar cuándo una conducta es peligrosa, o sea, en determinar el concepto de “peligro”, noción que califica ese particular tipo de conducta.

“Los delitos de peligro concreto se caracterizan por dos requisitos: la existencia de un nexo causal entre la conducta peligrosa y el bien jurídico protegido, y un juicio acerca del peligro. Estos dos requisitos constituyen los elementos relevantes de la estructura de los delitos de peligro concreto”.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. **La omisión de socorro en el Código Penal**. Pág. 165



En los delitos de peligro concreto, se exige un nexo causal mediante el cual se vincula la conducta peligrosa del sujeto con la lesión o daño del bien jurídico. Sin embargo, lo relevante en estos casos es que el “efecto” en ese nexo causal (la lesión o daño del bien jurídico) no se produce realmente, sino que permanece como mera posibilidad.

El derecho penal instituye un sistema de protección de ciertos bienes jurídicos (importantes desde el punto de vista social), que discurre desde los delitos de lesión o daño a los de peligro abstracto, pasando por los de peligro concreto.

La ley, en algunos casos, solo considera relevante la lesión de un bien jurídico cuando esta se concreta en la destrucción efectiva de ese bien jurídico: por ejemplo, el delito de lesiones protege el bien jurídico de la integridad corporal de las personas, pero en el sentido del deterioro efectivo de la salud de un hombre (se trata, por consiguiente, de un delito de lesión o daño).

No obstante, por la importancia social de ese bien jurídico, la ley eleva también a la condición de bien jurídico la seguridad de la salud de las personas, e instituye como delitos otras infracciones punibles: por ejemplo, la acción de poner en peligro la salud de las personas, dañando la calidad del agua destinada al consumo de la población constituye un “peligro concreto”, no porque se haya dañado la salud de las personas, sino porque se ha dañado la seguridad de la salud de las personas.

La ley, en estos casos, anticipa la protección de las personas, creando una nueva barrera, colocada en un momento anterior al daño efectivo y actual a la salud de las personas, para proporcionarle “seguridad” a la salud, aun cuando esa conducta es dañina en sí misma (se “daña” la calidad del agua destinada al consumo de la población).

La salud de las personas (que es un bien jurídico) aparece tutelada, de este modo, doblemente: de una parte, mediante la protección contra los deterioros efectivos; y de otra, por medio de la protección contra la mera puesta en peligro concreto de ese



mismo bien jurídico, fórmula que es “concreta” por cuanto la ley especifica la conducta que pudiera materializarla: dañar la calidad del agua destinada al consumo de la población.

El nexo causal, en este caso, se origina entre la conducta del sujeto (dañar la calidad del agua potable destinada al abastecimiento de la población) y el bien jurídico de la salud de las personas y no porque este sea dañado, sino porque es puesto en peligro: lo dañado es la seguridad de ese bien.

En todo delito de peligro concreto se advierte una doble posibilidad de enjuiciamiento, porque la ley, al configurar un determinado delito de peligro concreto, convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien jurídico. El quebranto de la seguridad de ese bien jurídico implica ya la lesión del bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro concreto, aun cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien jurídico.

La ley, en otros casos, incrimina acciones con independencia del hecho que ellas constituyan una lesión efectivamente destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro concreto ese bien jurídico. Las sanciona, en general, porque tienen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños. Estos son los llamados “delitos de peligro abstracto”. En este caso, ni concurre la lesión o daño al bien jurídico, ni siquiera ese bien jurídico se ha puesto en peligro concreto, ni a los efectos de la penalidad interesa tal peligro.

Lo complicado radica en determinar, con la mayor precisión posible, el grado que ha de alcanzar el peligro para tener entrada en el derecho penal. Una primera opinión, sostiene que es suficiente la simple posibilidad (cualquiera que sea el grado de peligro es bastante para satisfacer el concepto de peligro). La desmesurada amplitud de esa tesis pone en duda la propia certeza de la noción de peligro: se trata de un criterio que busca, por vía de la facilidad, la solución del problema.



Además, los avances tecnológicos de la vida moderna ponen de manifiesto que en ciertas actividades se desarrollan conductas que en sí mismas son ya riesgosas, pero lícitas, y que la infracción penal consiste en incrementar esos riesgos: el tránsito automovilístico constituye un ejemplo evidente. Lo que hay que distinguir es el peligro lícito y el peligro prohibido.

La tendencia predominante en la teoría penal, exige un grado superior de concreción. De este modo, se le ha adicionado a la posibilidad ciertos calificativos: posibilidad próxima, posibilidad inmediata, posibilidad notable, apreciable posibilidad, posibilidad relevante, significativa posibilidad, etc. No obstante, en todas estas fórmulas hay todavía determinado nivel de inseguridad, porque ¿cuándo la posibilidad es, por ejemplo, relevante, significativa, apreciable? Parece necesaria una definición más precisa.

Personalmente, el investigador entiende que la deseada precisión del grado de probabilidad hay que alcanzarla mediante la aplicación de los principios que rigen el nexo causal en la esfera del derecho penal, con las adiciones demandadas por la particular categoría jurídica de que se trata, es decir, las correspondientes a los delitos de peligro.

Esto implica, entre otras cosas, que debe tratarse de un vínculo directo entre la conducta del sujeto y el bien jurídico protegido. Con ello no se está aludiendo a la proximidad o inmediatez en sentido cronológico, sino a que ese vínculo no se halle interferido por una casualidad, o sea, por otro nexo causal independiente, y que la afectación del bien jurídico constituya el efecto directo de la conducta del sujeto.

Además, se hace necesario determinar la índole que debe alcanzar el “peligro” para llegar al nivel exigido por la probabilidad de ocurrencia de ese efecto. A juicio del investigador, el grado de probabilidad (o sea, el grado en que lo posible se hace real) puede “medirse” a partir de dos posibilidades extremas: de una parte, la producción de la lesión o daño al bien jurídico y, de otra, la no producción de este.



Si se estima que el grado de probabilidad de la lesión o daño, se inicia con la segura producción del acontecimiento, y termina con la absoluta no producción, se alcanzará un criterio objetivo y bastante fiable para llegar a la eliminación o apreciación de la existencia de un peligro, que no podrá ser nunca ninguno de esos dos extremos, pero que deberá estar basado en el “predominio” de uno de ellos.

Si respecto a la producción de un acontecimiento son admisibles distintos grados de probabilidad, ello llevará a afirmar que también proceden distintos grados de peligro. En este sentido, es apropiado hablar de dos situaciones en que una sea más peligrosa que la otra, sin que por ello dejen de serlo ambas. Por consiguiente, la conducta será peligrosa, en el terreno de los delitos de peligro concreto, cuando con ella predomine el grado de producción del resultado lesivo del bien jurídico, sobre el grado de no producción de este.

Aun cuando el delito de peligro concreto tiene basamento objetivo en una conducta específica, la determinación de la peligrosidad de esa conducta exige la formulación de un juicio, o sea, el desarrollo de un proceso cognoscitivo acerca del peligro, que conduzca, en el momento de la aplicación de la norma, a la conclusión de que, en el caso particular, tal conducta es peligrosa para el bien jurídico de que se trate.

Lo característico de ese juicio acerca del peligro, radica en que él implica un juicio de índole comparativa (por eso se dice que es un juicio de referencia), por cuanto de lo que se trata, es de poner en relación comparativa una conducta (la del sujeto), con una situación que suponga la probable lesión de un bien jurídico y, con ello, derivar la conclusión de que ese comportamiento es peligroso.

Lo que se procura expresar, es que para calificar una conducta como “peligrosa” —y sancionable penalmente por la comisión de un delito de peligro concreto—, tal calificativo (el de “peligrosa”) no surge del solo examen de la conducta en sí, sino que se determina al compararla con el bien jurídico y arribar a la conclusión de que ella (la



conducta) tiene capacidad causal suficiente y necesaria para lesionar o dañar ese bien jurídico.

Esto significa que, desde el punto de vista de los delitos de peligro concreto, no hay una conducta peligrosa en sí. Por ello debe reconocerse que, por ejemplo, el “arrojar objetos o sustancias nocivas en ríos, arroyos, pozos, lagunas, canales, o en lugares destinados a abreviar el ganado o las aves”, no es en sí mismo una conducta peligrosa, sino que resulta necesario que esto alcance cierto nivel de peligrosidad (el requerido por la correspondiente figura delictiva, lo cual solo se consigue al comparar tal conducta con el bien jurídico específicamente protegido), así como determinar la capacidad causal de la señalada conducta para causar, posiblemente, la lesión del bien jurídico (la salud o la vida del ganado o las aves).

La cuestión relativa al sujeto del juicio sobre el peligro (determinar quién lo lleva a cabo), ha dado lugar a dos posiciones fundamentales: la de quienes entienden que el juicio debe ser formulado por el autor del hecho, y la de quienes estiman que tal juicio debe ser realizado por el tribunal (por el juez).

Los efectos que aquí se proponen, no interesa cuál es la valoración del autor; esta será una cuestión que afectará a la problemática de la culpabilidad, pero no a la medida con base en la cual se considerará la existencia o no de un peligro. El único encargado de formularlo es el tribunal juzgador, en cada caso sometido a su decisión.

El tribunal deberá efectuar ese juicio en el momento en que pronuncia su decisión, o sea, se trata de un juicio *ex post*. Una cosa es que no pueda afirmarse de la conducta que es peligrosa, y otra que el sujeto la conozca o la pueda conocer. Por ello, para realizar el juicio sobre el peligro, no tiene por qué cortarse el tiempo y limitarse solo a aquellos conocimientos o circunstancias conocidos o conocibles en el momento de la acción objeto del juicio.



Para formular el juicio sobre el peligro, deberán tomarse en consideración los elementos y circunstancias objetivos que concurran, sin que esto implique eludir los matices internos de esa posición objetiva. Cierto es que constituyen dos cuestiones distintas la culpabilidad y el peligro; sin embargo, una y otro se hallan, de alguna manera, vinculados. Por ello, deben distinguirse dos momentos: el concerniente al juicio sobre el peligro y el relativo a la culpabilidad, asociados ambos por el elemento común de la previsión.

Por ello, en el momento del juicio sobre el peligro de una determinada conducta, el juzgador tendrá que adoptar un criterio objetivo, es decir, el de un observador exterior y decidir, objetivamente, si la conducta en cuestión es apropiada para ocasionar, de modo efectivo, la lesión del bien jurídico (que en la realidad se presenta solo como posible).

A lo expresado hay que adicionar otro elemento: el criterio que debe adoptar el juzgador para materializar su valoración del "peligro". En opinión del investigador, es el de un hombre prudente: los conocimientos de este son los que representan el cálculo mensurador para calificar el peligro que entraña una conducta, de acuerdo con la definición de la correspondiente figura delictiva.

La prudencia, en este caso, es la capacidad del hombre común para prever peligros; se trata de la aplicación de las elementales precauciones que debe adoptar cualquiera y de las previsiones que la lógica, en general, abre al conocimiento de todos, o por lo menos, de la generalidad de los hombres.

Para ello, sirven los conocimientos comunes y que eluden tanto al irresponsable como al sabio. El juzgador se planteará el problema del modo siguiente: ¿un hombre comúnmente prudente sería capaz de conocer que esa conducta es peligrosa por tener aptitud causal suficiente para producir la lesión probable del bien jurídico?



A los efectos del juicio sobre el peligro, no cuenta que el autor del hecho tuviese o no los conocimientos necesarios para arribar a esa propia conclusión. La conducta es peligrosa para “ese” sujeto y para cualquier otro. El hombre común sabe que “trasegar con gasolina”, lo cual es común en Guatemala, constituye una conducta peligrosa y en tanto puede ser objeto de reproche y sancionable.

En el momento de la culpabilidad, se decide si el sujeto concreto, el autor del hecho concreto, previó, pudo o debió prever los peligros de su conducta. De lo que se trata con respecto a la culpabilidad, es de determinar cuál ha sido la actitud psíquica del sujeto actuante, o sea, si actuó con dolo o con imprudencia, según sus condiciones personales. Es aquí, donde entran en acción las condiciones personales de “ese” autor, o sea, si dadas sus condiciones personales, capacidad, experiencia, etc., pudo prever la peligrosidad de su conducta.

La referida Ley contra la Delincuencia Organizada (Decreto 21-2006 del Congreso de la República), en su Artículo 2, define los delitos que se pueden perseguir, en virtud de la misma, y en el Título Quinto, Capítulo Primero, hace alusión a la colaboración en la persecución penal de la criminalidad organizada, y en su Artículo 90, reconoce esta institución del derecho penal premial<sup>84</sup> y lo define “como la persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente Ley”.

En el Artículo 91, se precisa que ha de entenderse taxativamente como colaboración eficaz, al estimarla la información que proporcione el colaborador que permita cualquiera de los resultados siguientes:

- a) Evitar la continuidad y consumación de delitos o disminuir su magnitud.

---

<sup>84</sup> Benítez Ortuzar, I. F. **El colaborador con la justicia en materia de delitos relativos al tráfico de drogas**. Pág. 121



- b) Conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito, o circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.
- c) Identificar a los autores o partícipes de un delito cometido o por cometerse; o a los jefes, cabecillas o directores de la organización criminal.
- d) Identificar a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento, que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros.
- e) Averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito, así como indicar las fuentes de financiamiento y apoyo de las organizaciones criminales.
- f) La entrega de los instrumentos, efectos, ganancias o bienes producto de la actividad ilícita a las autoridades competentes.

De la clara lectura de los tipos penales que persigue, y que pueden sancionarse conforme la Ley contra la Delincuencia Organizada, se advierte que se trata de delitos de lesión o daño, sin que prevea en su regulación, la persecución de delitos de peligro, los cuales protegen también bienes jurídicos relevantes para la sociedad, lo que hace suponer que el beneficio de la colaboración eficaz puede otorgarse únicamente a delitos que lesionan directamente bienes jurídicos de trascendencia social, vinculados a la criminalidad organizada no convencional.



## CAPÍTULO III

### 3. El derecho penal premial en el derecho comparado

Al realizar un detallado estudio de la institución del colaborador eficaz en el derecho comparado, se encuentran ampliamente desarrolladas normas de fomento de la figura del arrepentido colaborador con la justicia para el descubrimiento del delito, y de sus principales implicados en diversos países que pueden servir de referente obligado a este estudio.

#### 3.1. Italia

En el derecho italiano, para los denominados “*collaboratori del la giustizia*” o “*pentiti*”, que han contribuido decisivamente, en el contexto de la legislación excepcional dictada en los años 70 y 80, al ocaso del terrorismo y el levantamiento de estructuras mafiosas del sur de Italia; y también aparecen en el derecho de los países de lengua alemana (Alemania, Suiza, Austria), donde son conocidas como *Kronzeugenregelungen* (reglas del testigo “principal” o “de la corona”).<sup>85</sup>

Esta figura del arrepentido, ha proliferado en el moderno derecho penal, en sectores particularmente graves de la criminalidad como el crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo. Básicamente, como manifiesta Gropp,<sup>86</sup> se advierten dos modelos de regulación de la figura del arrepentido que colabora con la justicia:

De acuerdo con el primer modelo, el arrepentido entra en escena como testigo en el juicio oral, y está obligado a declarar en el mismo como condición para obtener algún tipo de inmunidad que le permite dejar de ser imputado. Está entonces expuesto a una situación de peligro especial, por lo cual, se le otorga la condición de testigo protegido.

---

<sup>85</sup> Sánchez García de Paz, I. **El coimputado que colabora con la justicia penal**. Pág. 5

<sup>86</sup> Gropp, W. **Rechtsvergleichende Beobachtungen**. Pág. 981



Así, se pueden encontrar en los países anglosajones, como Estados Unidos de América y Gran Bretaña, también en Polonia.

Conforme al segundo modelo, el arrepentido interviene fundamentalmente en la fase de instrucción del procedimiento, colaborando con las autoridades de persecución penal en el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los culpables, conducta premiada, generalmente, de modo facultativo para el juez con una rebaja, o incluso, una exclusión de la pena.

Como no tiene necesariamente que aparecer ante el tribunal como testigo, no tiene por qué preverse siempre un programa de protección de testigos para él. Este es el modelo propio de Alemania, Suiza, Austria y Holanda; y también del derecho Español. Elementos de ambas categorías se encuentran en la regulación italiana.

Específicamente, en el derecho italiano, encuentran previstos incentivos de estas características en relación con los delitos de tráfico de drogas y asociación dirigida a la comisión de este delito, en los Artículos 73. 7 y 74. 7 del Decreto del Presidente de la República, No. 309 de 9 de octubre de 1990. Conforme a este decreto, se aprueba el *Texto Único de las leyes en materia de regulación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, cura y rehabilitación de los estados de tóxico dependencia* (prevé una rebaja de la pena de 1/ 2 a 2/ 3).

También, para la asociación terrorista en los Artículos 4 y 5 del Decreto Ley número 625, de 15 de diciembre de 1979, de *Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y la seguridad pública*, convertido con modificaciones, en la Ley número 15, de 6 de febrero de 1980 (Artículo 1), donde se recogen causas de exclusión de la punibilidad ligadas al arrepentimiento activo eficaz respecto del delito proyectado y la colaboración en el proceso, ley seguida por la número 304, de 29 de mayo de 1982 (*Ley de medidas para la defensa del ordenamiento constitucional*) (cfr. Artículos. 2 y 3), desarrollada por el Decreto de 1. 9. 1982 y la ley número 34 de 18. 2. 1987 (*de medidas a favor de quien se disocia del terrorismo*).



Y, finalmente, en relación a la asociación de tipo mafioso en el Artículo 8 de la Ley número 15 de enero de 1991, número 5 (de Nuevas normas en materia de secuestro de personas con fines de extorsión y para la protección de los testimonios de justicia, así como para la protección y el tratamiento sancionatorio de los que colaboran con la justicia), y el Artículo 8 del Decreto Ley de 13 de mayo de 1991, número 152 de Medidas urgentes en materia de lucha contra la Delincuencia Organizada (convertido en Ley número 203 de 1991), que prevé una disminución de la pena para las conductas de disociación.

La redacción vigente de estas normas procede de la ley de 13 de febrero de 2001, número 45, de Modificación de la disciplina de protección y tratamiento sancionatorio de aquellos que colaboran con la justicia, así como disposiciones a favor de las personas que prestan testimonio.

La colaboración puede tener diferentes efectos que van desde una reducción de la pena, la exclusión solo se prevé para el arrepentimiento activo eficaz que impide el delito proyectado, a la revocación o sustitución de la medida de custodia cautelar o a la concesión de beneficios penitenciarios.

El origen de esta legislación premial se sitúa en los años de 1970, concretamente en un Decreto-Ley del 21 de marzo de 1978 seguido de otras posteriores, en el contexto del auge de la actividad terrorista de múltiples grupos, aunque sobre todo de las Brigadas Rojas 13, y posibilitó en su momento, gran número de procesos y condenas y un cierto ocaso de la delincuencia terrorista.

Fue inicialmente muy generosa, permitiendo en ocasiones no solo una mera reducción de la pena, variable en entidad según la importancia de la colaboración, sino incluso una remisión total.



Con la Ley número 34 de 18 de febrero de 1987, se trata de cerrar este período de legislación excepcional en materia de terrorismo, introduciendo como novedad medidas premiales ligadas a la simple disociación, sin exigencia de colaboración, la llamada “*dissoziacione silenziosa*”.

Con el Decreto Ley de 13 de marzo de 1991, número 152, las medidas para los “*pentiti*” se extienden a la delincuencia mafiosa y el crimen organizado en general. Para proteger el sistema penal de la eventual circunstancia de que las declaraciones del arrepentido colaborador con la justicia se revelen posteriormente falsas, la legislación italiana presenta la particularidad desde 1991 (Ley número 203) de haber previsto dos mecanismos.

En primer lugar, ha elevado la pena correspondiente al delito de calumnia en aquellos casos en que el culpable cometió el delito, con el propósito de hacerse acreedor de los beneficios de la legislación de recompensa.

En segundo término, ha introducido la posibilidad de revisar la condena *in malam partem*, es decir, en contra del condenado, que puede ser pedida por el fiscal general de la Corte de Apelación en cuyo distrito haya sido pronunciada, cuando la atenuante de colaboración se aplicó como consecuencia de declaraciones falsas o incluso ambiguas.

### **3.2. Alemania**

En el Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB), el Artículo 129, que regula el delito de pertenencia a asociación criminal, permite que el juez atenúe la pena según su criterio, o incluso, prescinda de ella siempre que el autor:

1. “Se esfuerce voluntaria y sinceramente en impedir la continuación de la asociación, o la comisión de alguno de los delitos que constituyen su objeto.



2. Revele voluntaria y puntualmente delitos cuya planificación conozca y que puedan ser evitados”.

También puede el juez prescindir de la pena, para el partícipe cuando presente una culpabilidad menor y su intervención en el hecho haya sido de segundo rango. Cuando el autor alcance su objetivo de impedir la continuación de la asociación (arrepentimiento activo eficaz), o ello sea alcanzado sin sus esfuerzos, no será castigado. Iguales disposiciones se contemplan para la asociación terrorista y la figura agravada de la asociación criminal por la orientación a la comisión de delitos de particular gravedad.

También se prevé después de una reforma del Código Penal, de 22 de agosto de 2002, una disposición así para las asociaciones criminales y terroristas en el extranjero, figura típica entonces incorporada. Existen también, previsiones específicas para los arrepentidos en materia de tráfico de drogas, donde se faculta al juez para discrecionalmente atenuar la pena, e incluso declarar su remisión total a favor del colaborador con la justicia, norma que ha sido masivamente utilizada por los tribunales.

Y también, con respecto al blanqueo de capitales, se permite al juez reducir la pena o eximir de ella, al culpable que contribuya esencialmente al descubrimiento del hecho propio o de otro revelando voluntariamente lo que conozca. Hasta el 1 de enero de 2000, existían reglas de este tipo en materia de delitos de terrorismo y de criminalidad asociativa, supuestos diferentes de los de pertenencia a asociación terrorista o a asociación criminal ya vistos.

Además, en la Parte General, introducido por Ley del 17 de agosto de 1997, de introducción de especiales medidas de investigación en el ordenamiento procesal para la lucha contra la criminalidad organizada y de modificación del Código Penal, de la Ley sobre medios de comunicación, de la Ley de Procedimiento Federal, y de la Ley de Seguridad Pública y objeto de reforma por Ley de 13 de agosto de 2003, regula la que denomina “atenuante especial en caso de colaboración con las autoridades de



persecución”, para ello es preciso que revele lo que conoce del hecho y que ese conocimiento contribuya decisivamente a:

1. “Eliminar o disminuir notablemente el peligro procedente de tal acuerdo, asociación u organización.
2. Promover el esclarecimiento de la conducta punible y contribución a la misma.
3. De la persona que ha tomado parte en el acuerdo como dirigente o como tal ha actuado en la asociación u organización”.

### **3.3. Suiza**

El derecho suizo, no contempla la exención de responsabilidad de los testigos que colaboran con la justicia con relación con el delito de pertenencia a organización criminal, aunque sí la posible atenuación de la pena. En caso de arrepentimiento activo del autor (cuando este se esfuerza por impedir la continuación de la actividad criminal de la organización), puede el juez únicamente, según su criterio, atenuar la pena.

### **3.4. España**

La figura del arrepentido que colabora la justicia en la averiguación del delito, aparece perfilada en el derecho penal español, fundamentalmente a propósito de los delitos relativos al tráfico de drogas y de terrorismo.

Existen, además, dos normas en la Parte General del Código Penal español que podrían captar de algún modo el comportamiento que se analiza. Como atenuante genérica, se contempla en el Artículo 21 número 4: “La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”, la conocida como atenuante de arrepentimiento, y en el número 5: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima,



o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

La apreciación de alguna de estas atenuantes, permite rebajar la pena en un grado (Artículo 66. 2º) o, si se aprecia como muy cualificada, en uno o dos grados.

La exclusión de pena en los casos de desistimiento y arrepentimiento activo eficaz, en el contexto de un delito intentado en los términos del Artículo de modo limitado a las recomendaciones vistas en diferentes instrumentos internacionales de atenuación, e incluso exención de responsabilidad para aquellos responsables del delito que deciden colaborar con la justicia, facilitando ulteriores condenas por delitos relativos al crimen organizado.

En la actualidad, estas disposiciones conciernen, como se indicaba fundamentalmente a dos grupos de delito, ambos cometidos generalmente por personas integradas en organizaciones criminales, los de terrorismo y los de tráfico de drogas, respectivamente. Estas normas contemplan una atenuación significativa de la pena, para el que abandona definitivamente estas actividades delictivas y cumple ulteriores requisitos diferentes en cada caso.

Con respecto a su naturaleza jurídica, en la doctrina estas normas se califican mayoritariamente de semi excusas absolutorias o de causas personales de atenuación de la pena, dado a que su fundamento político-criminal reside, según sostiene de modo casi unánime la doctrina extranjera, en razones utilitarias y, acaso, en una menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo, parece claro que estas normas conciernen en todo caso a la categoría del delito punibilidad, y en ningún caso al injusto o la culpabilidad.

El Artículo 579.3 del Código Penal, ofrece un tratamiento penal especialmente beneficioso para el terrorista “arrepentido”, con la finalidad político-criminal de fomentar esta figura de utilidad para la justicia penal: por un lado, se logra evitar futuros delitos,



bien porque se detiene alguno ya planificado o en marcha, bien porque, mediante la disociación de algunos de sus miembros, la organización terrorista resulta debilitada y su peligrosidad así reducida.

Por otro lado, se facilita el esclarecimiento por la administración de justicia de los delitos ya cometidos. Desde una perspectiva político-criminal, son básicamente, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan este tipo de normas: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos.

Aunque también se han señalado razones de menor necesidad de pena desde la perspectiva de los fines de prevención general, en quien, dice Cuerda Arnau, “contrarresta en parte el mal ejemplo causado con el delito”,<sup>87</sup> y de prevención especial (favorecimiento de la reinserción del terrorista que desea desvincularse de la organización, menor necesidad de pena por la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social en quien realiza la conducta que sirve de base a la atenuación).

El beneficio consiste en la atenuación de la pena en uno o dos grados, que tiene carácter facultativo para el juez, quien debe razonarlo en la sentencia si opta por ella. Ha desaparecido, con respecto al anterior Código, la posibilidad de remisión total de la pena, posibilidad prevista en el Artículo 57 bis. b), y en general objeto de crítica en la doctrina.

Los requisitos que prevé el Código Penal español para su apreciación son los siguientes:

- a. Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas,
- b. Que se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado.
- c. Y además, alternativamente:
  - Que colabore activamente para impedir la producción del delito.

---

<sup>87</sup> Cuerda Arnau, M.L. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Pág. 260



- Que coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

En cuanto al primer requisito, para la posible aplicación de una determinada cláusula premial, el abandono voluntario de la actividad delictiva, se constituye en su presupuesto básico e indispensable si se quiere conseguir mínimamente la finalidad político-criminal perseguida de utilidad en la lucha contra la delincuencia organizada.

El abandono voluntario de las actividades delictivas, constituye una opción personal de separación voluntaria de la organización criminal, lo cual parece exigir una continuidad y permanencia delictual que, en principio, excluiría su aplicación a colaboradores ocasionales al margen de la organización dedicada al narcotráfico o a actividades terroristas.

No obstante, las conductas delictivas a las que expresamente le son aplicables estas cláusulas premiales en España (las recogidas en los Artículos del 368 al 372, para el Artículo 376 del Código Penal, y en los Artículos 571 a 578, para el Artículo 579.3 del Código Penal), que no siempre exigen su comisión en el entramado de la organización criminal, como la propia entidad de la colaboración exigida que permite impedir la producción del delito o impedir la actividad o el desarrollo de las organizaciones con las que simplemente se haya colaborado, no impide su aplicación al delincuente que, dedicado a la actividad ilícita del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no se haya orgánicamente integrado en una organización determinada, ni al terrorista individual.

Incluso, la propia referencia al abandono de la actividad delictiva, no se refiere expresamente al abandono de la organización o asociación ilícita, sino que lo hace a la propia actividad ilícita permanente del sujeto, ya que el Artículo 577 del Código Penal expresamente castiga al sujeto que realiza una serie de conductas, con la finalidad de



subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, “sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista”.

“La no referencia expresa al abandono, como hace la legislación italiana de emergencia, ha sido considerado como una “opción plausible” del legislador español, pues de esta manera, permite su aplicación a los simples colaboradores no pertenecientes a la estructura organizada de la organización criminal, de tal modo que, cuando algunos consideran que cuando se usa el término “disociación”, se hace exclusivamente por razones de comodidad lingüística”.<sup>88</sup>

“Sin embargo, otros han cuestionado la incoherencia de aceptar esta posibilidad al traficante de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicos individual o al terrorista individual, pues considerar el abandono de la permanencia de la actividad delictiva habitual, en estos casos supone tomar en consideración en la valoración jurídico-penal de un hecho pasado la previsible retirada de algo hipotético que todavía no ha sucedido”.<sup>89</sup>

“La interpretación lógica, no obstante, distinguiría, por un lado, el narcotráfico organizado al que sería aplicable este Artículo 376 del Código Penal, igual que a los delitos de terrorismo, excluyendo su aplicación a la discutible figura del terrorista individual del Artículo 577 del Código Penal, dejando la aplicación de las circunstancias genéricas de atenuación de la responsabilidad criminal de los apartados 4º, 5º y 6º del Artículo 21 al traficante y al terrorista individual que informa acerca de sus contactos, proveedores”.<sup>90</sup>

Al subrayar expresamente la voluntariedad del abandono de la actividad delictiva, se impide su toma en consideración cuando la decisión colaboradora surge tras la

<sup>88</sup> Cuerda Arnau, M.L. **Op. Cit.** Pág. 403

<sup>89</sup> Valle Muñiz, J.M. y Fernández Palma, R. **Op. Cit.** Pág.1677

<sup>90</sup> De La Cuesta Arzamendi, J. L. **Op. Cit.** Pág. 569



detención policial; dicho abandono, supone la ruptura definitiva de los vínculos que le unen a la organización criminal. “A diferencia de la circunstancia atenuante genérica de confesión del Artículo 21.4 del Código Penal, que no exige ningún requisito subjetivo para su aplicación, la necesidad de una previa desvinculación voluntaria de la organización criminal exigida en estos Artículos 376 y 579.3 del Código Penal supone un cierto requisito interno del sujeto constatado en su abandono voluntario de la organización criminal, previo a los posibles beneficios punitivos que podría obtener, los cuales aparecerán solo si se produce una posterior cooperación con las autoridades”.<sup>91</sup>

“De este modo, por tanto, el abandono de la actividad delictiva debe ser real, manifiesto y definitivo. Si la característica de este tipo de actividades delictivas es su realización a través de una asociación individual a un colectivo fuertemente organizado de modo piramidal, el requisito fundamental para poder ser objeto de unas reglas más benignas de determinación de la pena que las resultantes de la aplicación de las recogidas en la parte general del derecho penal, será, la exigencia de lo contrario a esa asociación, lo que en la doctrina italiana es comúnmente denominado “disociación”, es decir, la desasociación de la organización, la ruptura de todos los vínculos que le unen a ella”.<sup>92</sup>

El cuanto al segundo requisito, es decir, la “presentación ante las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado”, ha impedido la aplicación de los Artículos 376 y 579.3 del Código Penal al culpable de un delito relativo al tráfico de drogas o de terrorismo que, habiendo abandonado voluntariamente la actividad delictiva, siendo ya imputado y estando a disposición de la autoridad policial o judicial, decide colaborar con las autoridades confesando los hechos de los que hubiera participado y colaborando con autoridad de alguna de las formas previstas en el requisito tercero de dichos Artículos 376”.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Cobo Del Rosal, M. y Quintanar Díez, M. **Op. Cit.** Pág. 1057. Feijoo Sánchez, B., **Comentarios al Código Penal.** Pág. 1034

<sup>92</sup> De la Cuesta Arzamendi, J. L. **Op. Cit.** Pág. 470

<sup>93</sup> Gonzalo Rodríguez Mourullo. **Op. Cit.** Pág. 1034



En cuanto a los requisitos de la declaración a las autoridades serán los mismos exigidos para la confesión del Artículo 21.4º del Código Penal, con la excepción del requisito temporal exigido en la circunstancia de la parte general de producirse antes de que el sujeto tenga conocimiento de que el procedimiento se dirige contra él.

El Artículo 579.3 del Código Penal, sin embargo, no impide la confesión después de iniciado el procedimiento, siempre y cuando la misma, tras un previo abandono voluntario de la actividad delictiva, sea veraz y suponga una voluntaria puesta a disposición de la autoridad judicial, lo cual no se da cuando la colaboración se produce tras la detención policial.

Sin embargo, nada impediría la aplicación del Artículo 579.3 del Código Penal a un sujeto que estando al margen de la organización criminal dedicada a actividades terroristas a la que ha pertenecido con anterioridad, se encuentra en un Estado extranjero, existiendo un procedimiento abierto en España por terrorismo dirigido contra él, y decide entregarse a la autoridad española confesando los hechos en los que hubiera participado y mostrando una actitud de colaboración.

En cualquier caso, "(...) los hechos confesados deben suponer algo que no esté ya suficientemente probado en las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento. La situación es trasladable al caso del narcotraficante hasta que tenga lugar la entrada en vigor del nuevo Artículo 376 del Código Penal".<sup>94</sup>

En este requisito se exige exclusivamente la declaración de hechos individuales, independientemente de que existan otros partícipes. Si además la declaración auto-inculpatoria incluye la aportación de datos referentes a hechos de otros sujetos, esta parte de la declaración podrá ser constitutiva de la delación exigible como conducta colaboradora alternativa en el tercer requisito del Artículo 579.3 del Código Penal.

---

<sup>94</sup> Queralt Jiménez, J. J. **Op. Cit.** Pág. 794



El tercer requisito, referido a la colaboración activa con las autoridades, puede ser, alternativamente, para impedir el delito, para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. No queda claro, sin embargo, si es necesaria la efectividad de la colaboración o que finalmente la misma se traduzca efectivamente en uno de los tres resultados señalados.

“La referencia a impedir la ejecución de un delito, supone la posibilidad de otorgar relevancia a fases posteriores a la consumación y debe referirse a la evitación de un peligro o evitación de un resultado dañoso, de lo contrario, con una interpretación restrictiva que exija el impedir un resultado concreto, se dejaría inoperante este precepto pues, si bien en el caso de los delitos de terrorismo, estos, en su mayoría suponen una “especialidad” de delitos comunes de resultado, en el caso de los delitos relativos al tráfico de drogas, cuyo bien jurídico protegido es la salud pública, suelen construirse como delitos de peligro, de modo que la colaboración se concretaría en impedir la conducta típica de alguno de los delitos relativos al tráfico de drogas, esto es, en impedir la continuidad delictiva”.<sup>95</sup>

Tampoco puede considerarse la referencia al “delito” en un sentido dogmático, pues ello impediría la aplicación de la colaboración cuando el tráfico concreto que se impide es realizado por un sujeto inimputable, por ejemplo. Incluso, cabe la duda de si debe referirse a un hecho antijurídico relacionado con el tráfico de drogas, si bien es improbable la posibilidad de aparición de causas de justificación en estos delitos. Lo correcto, pues, es interpretar que se trate de evitar la continuidad de la conducta típica de alguno de los delitos relativos al tráfico de drogas.

Se trata de impedir un delito actual, relacionado con el tráfico de drogas o relacionado con actividades terroristas, cuya evitación de su producción estará directamente

---

<sup>95</sup> Arenas Rodríguez. Pág. **Los delitos contra la salud pública en el anteproyecto de Código penal del 30 de diciembre de 1991**. Pág. 73



relacionada con la colaboración activa del colaborador. Dicha colaboración tendrá efectos atenuantes en los delitos relacionados con el tráfico de drogas o de terrorismo confesados previamente a la autoridad, así como en el propio delito que se evita, si en el mismo está implicado el colaborador.

Con respecto al otro supuesto del tercer requisito, el colaborar con la finalidad de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, el legislador es donde está usando más claramente el carácter utilitarista de estas disposiciones premiales.

La entidad de la colaboración dependerá, lógicamente, del grado de conocimiento que el sujeto tenga. En cuanto al concepto de pruebas, estas deben ser interpretadas en sentido amplio, incluyendo cualquier aporte de datos que faciliten la investigación de los hechos, incluyendo tanto aquellos que sean propiamente novedosos, como los que vengan a ratificar hechos sobre los que ya se tengan indicios.

Cuerda Arnau,<sup>96</sup> señala al respecto que lo decisivo es que el sujeto sea fuente de conocimiento; su colaboración va, pues, dirigida a la obtención de aquel tipo de datos, que solo pueden considerarse pruebas si se utiliza tal término en su acepción usual, como argumentos, razones o indicios, los cuales, eso sí, deben ser —y ahí está el gran problema—, decisivos para la identificación o captura de otros responsables.

Por su parte, Queralt Jiménez<sup>97</sup>, acertadamente señala que se trata propiamente de diligencias de investigación, que es lo que se hace en la fase instructora del procedimiento, correspondiendo el término pruebas propiamente dichas a las practicadas en el acto del Juicio Oral.

---

<sup>96</sup> Cuerda Arnau, M. **Op. Cit.** Pág. 463

<sup>97</sup> Queralt Jiménez, J.J. **Op. Cit.** Pág. 794



Este apartado vuelve a recoger dos posibilidades alternativas: aportar pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones dedicadas al narcotráfico o al terrorismo. Las mayores críticas que se han producido han sido, precisamente, a la incentivación de mismo a la delación que se hace en su primer inciso.

“Acerca de la incitación a la delación, esta ha sido considerada como una vuelta al proceso inquisitorio, como se ha señalado en epígrafes anteriores. Se trata de hacer ver en el sujeto colaborador que, si con su declaración aporta datos suficientes para poder fundamentar la acusación o para poder capturarlos, puede obtener una rebaja sustancial de pena”.<sup>98</sup>

En cuanto a la posibilidad de admitir que en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, pueda plantearse la admisibilidad de que la “delación” se refiera a delincentes relacionados con delitos distintos a los que ha participado el culpable colaborador. Quintanar Díez, admite que el tenor literal del Artículo 376 Código Penal no impide esta posibilidad, si bien se muestra muy crítico con ella, permitiendo que la disposición comentada “pueda ser un instrumento más, en cualquier caso favorecedor, para la promoción de la delación entre delincentes que actúan en la competencia del tráfico ilegal de drogas, pudiendo silenciar y encubrir otro género de actividades igualmente delictivas de sus compañeros de crimen”.<sup>99</sup>

Al margen de las críticas doctrinales que merecen estos beneficios a las que se ha hecho referencia, la propia jurisprudencia ha denominado esta figura procesal del confeso colaborador como “delator” afirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (sección segunda) de 6 de noviembre de 2000, expresamente que el Artículo 376 del Código Penal constituye una medida político-criminal encaminada “a motivar la delación”, suponiendo “una especificación de un principio político criminal que legitima al legislador para incentivar la colaboración del autor de un hecho delictivo en la

<sup>98</sup> García Rivas, N. **Op. Cit.** Pág. 107

<sup>99</sup> Quintanar Díez, M. **Op. Cit.** Pág. 306



captura de sus compañeros en la empresa delictiva”. (Por ejemplo, expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000/2219. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi-Audiencias 35/2000 (Ponente: D. Nicolás García Rivas).

En todo caso, independientemente de los reparos éticos que pueda suscitar la incentivación de la delación desde las propias estructuras del Estado, el principal problema que se plantea con ella es de índole procesal, ante la endeble consistencia de la figura del acusado-testigo, y el respeto de las garantías procesales del coimputado.

### 3.5. Chile

En Chile, la legislación penal tradicional prohíbe el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el inculcado declare la verdad. Aun así, se suele usar el término de “delación compensada” para referirse a la figura jurídica conocida en Europa como “testigo de la corona” (traducción del alemán *Kronzeuge*), o de “terrorismo arrepentido”, en España y los “*pentiti*”, en Italia.

A la vez, en el derecho chileno se suele usar el mismo término para referirse a la práctica procesal común en los Estados Unidos de América, de negociación entre el fiscal y el acusado, con respecto a cargos y penas y rebajas a cambio de información (*plea bargaining*). Siguen el modelo francés, en cuanto no establecen no temporalidad en estas leyes premiales.

En esta parte de la región, el que ha tenido mayor experiencia con organizaciones subversivas y de narcotráfico, es Colombia, quien con grupos terroristas de ideología de izquierda y derecha como la Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia, el Ejército de Liberación Nacional y Autodefensas Unidas de Colombia, mantienen décadas de lucha con las fuerzas armadas del gobierno colombiano; y lo que agrava aún más el problema, con los cárteles de la droga quienes mantienen económicamente a los grupos terroristas.



Esto provocó que se buscara medidas en donde se le beneficia al colaborador por la información de los cabecillas de las organizaciones delictivas, así como la implementación de mecanismos de protección de los beneficiados y testigos. Sustancialmente, el modelo colombiano se encuentra en la Ley N° 81, del 02 de noviembre de 1993, regula un proceso por colaboración eficaz que trae consigo varias opciones como rebajas de pena y modificación de las circunstancias delictivas.

### **3.6. Perú**

En Perú, el 27 de junio de 1992 se publica el Decreto Ley N° 25582, donde, de forma genérica, se asimila la Ley de Arrepentimiento Terrorista, que disponía la exclusión de pena en el juicio a quien encontrándose incurso en una investigación policial o judicial proporcione información sobre hechos punibles en agravio del Estado.

De este Decreto, encuentra su más inmediato antecedente normativo, en la Ley N° 25384, publicada el 03 de enero de 1992, donde se dispuso que los beneficios de exención y reducción de penas establecidas en el Código Penal son aplicables a los partícipes de los delitos cometidos por funcionarios públicos, en una intención de aplicarse a los partícipes de concusión, peculado y corrupción de funcionarios públicos.

Pero el que se cree es uno de los antecedentes más antiguos de la Ley de Arrepentimiento, en donde se hace mención de los beneficios que recibirían los arrepentidos, es el Decreto Legislativo N° 748, publicado el 13 de noviembre de 1991, donde se incluyen beneficios para los incurso en delitos de terrorismos que posteriormente se arrepientan. Se referían a la reducción, excepción y remisión de la pena, igual a lo previsto en la Ley N° 25499.

Luego de la publicación de la Ley de Arrepentimiento, se aprueba su Reglamento mediante el Decreto Supremo N° 015-95-JUS, publicado el 08 de mayo de 1993, que dispuso la creación de una Comisión Evaluadora, dependiente del Ministerio de Justicia,



que tendría por finalidad evaluar, coordinar y supervisar la ejecución de los beneficios de los arrepentidos.

Con la aparición de la Ley de Arrepentidos, surgieron muchos problemas, pues no era el Ministerio Público, titular del seguimiento de los ilícitos penales, quien evaluaba a los arrepentidos, sino una Comisión especializada.

Asimismo, existieron muchos desaciertos en la determinación de la culpabilidad de las personas en los ilícitos que se cometían, ya que, con la sola declaración del arrepentido, se detenían a estos posibles coimputados, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y el derecho del debido proceso reconocidos en la Constitución Política y en Tratados Internacionales.

La situación se tornó tan grave y evidente, que el mismo gobierno reconoció los excesos y errores cometidos, y dispuso por ello, la creación de la Comisión encargada de proponer al presidente de la República la concesión de Indulto a personas condenadas por delitos de terrorismo o traición a la patria (Ley N° 26655, publicado el 17 de agosto de 1996), conocida como la *Comisión Ad-Hoc*, y en donde literalmente dice en uno de sus articulados:

“Artículo 1°.- Créase una Comisión Ad-Hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delito de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente que habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organización terrorista.”

En este primer Artículo de la Ley N° 26655, se admitía la existencia de errores y arbitrariedades en los juicios, debido a que se obligaba a muchos acusados por terrorismo a declarar en contra de inocentes, siendo dicha declaración la única prueba para ordenar el mandato de detención y la consiguiente sentencia.



Posteriormente, a la regulación de la figura del arrepentimiento en el tipo de terrorismo se amplía su ámbito de aplicación a otras modalidades penales, esto para identificar a los autores y partícipes de dichos ilícitos.

Es así como entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18 de abril de 1996, donde, ante las dificultades que ofrecía la administración, las prácticas monopólicas o restrictivas de la competencia, se previó que cualquiera de las personas incurso en el proceso contra la competencia desleal, pueda ofrecer pruebas con el objeto que se le exonere de la responsabilidad en la que pudiera haber incidido.

En lo relacionado a delitos tributarios, se publicó el 20 de abril del año 1996, el Decreto Legislativo N° 815, que beneficiaba con la exclusión o reducción de las penas, al denunciante en los casos de delitos e infracciones tributarias.

Asimismo, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, se aplicó el Decreto Legislativo N° 824, publicado el 24 de abril de 1996, en el marco de una política de lucha contra el narcotráfico, concediendo beneficios a los colaboradores.

### **3.7. Argentina**

Como antecedentes de acuerdo al entorno jurídico, se encuentran en Argentina, el proyecto Tejedor de Código Penal de 1865, que enumeraba como causa genérica de atenuación de la pena: "Si el culpable revela la existencia de nuevos culpables desconocidos a la justicia, o da de motu proprio los medios y la ocasión de prenderlos", y el antiguo Código Penal portugués de 1886, el que se incluía como circunstancia atenuante de responsabilidad criminal el descubrimiento de otros agentes, de los instrumentos del crimen o del cuerpo del delito, siendo la revelación verdadera y provechosa para la acción de la justicia".<sup>100</sup> (sic)

---

<sup>100</sup>Riquert, Marcelo A. **La problemática de los "arrepentidos". "El delator: una "técnica especial de investigación" en expansión (a propósito de la probable inclusión del "arrepentido" en la Ley 24769)**. Pág. 2



Así, por ejemplo, en el derecho anglosajón, para el llamado “*witness Crown*” (testigo de la corona) que obtiene inmunidad (*grant of immunity*) a cambio de su testimonio, y los supuestos de transacción penal (*plea bargaining*), ya analizado en el primer capítulo, que permiten al imputado que testifica contra los demás una reducción de la condena.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Sánchez García De Paz, I. **Op. Cit.** Pág. 23



## CAPÍTULO IV

### 4. La colaboración eficaz en el proceso penal como un método especial de investigación criminal

El proceso penal de corte acusatorio que asumió la República de Guatemala, con la aprobación del Decreto 51 de 1992, reconoce la libertad probatoria de las partes en juicio, lo que supone que la culpabilidad del acusado en juicio, pueda demostrarse en el acto del juicio oral, público y contradictorio de las pruebas obtenidas en la etapa investigativa, de conformidad con las exigencias constitucionales y procesales del debido proceso, o lo que es igual, desarrollar una actividad probatoria suficiente acorde a las exigencias doctrinales del derecho probatorio.

Particular interés a los efectos probatorios en el nuevo proceso penal guatemalteco muestra la conocida fórmula premial de colaboración eficaz, legalizada en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, institución muy cuestionada al tratarse de una contribución que realiza generalmente un coimputado en perjuicio de otro, para optar por una ventaja en términos de atenuación de la pena, para lo cual resulta imprescindible precisar determinados elementos de la teoría general de la prueba.

Conforme al criterio de Serra Domínguez,<sup>102</sup> la prueba es una actividad de comparación entre las afirmaciones de las partes y las afirmaciones instrumentales depuradas de los medios aportados. Antes de esta comparación, se procede a la práctica de la prueba. Se introducen las fuentes (objetos o personas) en el proceso a través de los medios de prueba y, en la forma prescrita por la ley, se depuran con determinadas técnicas para obtener afirmaciones instrumentales depuradas.

Primero, se entra en el período de conversión que tiene por finalidad, precisamente, la transformación de aquellas afirmaciones de las partes en las instrumentales depuradas de los medios y, en dicho período se distingue la fase de traslación, en la que con los

---

<sup>102</sup> Serra Domínguez, M. **Comentarios al Código Civil**. Pág. 11



medios de prueba se trasladan las fuentes de prueba al proceso y se examinan; y en la fase de fijación, en la que se utilizan diversas técnicas aplicadas a las afirmaciones de los medios para depurarlas, es decir, separar lo cierto de lo incierto, lo que es convincente de lo que no lo es, donde en torno al colaborador coimputado, no resulta cuestión sencilla.

Ello se realiza, principalmente, con las máximas de experiencia.<sup>103</sup> A veces, se aplican sobre el hecho base ya depurado, nuevas máximas de experiencia recogidas en la propia ley, de modo que se obtiene una inferencia o presunción legal, prevista en la misma ley, que se considera prueba si no se demuestra lo contrario. Sí, en cambio, sobre las afirmaciones depuradas se aplican las máximas de experiencias del propio juez y se obtiene una presunción judicial.

En el segundo período, el de comparación, se contrasta la existencia o no de prueba de las afirmaciones de las partes; si alguna no consigue la correspondiente afirmación instrumental depurada, se dice que no se ha probado el hecho y ello perjudica a la parte que tenía la carga de la prueba; de afirmar y de probar.

Si, en cambio, en la sentencia se aprecia algún hecho probado que no tiene soporte en ninguna afirmación de parte, se alega que, en el proceso dispositivo, se produce una incongruencia por exceso y, si la afirmación depurada es de cargo, el proceso penal acusatorio y el objeto indisponible, el tribunal no la puede tomar en consideración si antes no la da a conocer al acusado para que pueda defenderse y aportar pruebas de descargo.

De todo lo anterior, se deduce que gran parte del éxito de la prueba procesal depende de que la técnica probatoria utilizada en el proceso de depuración de las pruebas personales, dentro de las que se encuentra la deposición del colaborador, sea capaz de proporcionar los elementos que constituyen la base de las máximas de experiencia; las contradicciones, las confirmaciones, la seguridad y firmeza del declarante o su

---

<sup>103</sup> Stein, Friedrich. **El conocimiento privado del juez.** Pág. 59



indecisión y duda y, en definitiva, todos los elementos que permitan determinar la credibilidad de la persona que declara.

En un proceso penal de corte acusatorio, la técnica probatoria presenta principios básicos, es decir, las pruebas han de ser relevantes y pertinentes. La relevancia, es una cuestión de lógica; ha de existir una relación de causa-efecto entre la prueba y el hecho que se trata de probar. La pertinencia (admisibilidad) es jurídica, aunque, naturalmente, basada en la lógica y la experiencia.

“Existe una serie de reglas que, por motivos extrínsecos a la prueba misma y a su valor”,<sup>104</sup> “(...) determinan su inadmisibilidad. Entre estas se pueden citar, la prueba ilícita y la obligación de guardar secreto. Hay otro grupo de normas excluyentes que están basadas en motivos intrínsecos a la misma prueba, porque la convierten en inútil para depurar la credibilidad del medio o impertinente, por tratar de probar hechos que no pertenecen al objeto del proceso ni sirven para depurar la credibilidad de las demás pruebas”.<sup>105</sup>

“Entre las causas de inadmisibilidad por razones extrínsecas se recogen, principalmente, los supuestos de personas dispensadas o exentas de declarar por obligación de guardar secreto o por su relación con el imputado y los supuestos de inadmisibilidad de pruebas ilícitas, basados en la necesidad de disuadir a la policía o a las partes de ciertos abusos. Son normas que, a veces, obedecen a intereses ajenos a los de la administración de justicia, pero igualmente atendibles y respetables”.<sup>106</sup>

La finalidad de su prohibición no es, desde luego, su valor probatorio, que puede ser determinante, sino la necesidad de disuadir a la policía y demás investigadores de cualquier intento de vulnerar derechos fundamentales en la investigación y obtención de las fuentes de prueba.

---

<sup>104</sup> Mittermaier, C. J. A. **Tratado de la prueba en materia criminal**. Pág. 224

<sup>105</sup> Muñoz Sabaté. **Sobre la falta de controles probatorios**. Pág. 332

<sup>106</sup> Asencio Mellado. J. M. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**. Págs. 76 a 89



Por ello, en algunos ordenamientos, la regla es flexible. En Inglaterra, por ejemplo, no hay ninguna norma legal expresa que la prohíba y su utilización queda a la discreción del tribunal, según los intereses o imperativos de la justicia; pero la prueba de la inocencia no puede, en modo alguno, prohibirse en el proceso si de ella depende la absolución.

Además de las elementales razones de justicia que apoyan esta postura, la inocencia no ha de ser probada; “es una presunción constitucional que la evidencia descubierta no hace más que mantener, sin necesidad de probar nada; realmente no existen pruebas de la inocencia, sino, simplemente, su constatación o confirmación”.<sup>107</sup>

“Respecto a la declaración del imputado o coimputado como testigo, en los ordenamientos continentales, quizás por ciertas reminiscencias de un pasado inquisitivo, se presta siempre sin juramento; es simplemente un medio voluntario de defensa, una manifestación de la defensa material”.<sup>108</sup>

Es cierto, sin embargo, que la declaración bajo juramento, prestada voluntariamente y sometida a interrogatorio cruzado, puede ser una ayuda o un refuerzo para mantener la presunción de inocencia. Sin embargo, la contrapartida está en que la negativa a prestar juramento se convierte, casi, en una autoinculpación.

En cuanto a la inadmisibilidad por razones intrínsecas, no deben admitirse las pruebas que sean inútiles, es decir, cuando el medio propuesto no es útil para el fin perseguido; ni las impertinentes en sentido estricto, es decir, cuando el hecho que pretendan probar no pertenece al objeto del proceso.

Entre las pruebas testimoniales, se encuentran las declaraciones instructivas, preventivas y las testimoniales que son realizadas a los inculcados, agraviados y testigos, respectivamente. Es aquí, en donde los modelos anteriormente citados de la

---

<sup>107</sup> Pastor Borgoñón. **Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas en Justicia**. Pág. 350

<sup>108</sup> Revilla González, J. A. **El interrogatorio del imputado**. Pág. 13



importancia de la declaración del colaborador en un proceso penal, se enfrentan a saber si este es una declaración de un inculpado o la figura ficticia de la declaración de un testigo.

Se debe entender que el inculpado colaborador no deja de serlo, y no pierde derechos por serlo, como el derecho que tiene un inculpado de mentir si es necesario, entendido como una técnica de defensa, algo que el testigo propiamente dicho está obligado a grado fuerza de hacerlo.

Para determinar la verificación de credibilidad de una declaración inculpatoria se debe comprobar los siguientes condicionamientos:

- Los intrínsecos, que pueden ser negativos como la personalidad del autor, presencia de móviles y otros; y los positivos que podrían ser la verificación, coherencia y otros.
- Los extrínsecos, que tiene que ver con otros elementos de verificación que confirmen la fiabilidad subjetiva.

Se es del criterio que el coimputado colaborador no cumple con el condicionamiento intrínseco, pues su declaración se encuentra movida por condicionamiento que le va a favorecer, es decir, si declara en contra de otros, su pena se puede reducir e incluso eximir, pero si no lo hace hay la posibilidad que otro inculpado se acoja al beneficio y sea sancionado drásticamente, por lo que la declaración del coimputado colaborador se hace cuestionable.

Por ello, resulta aconsejable asumir una posición intermedia, en donde la declaración del coimputado colaborador, se constituye para la búsqueda de otros elementos probatorios, sin tener la obligación de declarar en el juicio oral.



Al referirse al interrogatorio de imputados o coimputados de colaborar con la justicia bajo las reglas del testigo, amén de las limitaciones que en el ámbito del derecho probatorio se ha argumentado que presentan, es preciso valorar no solo el contenido de su declaración, sino también su credibilidad, lo que puede lograrse de mejor manera a través del uso del interrogatorio cruzado.

“El objeto del interrogatorio cruzado es, naturalmente, la credibilidad del que declara, comprobar o contrastar su memoria, su correcta percepción e interpretación de los hechos, su veracidad y claridad expresiva”.<sup>109</sup> Estos elementos solo tienen valor cuando es el propio declarante quien presencié los hechos que refiere, por lo cual, no es admisible que el testigo de cargo refiera hechos que no haya percibido por sí mismo, aunque no se le pregunte por ellos, evitando así, el testimonio de referencia involuntario y sustrayendo al imputado su derecho a interrogar al testigo directo.

Además, no se trata de obtener una imposible verdad absoluta, sino que basta la más modesta verdad histórica, o, como se alega a veces, verdad aproximada o verdad procesal. “En definitiva, en el proceso penal se trata solo de probar la acusación más allá de la duda razonable. La naturaleza de esta técnica es, según la psicología jurídica, la de las ciencias no demostrativas; es la teoría de la prueba racional no demostrativa, que es la lógica de las ciencias no demostrativas”.<sup>110</sup>

El método es el retórico, entendiendo por retórica, la ciencia que estudia la argumentación o dialéctica probatoria que se opone a la demostración necesaria para obtener la verdad formal, propia de las ciencias puras, pero inútil para las ciencias históricas,<sup>111</sup> y para ello se parte de los siguientes presupuestos:

El primer presupuesto, es que la parte que propone la testifical de alguna persona es por interés; porque la declaración anterior del testigo o lo que dice conocer del hecho es favorable a la tesis del proponente. No resulta ilógico que los abogados de las partes, el

---

<sup>109</sup> Muñoz Sabaté. **Op. Cit.** Pág. 256

<sup>110</sup> **Ibid.** Pág. 288

<sup>111</sup> **Ibid.**



fiscal, o incluso la policía, se entrevisten con el testigo, previamente a su declaración para comprobar que persiste su recuerdo de los hechos.

Ahora bien, preparar la prueba testifical no significa sugerir al testigo cómo debe realizar su declaración, lo que suele suceder en la mente del colaborador de la justicia, dado la obtención del beneficio que persigue, los fiscales y abogados pueden pedir al testigo que les refiera todo lo que recuerde del hecho, pero no pueden sugerir ningún tipo de respuesta.

Como dice Martín<sup>112</sup> en las Actas de la Convención italiana para la preparación del nuevo Código Procesal, “el objetivo es presentar al tribunal la declaración del testigo, en su versión original de los hechos, para que el Jurado pueda valorarla sin alteraciones, sin que el testigo incurra en infracciones legales por falta de preparación, como, por ejemplo, mencionar anteriores condenas del procesado que puedan predisponer al Jurado en su contra”.

Otros de los presupuestos, es que el que interroga nunca es neutral; así, la declaración testifical ha de realizarse en forma dialéctica y no a través de uno o varios monólogos. Por lo demás, como enseña la psicología jurídica, “la manera de hacer la pregunta no es nunca neutral y tiene cierta influencia sobre la respuesta”.<sup>113</sup>

Aun cuando se confíe a un órgano imparcial el cometido de interrogar, por ejemplo, al propio juez puede aceptarse su imparcialidad en el sentido que se trata de un sujeto “desinteresado” respecto al portador de determinado interés procesal, pero es ilusorio presumir virginidad mental del juez, como si este no tuviera ninguna hipótesis que verificar, pues de alguna manera ha de conocer la acusación para saber sobre qué puede inquirir.

---

<sup>112</sup> Martín, R. *Iluolo del contrainterrogatorio en el proceso penal americano*. En: *Un nuovo codice per una nuova giustizia*. Pág. 153

<sup>113</sup> *Ibid.* Pág. 154



Es ilusorio pensar que tal acercamiento al testigo que depone, pueda ser totalmente respetuoso con la fuente y obtener así una mejor representación de la realidad de parte del declarante. El hecho mismo de interrogar desde una posición de fuerza institucional y, en consecuencia, de exigir una determinada respuesta, está inevitablemente unido a la preconfiguración de esa misma respuesta en la mente de quien pregunta.

Y este deseo, latente de una determinada respuesta, termina por influir en el interrogado, puesto que, como recuerda Carofiglio,<sup>114</sup> la comunicación no es solo y simplemente un instrumento para representar objetos independientes o en ella contenidos, sino que, al mismo tiempo, condiciona la estructura de los hechos y de su conocimiento. Como en las ciencias, en suma, el observador perturba fatalmente el objeto de su observación.

En consecuencia, es mejor confiar en que interroguen los interesados; por ello hay que abandonar la idea de que la conducta de un sujeto supuestamente imparcial sea la mejor técnica para examinar a un sujeto portador de información, sobre todo si está muy comprometido con su declaración, como sucede con el colaborador de la justicia.

Al contrario, es mejor confiar, sin hipocresía, en un acercamiento multilateral de varios sujetos psicológicamente interesados, pues, si bien se producirá el intento de obtener del sometido a interrogatorio la contestación deseada, las dos o más verdades parciales que se obtengan formarán parte de la síntesis final a la que llega el que preside el debate, y esto se logra si existe una real contradicción de la prueba.

“En definitiva, parece que vale más aceptar la inevitable e involuntaria falta de neutralidad de los que declaran y de los que interrogan contradictoriamente y, al propio tiempo, confiar en la obra final de reconstitución mental de la juez facilitada con una adecuada técnica de interrogatorio pues, en ese cometido, en esta reconstitución

---

<sup>114</sup> Carofiglio citado por Verger Grau, J. **La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio.** Pág.123



histórica de los hechos que influirán en la sentencia, puede ser verdaderamente imparcial o neutral, al menos hasta donde pueda serlo la mente humana”.<sup>115</sup>

Con el interrogatorio cruzado al coimputado colaborador, la parte contraria trata de obtener del declarante aquello que pretende ocultar o que no está dispuesto a confesar; de averiguar su seguridad en lo que dice; si se contradice o pierde su aparente seguridad y aplomo; de ver si hay motivos para dudar de su sinceridad y honestidad y, en general, de desvalorizar la declaración que acaba de hacer.

Es por ello que, “(...) tan pertinentes son las preguntas referidas a los hechos enjuiciados como las que tratan de poner a prueba la percepción, interpretación de los hechos, memoria, precisión y buena fe del testigo, pues el valor probatorio del declarante depende, fundamentalmente, de su credibilidad”.<sup>116</sup>

El interrogatorio cruzado, tiene una función eminentemente crítica; con él se persigue, no solo la adquisición de nuevas noticias sino además y de modo primordial, investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio anteriormente rendido, requiere ser responsivo y además permite, y a veces incluso exige, preguntas sugestivas.

Por tal razón, “(...) se debe permitir formular preguntas sugestivas, poner al colaborador que depone bajo las reglas del testigo en evidencia si su anterior declaración fue distinta a la que presta en el juicio oral y, si la niega, aportarla como prueba. Puede exigírsele una narración continuada de los hechos que antes ya relató aisladamente contestando las preguntas de la otra parte y ello con el fin de determinar si incurre en contradicciones y, en tal caso, ponerlas de relieve).<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Vergel Grau, J. **Op. Cit.** Pág. 125

<sup>116</sup> Muñoz Sabaté. **Op. Cit.** Pág. 288

<sup>117</sup> Vergel Grau, J. **Op. Cit.** Pág. 127



Los estudiosos de esta técnica aseguran que, "(...) aun prescindiendo de imperativos constitucionales de más amplio espectro, el interrogatorio cruzado, más que el propio sistema de jurado, fue la gran contribución anglosajona a la mejora de los métodos forenses para el descubrimiento de la verdad".<sup>118</sup>

"La fe en la eficacia de este método es tal, que el derecho del imputado y coimputado a utilizarlo frente a los testigos de la acusación, forma parte en Inglaterra de los usos procesales consolidados como derechos de la defensa y, en los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo lo considera incluido en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución".<sup>119</sup>

"Tomando como referente esta posición, también el nuevo Código Procesal Penal italiano, en el Artículo 499.2, permite que la parte que no propuso al testigo pueda formular preguntas sugestivas y que las respuestas que dé se puedan contrastar con sus anteriores declaraciones contradictorias obrantes en la instrucción del Fiscal, las cuales, por lo demás, no podrán ser utilizadas como prueba de los hechos en ellas afirmados, sino solo a los efectos de valorar la credibilidad del testigo o persona interrogada, tal y como lo prevé el Artículo 500 del referido Código Procesal".<sup>120</sup>

En el moderno Código italiano, este interrogatorio de parte no supone, en manera alguna, mermar los poderes del tribunal en orden a la clarificación y depuración de las pruebas personales pues, sea de oficio o a instancia de parte, siempre puede formular, durante el interrogatorio, o después, las preguntas que crea convenientes a los testigos, peritos y partes ya interrogadas.

En otros ordenamientos, después del interrogatorio cruzado, cabe un nuevo examen del testigo por la parte que lo presentó, (*re-examination*). Tiene por finalidad recomponer, si es posible, la credibilidad del testigo, permitiéndole de nuevo contestar a las preguntas que se le formulen por la parte que lo presentó.

---

<sup>118</sup> **Ibid.**

<sup>119</sup> **Ibid.**

<sup>120</sup> **Ibid.**



El interrogatorio cruzado soportado por el coimputado, puede, en determinados extremos, haber dejado su declaración sembrada de dudas e incluso con admisiones perjudiciales e involuntarias que no tuvo oportunidad de rectificar. Por ello, cuando en el interrogatorio cruzado aparece algún hecho nuevo o alguna incongruencia que merece explicaciones, puede de nuevo interrogarle de forma directa.

Cuando una de las partes utiliza el interrogatorio cruzado solo para obtener la contradicción y el descrédito del coimputado, o solo para sembrar dudas y, además, pone fin al interrogatorio de forma súbita y sin intentar recomponer las dudas sembradas, la réplica restituye al proponente del testigo la posibilidad de esclarecer los ángulos y las sombras, y dejar en su justo valor los frutos del interrogatorio.

#### **4.1. Valor probatorio de la declaración del colaborador eficaz**

“Ha sido frecuente a lo largo de la historia, y en relación con diversas formas de delinquir, la utilización de los llamados delatores, testigos principales o de prueba cómplice;<sup>121</sup> sin embargo, su uso ha sido más recurrente para combatir delitos asociativos de una extrema peligrosidad y un claro matiz político que han azotado a una sociedad en un momento determinado, como ocurre hoy con el crimen organizado y el terrorismo”.<sup>122</sup>

Resulta oportuno iniciar este epígrafe tomando como referente el ordenamiento jurídico español, donde no existe un precepto de carácter procesal que discipline esta modalidad de declaraciones de un imputado que incrimina a otro(s) imputado(s), ni de su valor probatorio, o de las cautelas que la deban rodear, ya que, como señala Vázquez Sotelo,<sup>123</sup> se trata de declaraciones frecuentes en la práctica forense absolutamente huérfanas de regulación legal.

---

<sup>121</sup> Tomás y Valiente, F. **El derecho penal en la Monarquía absoluta, siglos XVI, XVII, XVIII**. Pág. 168

<sup>122</sup> Lamarca Pérez, C. **Op. Cit.** Pág. 323

<sup>123</sup> Vázquez Sotelo, J. L., **Presunción de inocencia del imputado e “íntima convicción” del Tribunal**. Pág. 36



De ahí que exista un serio problema en relación con la naturaleza jurídica de este tipo de declaraciones, que, en estricto sentido, no se trata de una confesión, por cuanto que esta implica que los hechos confesados perjudiquen a quien realiza la declaración y no a un tercero.

La confesión comprende declaraciones contra sí mismo y supone una autoincriminación del hecho delictivo por el que se procede. Pero, por otra parte, tampoco cabe calificarlas como testimonio, ya que este procede, valga la redundancia, de un testigo, es decir, de un tercero ajeno al objeto del proceso, y no de quien es un imputado en él y, por tanto, sujeto interesado.

Por lo antes expuesto, desde la perspectiva teórica sería incorrecto extender el tratamiento jurídico de la confesión o el mero testimonio a este género de deposiciones, aunque, como se verá más adelante, la jurisprudencia se haya manifestado en contra.

Desde la perspectiva legal, el único Artículo aplicable, en este sentido, a este tipo de declaraciones es el 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, que señala: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.”

En este sentido, y aceptando que la naturaleza jurídica de este tipo de declaraciones es diversa o *sui géneris*, es obligada la referencia al régimen de libre valoración de la prueba por parte del juez y a los parámetros que a este ha proporcionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en relación con la virtualidad de las declaraciones del codelincuente.

En cuanto a la capacidad probatoria de las declaraciones de los coimputados para justificar una decisión penal de condena, la línea doctrinal y jurisprudencial no ha sido lineal. “Las exigencias constitucionales han variado, incrementándose hasta llegar a establecer la primera regla probatoria que fija un patrón de prueba que declara su



insuficiente consistencia para desvirtuar la presunción de inocencia, cuando es la única prueba sobre la que se pretende sustentar una decisión penal de condena”.<sup>124</sup>

“Inicialmente, no se apreció la existencia de cuestión constitucional alguna en relación con las declaraciones de los coimputados, y sus manifestaciones tenían una naturaleza similar a la prueba testifical, pues remiten a un conocimiento extraprocesal de los hechos, y pueden valorarse como prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia en tanto que no hay norma procesal expresa que lo impida”.<sup>125</sup>

En tal sentido, si la declaración del coimputado era inculpativa, de cargo, había sido obtenida y practicada con observancia de las garantías constitucionales y legales, podía formar parte del material probatorio cuya valoración es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. La lógica de enjuiciamiento constitucional remitía a la ley y la ley permitía su valoración.

Al declarar el coimputado sin obligación de decir la verdad, se provoca un problema de credibilidad (una posibilidad razonable de duda), lo que remite a la operación de valoración de la prueba, y en tanto no debe estimarse como no válida, sino insuficiente e inconsistente como prueba de cargo cuando es la única que pretende sustentar una declaración de condena.

Por ello, la declaración del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas, pues no es base probatoria que permita una inferencia suficientemente sólida para justificar por sí sola la condena.

La exigencia de corroboración de lo depuesto por el coimputado se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por

---

<sup>124</sup> Sánchez Yllera. I. **Dudas razonables: la declaración de los coimputados**. Pág. 5

<sup>125</sup> **Ibid.**



otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Ideas que fueron reiterándose en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Español: SSTC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 155/2002, de 22 de junio, FJ 11.

En cuanto al contenido y fundamento de la exigencia de corroboración, se está ante un tema no muy tratado en la doctrina procesal. No obstante, las renuencias hacia la declaración del coacusado son antiguas, dada su escasa credibilidad y los riesgos que puede ocasionar dar plena validez probatoria a su incriminación.

Al respecto, Mittermaier<sup>126</sup> reconocía las graves dificultades de credibilidad que ofrece la declaración del coimputado, la que calificaba de testigos sospechosos. El que, según su propia confesión, ha manchado su vida con un crimen, no tiene igual derecho a ser creído en su testimonio que el hombre que se ha conservado siempre puro.

Además de esto es natural que el cómplice se incline a hacer recaer sobre su coautor una parte de su propia falta; tiene, pues, un interés directo en declarar de una manera contraria a la verdad. Se han visto algunas veces criminales que, cuando han conocido no poder librarse de la pena, se han esforzado en su desesperación en arrastrar a otros ciudadanos al abismo donde ellos mismos caían; otros, designan como cómplices a inocentes, con el solo fin de apartar las sospechas de aquellos que realmente han tomado parte en el delito, y hacer la instrucción más embrollada y difícil, o también, con la esperanza de alcanzar complicando a personas de alta posición, un tratamiento menos riguroso.

---

<sup>126</sup> Mittermaier. **Op. Cit.** Pág. 291



También Pietro Ellero<sup>127</sup> califica de testimonio no verídico al prestado por el coacusado pues es exigencia que da validez al testimonio que quien lo preste no tenga interés en mentir; el que reclamaba prudencia de los jueces cuando les corresponda valorar las declaraciones del coacusado, y también al propio legislador para que proceda a declarar 'sospechosos' a aquellos contra los cuales exista una presunción de falta de veracidad, entre los que incluye a los coacusados, a no ser -argumenta- que “mediante pruebas, o siquiera en virtud de otras presunciones contrarias, se desvaneciera la sospecha indicada”.<sup>128</sup>

Del mismo modo, Vegas Torres<sup>129</sup> cuestiona su valor probatorio si concurre alguna de las circunstancias establecidas en el antiguo Artículo 57 bis b) del Código Penal de 1973, que preveía la atenuación de la pena si el acusado colabora en la identificación de otros culpables.

Un acertado, extenso, detallado y sistemático estudio de esta cuestión, desde la perspectiva constitucional, es el realizado por Cuerda Arnau,<sup>130</sup> que concluye afirmando la necesidad de excluir su pleno valor probatorio si falta la corroboración.

Cabe destacar que la jurisprudencia establece una exigencia positiva para que la declaración del coimputado tenga pleno valor probatorio (ha de aparecer corroborada), y una condición negativa: que no pueda deducirse que la declaración se presta por móviles espurios y auto-exculpación.

En Italia, la cuestión ha sido objeto de un abundante y extenso estudio doctrinal y jurisprudencial, así como de tratamiento legislativo específico. No puede ocultarse que junto a los argumentos hasta ahora manejados, fue la masiva utilización de los “*pentiti*” como estrategia acusatoria en la lucha contra la Mafia, unida a los desastrosos

---

<sup>127</sup> Pietro Ellero. **De la certidumbre en los juicios criminales**. Pág. 132

<sup>128</sup> **Ibid.**

<sup>129</sup> Vegas Torres, J. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Pág. 34; Vázquez Sotelo, J. **Presunción de inocencia del acusado e íntima convicción del Tribunal**. Pág. 15 Silva Melero, V. **La prueba procesal**. Pág. 25

<sup>130</sup> Cuerda Arnau, M.L. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Pág. 24



resultados que su utilización produjo (maxiprocesos ingobernables, absoluciones masivas que frustraron las expectativas creadas, etc.), lo que generó un denso debate acerca de la validez del testimonio del coimputado.

El Código de Procedimiento Penal aprobado en septiembre de 1988 en Italia, contenía dos preceptos específicos referidos a la declaración del coimputado, que sancionan la regla que se viene comentando. Se incluyen al regular la prueba testifical (prohibiendo llamar como testigo al coimputado), y las reglas de valoración de la prueba que, conforme a los números 11 y 21 del Artículo 193, ha de hacerse de forma motivada, sin que quepa derivar la existencia del hecho de indicios que no sean graves, precisos y congruentes, fijando una barrera infranqueable antes de la cual no llega a existir propiamente prueba que evaluar:

Conforme al Artículo 197, no podrán declarar como testigos:

- Los coimputados por el mismo delito, o las personas imputadas en un procedimiento conexo, aun en el caso de que frente a ellos se haya pronunciado sentencia de sobreseimiento, de absolución o de condena, salvo que la sentencia absolutoria haya ganado firmeza.
- Las personas imputadas por un delito conexo a aquel por el que se procede en el caso previsto por el Artículo 371.2. b) (cuando la prueba de uno de los delitos o de sus circunstancias influye sobre la prueba de otro o de sus circunstancias).

Conforme al Artículo 192.3, las declaraciones realizadas por los coimputados por un mismo delito, o por persona imputada en un procedimiento conexo, se valorarán conjuntamente con los demás elementos de prueba que confirmen su admisibilidad.

La referida opción legislativa puso fin a las divergencias doctrinales y jurisprudenciales que dominaron el debate jurídico italiano acerca del valor probatorio de las declaraciones de los coimputados en los años 70 y 80. “Doctrinalmente, la división se



daba entre quienes, como Manzini, Palazzo o Melchionda le negaban todo valor probatorio por considerarlos un mero indicio o, aun menos, una simple *notitia criminis*, y aquellos otros, entre los que cabe citar a Leone y Fassone, que admiten su valor probatorio, si bien con distinta naturaleza de la prueba testifical y bajo la exigencia de determinados requisitos”.<sup>131</sup>

En Alemania, el debate se venía planteando, únicamente, a nivel doctrinal. La ley procesal, de conformidad con el Artículo 60.2, prohíbe recibir juramento como testigo a quien sea sospechoso de ser partícipe. A partir de esta prohibición legal, autores tan reconocidos como Roxin,<sup>132</sup> proponen una lectura de la ley procesal que considere sospechoso de ser partícipe a todo coimputado material, aunque no haya sido acusado en la causa en que interviene como testigo, a fin de evitar la tergiversación de funciones que supone iniciar procesos separados y hacer declarar en ellos a los copartícipes como testigos ajenos al proceso concreto.

Roxin defiende un concepto de coimputado puramente material, según el cual no solo no está permitido en procedimientos separados escuchar a un coimputado material como testigo, sino que tampoco en un procedimiento común la declaración de un coimputado debe ser valorada contra el acusado, porque al hacerlo se convierte al coimputado prácticamente en testigo.

De lo hasta aquí analizado, se advierte que, para conceder validez como acto de prueba a la declaración del colaborador eficaz, su declaración debe ser lo suficientemente corroborada al punto de que se permita enervar la presunción de inocencia del coautor inculcado.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “corroborar” es “*dar mayor fuerza a la razón, al argumento o a la opinión aducidos, con nuevos raciocinios o datos.*” Serían términos sinónimos: confirmar, reforzar, apoyar o fortalecer.

---

<sup>131</sup> Sánchez Yllera. I. **Op. Cit.** Pág. 23

<sup>132</sup> Claus, R. **Op. Cit.** Pág. 421



La cuestión de la corroboración exige concretar si lo que ha de ser confirmado, reforzado o corroborado es la verosimilitud de la versión de los hechos aportada por el coimputado, o si, por el contrario, únicamente la acreditación mediante otra actividad probatoria de los hechos imputados permite dar por corroborado su contenido.

En el primer caso, bastará con aportar nuevos argumentos que hagan más creíble, más verosímil, la versión facilitada por el coimputado. Conforme a esta tesis se podrá evaluar su propia coherencia interna, si ha habido o no retractaciones a lo largo del proceso, si el coimputado se ha autoinculcado o si otros coimputados mantienen la misma versión.

El punto de partida de cualquier reflexión se sitúa en la propia declaración que ha de ser corroborada, y únicamente manifestaciones creíbles podrían y merecerían ser corroboradas. De esta manera, la versión de los hechos que se expresa en la manifestación del coimputado ha de ser objetivamente creíble, ha de reflejar una de las versiones posibles de los hechos debatidos.

Si el contenido de la declaración del coimputado es en sí mismo increíble o de imposible realización no tiene sentido tratar de corroborar sus manifestaciones. Por ello, corroborar no consiste en razonar acerca de la credibilidad de la versión de los hechos manifestada, sino que es preciso acreditar su contenido, al menos parcialmente, de otra manera.

Paradójicamente, es la fuerza de convicción que aparentemente presentan las manifestaciones del coimputado lo que dificulta el debate contradictorio acerca de las mismas. Nadie mejor que el coimputado sabe cómo ocurrieron los hechos, pero por esa misma razón, nadie mejor que él está en condiciones de manipular a su conveniencia dicho conocimiento.



El problema que plantea la declaración del coimputado no es solo de su verosimilitud sino de justificación; ¿es una verdad justificada la que se declara con base en la manifestación? O dicho de otro modo, ¿es una verdad alcanzada por un método que reduce suficientemente los márgenes de error ofreciendo protección al individuo frente al castigo arbitrario?, ¿es una verdad verificada o verificable?

La respuesta a estas interrogantes es negativa; y, por ello, solo una distinta actividad probatoria, y no una suma de argumentos sobre la propia declaración, permite dar a esta por corroborada. No será la acumulación de argumentos sobre la coherencia interna de la declaración lo que justificará esta “más allá de toda duda razonable”, sino el que la versión del coimputado sea coherente con algo distinto de sí, porque la verdad justificada en que se resuelve el relato de hechos probados de una sentencia penal ha de ser, al menos, el resultado lógico de la suma de un conjunto de signos que apuntan en una misma dirección.

Entre los elementos de corroboración, es preciso concretar qué datos qué prueba permiten dar por corroborada la declaración del coimputado. Sin duda esos datos o nuevas pruebas han de ser independientes de la propia declaración. Esto descarta que sirvan para corroborar las habituales reglas de evaluación de la credibilidad del testimonio, la cuales son válidas, únicamente, para razonar sobre una declaración no interesada.

La autoinculpación del coacusado no refuerza la credibilidad de sus inculpaciones a terceros por cuanto no es la absolución el único fin espurio que puede perseguirse con la falsa incriminación de otros, y menos aún si la autoinculpación se produce después de que otra actividad probatoria haya acreditado contundentemente la culpabilidad del coacusado.

Es importante prevenir aquí frente a lo que la doctrina italiana llama credibilidad por traslación, error lógico que, no sin ciertas reminiscencias inquisitivas, lleva automáticamente a considerar veraces los testimonios incriminatorios autoinculpatórios.



Por ello, tampoco serían elementos corroboradores las declaraciones de otros coimputados, pues lo que en sí mismo ha de ser corroborado no puede servir como elemento de corroboración.

Las condiciones de validez de los elementos de corroboración, exigen el haberse obtenido con todas las garantías (sin lesionar derechos fundamentales, con respeto a los principios de igualdad de armas y contradicción); es decir, deben reunir tanto en su obtención como en su modo de aportación al debate, todos los requisitos de validez exigibles para poder fundar sobre los mismos una condena, cualquiera que sea su fuerza autónoma de convicción.

“Para dar por corroborada la deposición inculpatoria de un coimputado que colabora con la justicia, es necesario concretar si es preciso que los datos corroboradores hagan prueba plena de los hechos relatados por el coimputado o si basta con que acrediten la participación del acusado en algún detalle esencial del hecho imputado”.<sup>133</sup> El estándar jurisprudencial anglosajón, exige que se trate de una actividad probatoria independiente, es decir, que implique al acusado en el hecho, pues no basta con acreditar que el hecho acaeció, sino que es preciso que pueda inferirse la participación en él del acusado.

No parece preciso, sin embargo, exigir la prueba íntegra de la ejecución del hecho; bastará con que el acusado quede lógicamente relacionado, conectado o implicado en algún aspecto relevante del hecho que se le imputa. En opinión del investigador, se precisa algo menos que la prueba del hecho y de la participación en él del acusado y algo más que una simple conjetura o argumentación.

No basta, por tanto, con nuevos argumentos acerca de la credibilidad de la versión del coimputado, pues como se planteó al principio, dicho testimonio ha de ser objetivamente creíble y, a partir de ahí, lo que se intenta de despejar con la corroboración son las razonables dudas acerca de su versión de los hechos.

---

<sup>133</sup> Sánchez Yllera. I. **Op. Cit.** Pág. 25



Resulta fundamental en esta investigación, analizar la jurisprudencia en aquellos casos en los que han tenido ocasión de pronunciarse en torno al valor probatorio de estas declaraciones, en relación con la reconocida presunción de inocencia en los ordenamientos jurídicos, a tenor del cual todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

Este tipo de declaración, por la forma en que se desarrolla entra en colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia; desde siempre se ha alertado sobre los peligros que encierran las deposiciones de los llamados “testigos de la Corona”, mencionados *up supra*, por la escasa credibilidad de las declaraciones de los copartícipes, y más si se tiene en cuenta que dicha declaración está inducida, generalmente, por la expectativa de conseguir una considerable reducción de la pena. La valoración de la misma puede producir, sin duda, un menoscabo al citado derecho.

También es doctrina reiterada de la jurisprudencia constitucional, que la presunción de inocencia exige, para poder ser desvirtuada, una actividad probatoria de cargo producida con las garantías procesales y de las que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado, y que la valoración del material probatorio aportado al proceso es facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales.

Así lo reconoció en el fundamento jurídico primero de la sentencia número 137 de 1988, de 7 de julio, del Tribunal Constitucional Español, que afirma:

“La presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del Ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental que el Artículo 24.2 de la Constitución reconoce y garantiza a todos. En virtud del mismo una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare



en sentencia condenatoria, siendo solo admisible y lícita esa condena cuando haya mediado actividad probatoria que, producida con las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo.” (También lo confirma en las sentencias 80/1986 y 98/1989 del propio Tribunal).

El Tribunal Constitucional español no solo ha señalado diáfanoamente cómo debe interpretarse el derecho a la presunción de inocencia, sino que, en otras sentencias, ha señalado que este derecho no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formularse con base en una prueba indiciaria, pero, para que esta pueda desvirtuar dicha presunción, deben satisfacerse dos exigencias constitucionales, a saber:

- Los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas.
- El órgano judicial debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito.

Estos requisitos se desprenden, al menos, de un elevado número de sentencias de las que se destaca la 174/1985, 229/1988, 107/1989, 94/1990, 384/1993, 62/1994, y 182/1995. Esta última exigencia deriva, también, de los Artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución española según el cual las sentencias deberán ser siempre motivadas.

Con base en la jurisprudencia constitucional española, se advierte también que la presunción de inocencia opera para todos y que cualquier tipo de indicios que se presenten como prueba en un proceso penal serán válidos, siempre que se satisfagan las formalidades constitucionales antes señaladas.



Por otro lado, también el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la eficacia probatoria de las declaraciones de los coimputados, respecto de las cuales ha señalado, en el auto 343/1987, que las “declaraciones de los coencausados”, por su participación en los mismos hechos, no están prohibidas por la Ley procesal, y no cabe duda tampoco del “carácter testimonial” de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos.

En concreto, se ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia. La circunstancia de la coparticipación en el declarante, es simplemente un dato a tener en cuenta por el tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezcan.

En sentido similar se ha pronunciado, en la sentencia 51/1995 de 23 de febrero, del propio tribunal como continuación y consolidación de la anterior posición doctrinal.

“En suma, se trata de determinar, por consiguiente, si las sentencias impugnadas, cuando afirman que la culpabilidad del recurrente ha quedado acreditada, han respetado o no el derecho fundamental a la presunción de inocencia en la medida en que la prueba inculpativa decisiva para la condena ha sido la declaración inculpativa presentada por el coimputado en las dependencias policiales y de las que se desdijo tanto en la instrucción como en el juicio oral.”

Desde luego, si tal declaración inculpativa hubiera sido depuesta en el propio juicio oral, no existiría mayor inconveniente para asignarle la naturaleza de prueba de cargo, dado que en repetidas ocasiones se ha afirmado que la valoración como tales de las declaraciones inculpativas efectuadas en la vista oral por un coacusado no vulneran el derecho a la presunción de inocencia, pues la circunstancia de la coparticipación no supone necesariamente la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal a la hora de ponderar su credibilidad en función de los factores particulares concurrentes en cada caso. Sin embargo, la declaración efectuada en el juicio oral, tal como se ha señalado, no fue



incriminatoria del recurrente de amparo, sino exculpatoria y, por ende, no susceptible de fundamentar una sentencia de condena. (Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1990).

En síntesis, la jurisprudencia constitucional española otorga a las declaraciones de los coimputados no solo una cierta credibilidad, sino también la calidad de testimonio. Cabe señalar que se trata de un testimonio muy peculiar y un tanto *sui generis*.

Por otra parte, también se acepta la potencial eficacia probatoria de este género de declaraciones dejando en manos del juez o del tribunal la estimación de la credibilidad de las mismas, con base en los factores particulares concurrentes y en la libertad de valoración probatoria judicial con fundamento en el íntimo convencimiento judicial.

Por su parte, la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo español respecto al valor probatorio concedido a las declaraciones del coimputado, resulta uniforme en sus pronunciamientos. En este sentido, es una constante en dicha jurisprudencia conceder valor probatorio, a efectos de la destrucción de la presunción de inocencia, a las declaraciones de los coimputados, coprocesados, coencausados, arrepentidos, siempre que no se infiera del contenido incriminatorio o de las circunstancias concurrentes razón alguna de venganza, odio, obediencia a un tercero, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio u otro similar que reste credibilidad a lo afirmado.

Lo anterior, permite afirmar que se ha consolidado la doctrina constitucional y la jurisprudencia relativa a la validez de las declaraciones de un coimputado para destruir la presunción de inocencia en relación a otro de los sometidos a la misma causa penal, las cuales, desde esta perspectiva, tienen el carácter de prueba testimonial, puesto que sirven para aportar datos de hechos de los que se tiene conocimiento personal adquirido fuera del procedimiento, y en cuanto tales deben servir, en principio, como prueba de cargo, siempre que se presten en el mismo juicio oral seguido contra aquel respecto del cual esta prueba quiere utilizarse.



Sin embargo, la citada doctrina es también constante en la advertencia sobre especial cuidado que hay que tener en los supuestos analizados, de forma que habría que negar validez como tal prueba de cargo, cuando así lo aconsejen la personalidad del delincuente delator y sus relaciones con el designado por él como copartícipe, particularmente si existen motivos espurios en el declarante.

Así lo afirma la sentencia de 21 de diciembre de 1993:

“La doctrina de este Tribunal de casación ha admitido la virtualidad probatoria de las declaraciones de los coimputados por estar prohibido por la Ley procesal y no cabe duda del carácter testimonial de tales manifestaciones basadas en conocimientos extraprocesales de los hechos. Tales declaraciones no vulnerarla presunción de inocencia lo que no excluye que el órgano a quo deba ponderar la credibilidad de tales afirmaciones inculpatorias, sopesando con prudencia y mesura las circunstancias de participación y las relaciones con el imputado, así como la presencia de móviles espurios o de móviles de auto-exculpación.”

Otra sentencia del Tribunal Supremo español del año 1992 (Sentencia 1371, de 24 de febrero), exhortaba a la sala de instancia a tomar en consideración un conjunto de factores, que se puede resumir en los tres siguientes:

- a) La personalidad del delator y las relaciones que mantuviere con el designado como partícipe.
- b) Un riguroso examen acerca de los móviles turbios o inconfesables, como el odio personal, la venganza, el resentimiento, el soborno, a través de una promesa de trato procesal más favorable, etcétera, que permitan tildar de falso el testimonio o despojarle de su credibilidad.
- c) No puede concederse tal valor (el de testimonio) a la declaración inculpatoria que se haya prestado con ánimo de exculpación.



En igual sentido, se ha manifestado que en casación, solo le compete a la sala plena del Tribunal Supremo, con base en las exigencias del derecho de presunción de inocencia, constatar si se ha practicado actividad probatoria suficiente con las garantías debidas que pueda entenderse de cargo, pero de ningún modo sustituir al tribunal de instancia en la función que le es exclusiva de examinar y apreciar aquella inmediación para formar la convicción precisa al adoptar su fallo, puesto que corresponde al tribunal que sentencia la facultad de valorar libremente las pruebas en virtud de los Artículos 117.3 de la Constitución y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A la vista de la jurisprudencia antes citada, se puede precisar que la naturaleza jurídica de este tipo de declaraciones es algo controvertido, o cuando menos confuso, y se trata de un testimonio *sui generis*. Aunque queda claro que la posición del coencausado en el proceso no es la de un testigo y, por tanto, puede inferirse que se encuentra exento de la obligación de decir verdad, que sí pesa sobre aquel.

De ahí que la propia jurisprudencia sugiere, dentro de la absoluta libertad que se le concede al juez para valorar, prudencia y mesura para evaluar y ponderar dichas declaraciones. Además, para conceder valor probatorio a estas deposiciones, el tribunal deberá tener en cuenta no solo la personalidad del arrepentido, sino los motivos y fines que le llevaron a realizar esta conducta.

Aunque la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos admiten la figura del colaborador con la justicia, delincuente delator o arrepentido por las razones ya mencionadas *up supra*, esta no ha podido sustraerse a las críticas de la doctrina, sobre todo desde el punto de vista ético en cuanto a derecho positivo.

Cuando se aborda el tema relativo a su fundamento, se destacan algunas de las finalidades que se persiguen con su incorporación, así como de otras formas para reprimir a la delincuencia que se organiza para traficar con drogas, armas o imponer el terror en un país determinado o en alguna área de influencia. Estos motivos, que justifican la regulación legal del colaborador, representan solo un punto de vista loable;



otro de igual o mayor importancia, lo constituye el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Consustancial a la existencia misma de la institución objeto de estudio, están sus detractores. Son muchos los argumentos esgrimidos, como los ya expuestos anteriormente por Beccaria,<sup>134</sup> que señalaba cómo algunos tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito que descubriese los otros, posibilidad que tiene sus inconvenientes y sus ventajas.

Entre los inconvenientes, se pueden precisar que dicha fórmula premial autoriza la traición, repugnante aún entre los malvados, porque siempre son menos fatales a una sociedad los delitos de valor que los de vileza. Además, el propio tribunal hace ver la propia incertidumbre y la flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofende.

En el mismo sentido crítico se muestran un gran número de tratadistas, que han destacado que bajo esta figura “quien más se beneficia es el que más sabe”,<sup>135</sup> que se trata de un “trueque de información por benignidad”,<sup>136</sup> y que de esta manera “la información y la pena están en razón inversamente proporcional, a mayor información menor pena y viceversa”,<sup>137</sup> incluso, se ha llegado a señalar que este instrumento “es tan ineficaz, que repugna a la ética y que constituye un premio a la traición”.<sup>138</sup>

Por lo anterior, resulta lógico señalar que, introduciendo tipos penales premiales en el ordenamiento, el legislador elabora una auténtica pirámide premial, que funciona con el simple silogismo de a mayor información, mayor atenuación de la pena, siendo la aspiración máxima lograr identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación de la delincuencia organizada.

---

<sup>134</sup> Beccaria, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Pág. 75

<sup>135</sup> Terradillos Basoco, J. **Terrorismo y derecho: comentarios a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Pág. 80

<sup>136</sup> Mena Álvarez, J. M. **Tratamiento penal del partícipe ‘arrepentido’**. Pág. 298

<sup>137</sup> Campo Moreno, J. C. **Arrepentimiento: alcance jurídico penal en el *itercriminis* y en la responsabilidad crimina**. Pág. 320

<sup>138</sup> **Ibid.** Pág. 332



Al respecto, se puede recordar aquello que Vercher<sup>139</sup> señala en relación con la base moral o filosófica de esta figura, en el sentido de que dicho sustento se encuentra en los principios utilitaristas de Bentham, según los cuales, “aunque el testimonio estuviera teñido moralmente por la culpabilidad, era capaz de generar la divergencia entre los criminales”.<sup>140</sup>

Por esta razón, la delación se muestra como un instrumento eficaz, éticamente criticable, para penetrar a los colectivos criminales dotados por una concordia o coherencia consustancial a su comportamiento de ordenación de sus funciones delictivas que, por otro lado, toda organización implica. Por lo anterior, la delación, es eficaz no solo en tanto que información, sino también en tanto que disolución del elemento esencial del grupo criminal.

Con la aceptación jurisprudencial de las instituciones premiales en los términos expuestos, se demuestra que no son solo el interés de la justicia, la seguridad pública, y la imposibilidad de obtener determinado tipo de información, los fundamentos de esta figura, sino también la capacidad que la misma muestra en el sentido de destruir el núcleo mismo de una asociación criminal.

Sin embargo, y a pesar de los buenos propósitos que la sustentan cabría cuestionarse si, en un Estado de derecho, todo es válido para alcanzar la verdad. Pero esta reflexión, no cabe duda, debe hacerse en el terreno de las ideas o de los proyectos, porque cuando se está hablando de derecho positivo, el que por naturaleza debe ajustarse a la realidad concreta donde surte sus efectos, la perspectiva desde la cual debe mirarse este tipo de declaraciones es otra.

Por ello, en torno a la polémica que se ha gestado en relación al valor que deben concederse a las declaraciones realizadas por un delincuente arrepentido, lo que interesa ya no es su fundamento filosófico o ético, cuanto el jurídico o de criterio de

---

<sup>139</sup> Vercher Noguera, A. **Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco**. Pág. 156.

<sup>140</sup> **Ibid.** Pág.158.



política criminal; una vez convertida esta regulación en derecho positivo y vigente, ¿cuál es el valor que dentro del proceso penal debe concederse a este tipo de confesiones?

En relación con este tema, se puede señalar que dos son las posturas más relevantes en la doctrina y la jurisprudencia: la primera de ellas aboga por conceder a este tipo de deposiciones un valor equiparable o semejante al de un testimonio, posición a la que ya se ha hecho referencia; mientras que otros entienden que su valor debe de ser el de *notitia criminis*.

Los argumentos que se esgrimen para justificar su valor de denuncia,<sup>141</sup> “han sido sostenidos en el argumento que ante un llamamiento en codelincuencia, debe actuarse con la mayor cautela y prudencia, sin desprestigiar la vía de investigación abierta, pero sin tomarla demasiado en consideración. Y lo único que cabe es proceder a comprobar con la mayor exactitud posible la realidad o veracidad de esas citas en cuyo caso, de resultar probadas, derivará de ello y no precisamente de la imputación hecha, la real o probable participación del nuevo sujeto en los hechos; es decir, dichas declaraciones no pueden tener otro valor que el de *notitia criminis*”.

Uno de los más fuertes argumentos que asisten a este argumento es, por un lado, la probable vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y al importante principio de seguridad jurídica, que inspira todo sistema democrático de derecho. Por su parte, Cobo del Rosal,<sup>142</sup> en lo referido a la peligrosidad de este tipo de declaraciones, las define como “peligros para la ciudadanía de bien”.

Lo cierto es que, con este tipo de declaraciones de copartícipes arrepentidos, se corre el riesgo de que cualquier delincuente, al ser interrogado, manifieste que en la preparación o ejecución del delito le ayudó una persona, absolutamente honorable, y si solo por eso puede ser sometido a las molestias que acarrea todo proceso penal, es

---

<sup>141</sup> Vázquez Sotelo. **Op. Cit.** Pág. 135

<sup>142</sup> Cobo del Rosal, M. **Problemas penales y procesales de la denuncia.** Pág. 667



seguro que todos los ciudadanos están expuestos a ese grave peligro en cualquier momento y caería por completo el principio de seguridad jurídica.

Ante este panorama cabe recordar, en principio, la afirmación que el Tribunal Constitucional español ha pronunciado en el sentido de que este tipo de declaraciones deben de ser tomadas con prudencia y mesura. Como se observa, la doctrina que aboga por conceder valor de denuncia a este tipo de declaraciones sacrifica el fin último que se persigue con las mismas, y que es desintegrar el grupo criminal a través de la información que el delincuente arrepentido depondrá, siempre que el Estado manifieste su voluntad de ser benigno en la pena. De tal forma que cómo la *notitia criminis* no ofrece esta posibilidad, seguramente el delincuente no declarará.

De esta manera, el éxito de la investigación justifica el trueque de benignidad por información. Si el objetivo final es desarticular a este tipo de delincuencia, se comprende viable que el Estado tome las medidas suficientes para ello, pero con las debidas garantías y cautelas que se derivan de la Constitución.

Por ello, parece acertada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que señala que este tipo de declaraciones pueden ser valoradas por el juez y tomadas en consideración en el momento de imponer la pena; “si bien los tribunales no deben de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución *sic et simpliciter* en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdarse su versión, que ha de ser considerada en función de los factores particularmente concurrentes”. (Sentencia 137/88, de 7 de julio).

Por ello, no caben dudas que el testimonio de un coimputado implica un medio probatorio evidentemente importante, pero también evidentemente peligroso. De ahí que se exija que los indicios hayan de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, el órgano judicial debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito.



De esta manera, las declaraciones del delincuente arrepentido deben ir acompañadas de otras confluente que la corroboren, y no ser la prueba reina y definitiva la que decante el proceso; incluso en aquellos países con un mayor desarrollo en la práctica de esta figura, existen cuidados y exigen dicha corroboración; pero, tras ello, se aceptan como medios probatorios.

#### 4.2. La colaboración eficaz y los principios del proceso penal

Al momento de conceder el beneficio de la colaboración eficaz, no pueden desconocerse los principios del proceso penal; los que durante los siglos XVII y XVIII con el desarrollo del iusnaturalismo racionalista, se entendieron como máximas derivadas de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, dotadas de un valor apriorístico en relación con la regulación jurídica positiva.

Esta no es la concepción que se tiene en la actualidad de los principios del proceso. Hoy día, cuando se habla de principios se hace referencia “a las ideas base de determinado conjunto de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella”.<sup>143</sup> Constituyen el sustrato de los distintos sistemas procesales, informan su estructura y se expresan en su construcción o manifestación legal.

“Los principios procesales, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, “son mandatos de optimización”, que se caracterizan porque pueden ser cumplidas en diversos grados y porque la medida establecida de su cumplimiento, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Montero Aroca, J. con Ortells Ramos, M. y Gómez Colomer, J. **Op. Cit.** Pág. 490.

<sup>144</sup> Alexi, R. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.** Pág. 424. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Fecha de consulta: 10 de Marzo del 2015.



“Acepciones que tampoco difieren, en lo esencial, del significado lato del vocablo principio, al razonarse como la base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia, norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.<sup>145</sup>

Entre los principios que pueden verse afectados con el otorgamiento del beneficio de la colaboración eficaz, se pueden mencionar el derecho a la no autoincriminación, el de presunción de inocencia, etc.

#### **4.2.1. El derecho a la no autoincriminación**

“El derecho del acusado de no aportar pruebas en su contra surge, frente a los modelos inquisitivos, en Inglaterra en el siglo XVII; este derecho fue recogido en la Declaración de Derechos de Virginia de 1774”,<sup>146</sup> concediéndole rango constitucional.

Al respecto, “(...) la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica consagró que ninguna persona estará obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación suscrita por un gran jurado, excepto en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando esta fuere llamada a servicio activo en tiempo de guerra o de peligro público”.<sup>147</sup>

De igual manera precisa, que no se someterá a ninguna persona dos veces por el mismo delito a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de la integridad corporal; no se le podrá obligar en una causa criminal a que testifique en contra de sí misma, ni se le privará de la vida, la libertad o bienes, sino por medio del debido procedimiento legal; ni se podrá disponer de la propiedad privada para uso público sin la debida indemnización.

---

<sup>145</sup> Van Hoecke, M. **El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales**. Pág. 143. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>. Fecha de consulta: 10 de Marzo de 2015. Comanducci. **Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho**. Pág. 95. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml> Fecha de consulta: 10 de Marzo del 2015.

<sup>146</sup> Buteler, Patricio. **El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo**. Pág. 55. Hender, Edmundo. **Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU.** Pág. 175

<sup>147</sup> Corwin, E. **La Constitución norteamericana**. Pág. 191.



“La garantía constitucional de no autoincriminación encierra la presunción de inocencia,<sup>148</sup> entendida como el derecho que tiene el ciudadano, con motivo de esa presunción, de no colaborar con su propia condena. De ahí que el acusado no esté obligado a declarar en su contra y pueda decidir voluntariamente si introduce en el proceso alguna información; este es un ejercicio de la libertad de declarar o no en el proceso”.

El no declarar, debe ser interpretado como una manera de decir: “soy inocente, prueben los obligados a hacerlo lo contrario”. Esta actitud no es ninguna osadía ni sorpresa, pues el sujeto es, por mandato de ley, inocente y así se presume. Se le reconoce al ciudadano este derecho a no declarar contra sí mismo, y a no confesarse culpable en salvaguarda de su presunción de inocencia.

Puede afirmarse así, que en el orden técnico procesal lo que da origen a la no autoincriminación es la presunción de inocencia como garantía del proceso penal, consagrado en los textos legislativos de las naciones y el derecho de defensa, también reconocido en los instrumentos jurídicos internacionales.

Puede decirse que este derecho tiene aplicación universal, pues se encuentra regulado en varios tratados internacionales, como la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en sus Artículos 1° y 8°-2, literal g), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus Artículos 2°-2. y 14 -3, literal g), en la Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 40 -2. literal a), en el Convenio de Ginebra III, en su Artículo 99, así como en el Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en el Artículo 75 -4, literal f)”.<sup>149</sup>

El ejercicio de la no autoincriminación, como expresión del derecho de defensa, es una modalidad de autodefensa pasiva, mediante la cual el sujeto puede optar por defenderse o no, o adoptar la posición que estime más conveniente a sus intereses sin

---

<sup>148</sup> Monton Redondo, Alberto, **Derecho jurisdiccional**. Pág. 198

<sup>149</sup> **Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos**. Págs. 23-45



que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

El fin de dicha garantía, es excluir toda posibilidad de imponerle al acusado la obligación de cooperar con su propia condena, lo que constituye un absurdo desde el punto de vista humano, pues el tema de que este sea el centro de la formación de la convicción de los jueces sobre su culpabilidad es la máxima representación del injusto procesal y de la ineficiencia de los operadores del derecho.

Es cierto que cuando se analiza el derecho de no autoincriminarse puede resumirse en el derecho a la libertad de declarar del acusado, porque cuando se le concede el derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, este tiene el poder de decisión si opta por no declarar, se está en presencia de su derecho a guardar silencio que constituye la manifestación de voluntad negativa, ante la propuesta de responder o no con sus palabras a las preguntas de los interrogadores. Así, cualquier intervención que quebrante la espontaneidad y prevalencia de la libertad, afecta el derecho fundamental de defensa y conduce a la invalidez del acto obtenido bajo violencia o coacción.

Todo lo antedicho, no significa que el acusado no tenga el derecho de confesar. Una declaración voluntaria que realice el inculpado en su contra no infringe el derecho a la no autoincriminación, cuando esta declaración es la confesión que, como se sabe, tiene una importancia que no es concluyente ni excluyente en lo que actividad probatoria se refiere. Quiere decir, que el acusado puede renunciar al derecho de no autoincriminación y confesar a las autoridades su responsabilidad.

Cuando la confesión se realiza espontáneamente puede ser considerada como una atenuante de la responsabilidad, porque si el acusado no está obligado a declarar, y voluntariamente se presentó ante las autoridades y ofreció una declaración creíble y verdadera que fue corroborada por otros medios de prueba, se encuentra colaborando con la justicia y ahorrando al Estado los recursos materiales y humanos que pudieran



sobredimensionarse y dañar o dilatar la administración de justicia e investigación si se cuenta con la contribución eficaz del implicado.

Lo expuesto, no puede conllevar a que el investigador estimule al implicado a confesar. El investigador no debe instar al procesado a confesar sobre la base de cualquier pacto, la responsabilidad en el hecho se demuestra por una suficiente actividad probatoria, lo que, de alguna manera, se justifica en el hecho de que en los procesos acusatorios la declaración no es un medio de prueba, sino de defensa.

#### **4.2.1.1. El derecho al silencio**

En el contexto del desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio se ha protegido como derecho del procesado por los diferentes instrumentos internacionales, tanto en materia de Derechos Humanos, como en materia del derecho penal internacional; incluso, ha tenido mayor protección por medio del derecho a la no autoincriminación, derecho del cual se deriva, que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar silencio sin que aquella actuación implique cualquier tipo de indicio en contra del procesado.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hacen referencia a dicho presupuesto como base sólida del derecho fundamental al debido proceso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 14 expresa: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.



El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su Artículo 55, precisa: “Derechos de las personas durante la investigación. (...) 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”.

Diferentes legislaciones han adoptado el derecho a guardar silencio como el pilar fundamental del debido proceso, dentro del proceso penal. Así, no solo ha adquirido una protección legal, sino que, en algunos casos, este derecho está protegido por las mismas constituciones.

Por ejemplo en Alemania, de acuerdo con el Artículo 136 del Código Procesal Penal, el imputado, esté o no privado de la libertad, deberá ser informado de su derecho a guardar silencio antes del desarrollo de cualquier interrogatorio. De esta manera, no se podrá aducir ninguna inferencia respecto del ejercicio de dicho derecho en cualquiera de las etapas del proceso penal. Adicionalmente, el acusado podrá rehusarse, durante un interrogatorio, a auto incriminarse o a incriminar a cualquiera de sus familiares.

En Colombia, este derecho tiene pleno reconocimiento en la Constitución Política, en su Artículo 33: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

En Francia, el Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 116 se establece que durante la etapa de investigación el juez, en desarrollo de las diversas diligencias, deberá advertir al imputado de su derecho a guardar silencio, rendir declaraciones y contestar las preguntas dirigidas a él en virtud de un interrogatorio.



Durante la etapa del juicio, el acusado podrá ser obligado a rendir declaración, embargo, dicha declaración no se hará bajo la gravedad del juramento. Esta prohibición se extiende también respecto del cónyuge del acusado y cualquier otro familiar cercano del mismo, extensión que podrá eliminarse por acuerdo entre la fiscalía y el acusado.

El derecho al silencio consagrado en la no autoincriminación, puede formar parte de la estrategia de defensa, puede surgir desde el primer momento o puede acogerse el acusado en otro momento procesal; en este sentido el silencio del procesado no implica que el acusado tenga o no responsabilidad en el hecho.

Este derecho no ha sido así interpretado en los pueblos antiguos ni en los sistemas judiciales de todo el mundo; prácticamente, ha cobrado vida durante la vigencia del principio de la no autoincriminación, porque en algún período de la historia, el derecho a guardar silencio fue interpretado como una actitud perjudicial para el implicado, era casi un infortunio para el procesado permanecer callado.

Estos precedentes confirman que el silencio era asimilado como una confesión y no un medio de autodefensa. Si el acusado callaba, no había forma de fallar a su favor. En los tiempos actuales, la actitud general está acorde a los derechos del ciudadano y el debido proceso penal, porque lo esencial es respetar al hombre, al individuo que se ve inmerso en un proceso penal, y esto debe prevalecer sobre cualquier método de investigación criminal.

El silencio hoy es una conducta neutra, no puede ser interpretado ni a favor ni en contra, no puede inferirse de él ninguna culpa. El derecho al silencio requiere, necesariamente, de la información al imputado de que goza de este derecho, a fin de que pueda hacerlo valer, tal y como se verificará al desarrollar este mecanismo procesal de protección.



En materia penal no solo implica un auxilio de un derecho que reconocen las constituciones, sino a su vez una garantía<sup>150</sup> “(...) para el acusado en el desarrollo del proceso penal, implica que bajo ninguna circunstancia se podrá derivar una interpretación negativa o positiva del ejercicio efectivo del derecho a guardar silencio”.

Las garantías que integran el derecho de defensa material, entre ellas la de ser oído o guardar silencio, son garantías históricamente obtenidas, reconocidas, garantías que no pueden ser soslayadas con el pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tome.

El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, es una de las variantes que convierten al derecho de no autoincriminación en una garantía. Se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa.

Elo se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no auto incriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no auto incriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye, como lo ha señalado la jurisprudencia, una forma de defensa y, por tanto, un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

#### **4.2.1.2. La no utilización de coerción**

Respecto al uso de la violencia para exigir declaración no es un fenómeno discutible en el orden doctrinal y legislativo, la que es claramente prohibida en estos ámbitos; aunque se debe admitir que su sola regulación procesal no impedirá su uso en determinados contextos, particular que tiene estrecha relación con la cultura, preparación y la ética

---

<sup>150</sup> Riveros Barragan, J. D. **El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano.** Pág. 382



que se exija a los cuerpos oficiales encargados de la investigación y toma de declaración de acusados.

Lo que no es discutible, es que la violencia, en buena parte de los casos, trae consigo el deseo de no declarar y que ella por sí no le deja más opción al torturado que rendirse, declarar, confesar, incluso, aunque no sea culpable para salir de una situación que no tolera por el estrés a que está sometido; en este sentido, no se puede ejercer sobre el investigado coerción moral o psicológica, la que puede estar referida tanto a promesas como a amenazas, como por ejemplo, al ofrecimiento de la atenuación de la pena o modificación de una medida cautelar.

También, constituye una verdadera coerción moral que el investigador exprese al declarante que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad, o advertirle o reiterarle al acusado que si guarda silencio puede ser desfavorable, o que si declara puede favorecerle, porque la influencia en estos casos se realiza directamente y puede conllevar involuntariamente al acusado a una situación indeseada, que después en otros momentos al prestar nuevas declaraciones lo harían retractarse.

La utilización de actos de prueba o de investigación que se originan con violación de la garantía de la no auto incriminación deviene en prueba ilícita o prueba prohibida, es decir, que no puede ser incorporada al proceso y cuando no existen las salvaguardas positivas necesarias de cautela a este derecho, las declaraciones obtenidas violentando el derecho a la no autoincriminación son incorporadas al proceso, asumiéndose como lícitas.

De la misma forma que no puede emplearse coerción alguna para obtener una declaración del acusado, tampoco se le puede exigir juramento antes de declarar; pues requerir al acusado para que diga la verdad, sería exigirle juramento para que se autodestruya, como si el hombre pudiera fácilmente conspirar y colaborar con su propia desgracia; el juramento quedó desterrado de los ordenamientos procesales, porque



exigir juramento a un ser humano para que declare en su contra, es una pena y tormento que sujeta a condición esa libertad de declarar.

La prohibición de realizarle preguntas “capciosas o sugestivas” en su interrogatorio al acusado, forma parte del contenido del derecho de no autoincriminación, dado que el derecho debe ser resguardado y cualquier pregunta que conduzca a una respuesta derivada de una pregunta que sugiere la respuesta o engañosa, atenta contra las debidas garantías con que debe realizarse el interrogatorio, que tiene como objetivo únicamente dar vida al juicio de contradicción que otorga al acusado la facultad de oponerse dignamente al acusador y enfrentar la acusación.

La tendencia a tender trampas no es propia de un estado de Derecho, es más bien una manifestación del sistema inquisitivo, donde el inquisidor tenía todos los poderes frente al acusado estimado como objeto del proceso. La garantía de que no se efectúen preguntas capciosas o sugestivas, es la presencia del abogado defensor, aquí la defensa técnica cobra importancia dada la particular relevancia de los conocimientos especializados para determinar cuándo la pregunta está induciendo o engañando a su representado.

#### **4.2.1.3. La facultad de faltar a la verdad**

La facultad de faltar a la verdad en sus declaraciones, es otra de las manifestaciones del derecho de no autoincriminación y, tal vez, la más cuestionada desde el punto de vista moral o conductual. En primer lugar, si no es posible exigir juramento, ya en principio se descarta la posibilidad de que el imputado tenga que decir la verdad; segundo, si no es medio de prueba esencial es intrascendente que el acusado diga o no la verdad, porque ni la investigación, ni la sentencia pueden basarse en su declaración.



El imputado tiene la facultad de faltar a la verdad, y los investigadores conocen anticipadamente que puede asumir esa actitud en el proceso, sin dificultades posteriores para él. Respecto a la obligación de decir la verdad, debe aclararse que en modo alguno puede imputarse al imputado el falso testimonio, porque simplemente no acude como testigo, es alguien al que se le ha atribuido la comisión de un delito, y ello debe demostrarse a través de otros elementos probatorios.

#### **4.2.1.4. El derecho a la pluralidad de declaraciones**

El acusado tiene derecho a prestar cuantas declaraciones considere conveniente, siempre que ello no implique un obstáculo para el desarrollo del proceso investigativo.

Este derecho no puede constituir un incentivo a la dilación del proceso, ni a prestar múltiples declaraciones innecesarias, pero, cuando el acusado deba agregar algún elemento nuevo, ha de permitírsele una nueva deposición, derecho del que no puede ser despojado en momento alguno como manifestación también de ejercicio de defensa material.

Las declaraciones del detenido tampoco pueden prolongarse indefinidamente, y aunque no resulte lógico que deba establecerse un margen de tiempo en específico para ello, el investigador debe prever discrecionalmente la posible suspensión del acto en caso de que pueda prolongarse al punto que no sea posible asimilar el contenido de lo que expresa el deponente, lo que posiblemente agota al investigador y al propio imputado, cuidando siempre de no limitar al investigado en el adecuado ejercicio de sus derechos.

#### **4.2.1.5. La prohibición de exhortación de decir la verdad**

La prohibición de la exhortación de decir la verdad, es otra de las reminiscencias del esquema inquisitivo basado en la búsqueda de la verdad material. Esta prevención es una ilícita coacción a la libertad del imputado, pues la influencia que ello puede tener en el comportamiento del interrogado, imprimiéndole una conducta activa y estimulando



una labor de colaboración, induce a considerar ilegítima cualquier corrección interrogado con el fin de hacerlo declarar y más aún de inducirlo a confesar.

Si se exhorta al acusado a que diga la verdad, estimulándolo a declarar, este puede falsear la verdad en interés de satisfacer las peticiones que se le están realizando por los interrogadores, sobre todo cuando se está en la fase de averiguaciones.

Sobre la constitucionalidad de la exhortación judicial de decir la verdad, se encuentra la opinión discrepante de Gimeno Sendra,<sup>151</sup> quien al señalar el deber de colaborar con la administración de justicia que tiene todo ciudadano, incluido el procesado, sostiene que no puede concluirse de modo radical que esta exhortación sea inconstitucional.

En principio, se pudiera exhortar al procesado a decir la verdad, pero la desobediencia a esta recomendación, ni puede ocasionar la frustración del derecho al silencio, ni la eventual conducta mendaz del procesado ha de llevar aparejada género de sanción alguna,<sup>152</sup> en cuanto a la subsistencia de esta exhortación, Revilla González<sup>153</sup> señala que no puede entenderse la posibilidad de que se incite al acusado al cumplimiento de un deber moral desprovisto de consecuencias jurídicas, criterio que se comparte.

### **4.3. La presunción de inocencia**

“La presunción de inocencia parte del supuesto de que todos los hombres son buenos y para considerarlos como malos, es necesario que se les haya juzgado y encontrado responsables. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente”.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> Gimeno Sendra, V.; Moreno Catena, V.; Cortés Domínguez, V. Pág. 392.

<sup>152</sup> **Ibid.**

<sup>153</sup> Revilla González, J. A. **El Interrogatorio del imputado.** Pág.58.

<sup>154</sup> Cubas Villanueva, Víctor. **El Proceso Penal. Teoría y Práctica.** Pág.25.



La presunción de inocencia se toma como un estado de pureza absoluta y, según Benavente Chorres,<sup>155</sup> “(...) las personas al nacer llegan al mundo inocente y ese estado tiene que pervivir en su existencia hasta la muerte”.

Para ello, se requiere la existencia de un juicio previo, pero no significa que se trate de una presunción de carácter legal ni tampoco judicial, pues, como afirma acertadamente Velázquez,<sup>156</sup> “no puede incluirse en la primera categoría porque le falta el mecanismo y el procedimiento lógico propio de la presunción, ni en la segunda, porque está la consagra el legislador; por ello se afirma que se trata de una verdad interna o provisional que es aceptada, sin más en el cumplimiento de un mandato legal”.

La presunción de inocencia es una garantía del proceso, en el orden de lo que se conoce también como derecho probatorio y una derivación del proceso de obtención, práctica, apreciación y valoración de las pruebas, que presupone un desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien acusa, impide que se pueda hacer recaer en el inculpado la obligación de declarar o de aportar elementos de prueba que lo lleven a su propia incriminación; como se ha expuesto cuenta con respaldo constitucional en el Artículo 67 apartado dos.

Como bien se conoce, en todo proceso penal iniciado por *notitia criminis*, la actividad jurisdiccional se dirige a establecer la veracidad o no de la imputación, basada en la existencia de una persona a quien se supone responsable, y siendo esto así, al imputado sencillamente se le presume responsable del hecho ilícito denunciado desde el inicio de las primeras acciones investigativas. De ello se desprende que la expresión “considerada inocente”, plasmada en la *magna lex*, está referida, en el mejor de los casos, al buen trato que debe tener toda persona desde el momento que ingresa a un proceso de investigación.

---

<sup>155</sup> Benavente Chorres, Hesbert. **El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México**. Pág. 59.

<sup>156</sup> Velázquez, Fernando. **Principios rectores de la nueva ley procesal penal**. Pág.25.



La presunción de inocencia, no indica que el procesado sea en realidad inocente. Sin embargo, el principio de sospecha que da vida al proceso penal, se transmite a la persona imputada en el mismo momento que se inicia la investigación.

Por ello, en el derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción solo puede residir en: el peligro de fuga del imputado o en el peligro que se obstaculice la averiguación de la verdad.<sup>157</sup>

El primero es viable, porque no se concibe el proceso penal, a fin de no violar el derecho de defensa, resultando indispensable la presencia del imputado para llegar al fin del procedimiento y, por consiguiente, la decisión final; y el segundo punto, también es lógico, porque el imputado es el principal interesado en influir en el resultado del procedimiento, ya sea entorpeciendo o colaborando con la averiguación de la verdad.

Como quiera que la intervención del Estado resulte inminente ante la denuncia de un hecho ilícito, de modo que el juez para llegar a determinar la situación jurídica del procesado, requiere que se haya vigilado la transparencia del proceso, con el objeto de crear certeza, la que debe ser jurídicamente construida, sobre la culpabilidad o inocencia.

Resulta pertinente hablar de una necesidad de construir la culpabilidad, la que solo puede ser declarada en una sentencia; acto judicial que es la derivación natural del juicio previo. *Dolum non nisi prespic uis iudicis probari con veit* (el dolo no se presume, debe probarse en el juicio). La certeza se convierte entonces, en el eje principal para concluir en la "culpabilidad", por ello no bastan los indicios, sino, que es necesario que luego de un proceso judicial (en cuyo interés se hayan esbozado y actuado las pruebas pertinentes), se cree a la convicción de la culpabilidad del sujeto activo.

---

<sup>157</sup> Maier, Julio B. **Derecho procesal penal argentino**. Pág. 281



“Para ser responsable de un acto delictivo, la situación básica de inocencia debe ser destruida mediante la certeza con pruebas suficientes e idóneas, caso contrario, permanece el estado básico de libertad. La eliminación de las presunciones de responsabilidad dentro del ordenamiento procesal constituye indudablemente una posición jurídica clara de respeto por el *favor rei*”.<sup>158</sup>

Así, será inocente quien no desobedeció ningún mandato o no infringió ninguna prohibición, en todo caso, comportándose de esa manera, lo hizo al amparo de una regla permisiva que eliminaba la antijurídica del comportamiento, o bien, concurrió alguna causa de justificación que eliminaba su culpabilidad.

En fin, se llega al mismo resultado práctico ante la existencia de una de las causas excluyentes de punibilidad; culpable es, por el contrario, quien se comportó contraviniendo un mandato o una prohibición de manera antijurídica, culpable y punible; por ello no es válido que antes que exista sentencia firme, ninguna autoridad pública pueda presentar a una persona como culpable o brindar información en tal o cual sentido a los medios de comunicación social.

Por ello, Catacora<sup>159</sup> afirma que “(...) la presunción de inocencia no opera o no debe operar en el proceso, sino fuera de él, esto es, para los que tienen que comentar, informar, o conocer los hechos que son objeto de una causa penal, como para el resto de los ciudadanos, periodistas, etc.”

La presunción de inocencia no se ha consolidado en el panorama doctrinal y en la práctica jurídico-política de una forma pacífica, ha tenido que librar una dura batalla, ha soportado amplias objeciones y ha debido depurar dialécticamente sus fundamentos.

---

<sup>158</sup> Londoño Jiménez, Hernando. **Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura a la Excarcelación.** Pág. 266

<sup>159</sup> Catacora González, Manuel. **De la Presunción al principio de inocencia.** Pág. 121



“Como es bien conocido, las principales objeciones doctrinales a la presunción de inocencia germinaron en torno a la escuela positivista italiana de derecho penal y especialmente”, en el pensamiento de Bettiol y Manzini<sup>160</sup>. En el fondo, las objeciones a la presunción de inocencia eran fundamentalmente de corte ideológico y en menor medida de carácter técnico.

Desde las posiciones críticas, la presunción de inocencia era una verdadera degeneración, un fruto del individualismo introducido en el mundo jurídico por la Escuela Clásica, una extravagancia jurídica alimentada al calor del pensamiento revolucionario francés; un concepto demagógico e impreciso que necesitaba importantes retoques y matizaciones.

No podía negarse, y nadie negaba, que un imputado no debía ser considerado culpable antes de la sentencia irrevocable de condena. Pero considerarlo inocente, cuando precisamente se procedía contra él como inculpado de un delito, era, para las voces críticas, un contrasentido jurídico, una real y propia incongruencia, una patente inversión del sentido lógico y jurídico.

En este punto, el pensamiento de Manzini,<sup>161</sup> por ejemplo, era particularmente ilustrativo. Una imputación penal es en realidad una presunción de culpabilidad más que de inocencia. Si se presume la inocencia del inculpado, ¿por qué entonces se procede contra él? Algún principio de consistencia animaba el alma de la presunción de inocencia: algo profundo había en ella al margen de las luchas de escuela; cierto fundamento de racionalidad y de justicia vivificaba sus raíces, cuando la presunción de inocencia sobrevivió a las posiciones hostiles.

Las objeciones críticas se han acallado provisionalmente con un pacto implícito de no-agresión, que ha llevado en la práctica a una formulación negativa del principio. Lo que la presunción de inocencia quiere significar es que al imputado no se le debe

---

<sup>160</sup> Bettiol y Manzini citado por Catacora González, Manuel. Pág. 11

<sup>161</sup> Manzini Vivanzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Pág. 180



considerar culpable hasta que se produzca la condena jurídica definitiva. Este principio con más o menos matices, ha ido penetrando no solo en el ámbito constitucional, sino también en el planteamiento supranacional de los derechos fundamentales.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano celebrada en Francia en 1789, (Adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789), define por primera vez, en su Artículo 9, la presunción de inocencia en los siguientes términos: “Debe presumirse a todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”.<sup>162</sup>

En la declaración, se enfatiza que debe considerarse inocente al acusado hasta tanto no exista sentencia condenatoria, y se excluye la presunción de culpabilidad que durante tanto tiempo condenó a hombres inocentes bajo procedimientos inquisitorios secretos, caracterizados por la ausencia absoluta de la garantía de audiencia y del derecho de defensa.

En el mismo sentido, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado en Roma, de fecha 4 de noviembre de 1950,<sup>163</sup> precisa en su Artículo 6.2: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 mediante la Resolución 2200 A (XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976), establece en el Artículo 14.2 que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

---

<sup>162</sup> Pacheco Gómez, Máximo. **Los derechos humanos**. Pág. 51

<sup>163</sup> **Instrumentos internacionales sobre derechos humanos**. Pág. 89



De lo anterior se infiere que, cuando una persona realiza una acción o una omisión que tipifique un delito, se considera inocente durante todo el proceso, hasta que su culpabilidad no sea probada mediante el cumplimiento de los requisitos que para ello establece la ley.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1978, (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217, del 10 de diciembre de 1978), dispone en el Artículo 11.1: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

En el terreno doctrinal, la presunción de inocencia ha ido aclarando progresivamente mejor sus contornos, ha perfilado más nítidamente su función, ha dado mayor consistencia a su estructura jurídica.

Según Olmedo, la presunción de inocencia, “ha sido formulado desde su origen en el Derecho Romano, y debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos de dicha libertad y proveer a la necesidad de que la persona tenga seguridad jurídica”.<sup>164</sup>

En el proceso penal esta idea se mantiene con la misma intensidad ya que en este, solo una sentencia emitida por un juez puede variar ese estado de inocencia y declarar al acusado como culpable de los delitos imputados. Hasta que dicha resolución no se expida, la persona se encuentra investida de una seguridad jurídica que permite que su condición de inocente no sea derribada.

De todas las líneas que han confluído doctrinalmente en la construcción de la presunción de inocencia, quizás convenga resaltar tres aclaraciones fundamentales:

---

<sup>164</sup> Claria Olmedo, Jorge. **Tratado de derecho procesal penal**. Pág. 232



- a) “La presunción de inocencia no es una verdadera y propia presunción en sentido técnico jurídico;<sup>165</sup> no lo es ni por su estructura ni por el modo como opera. La presunción se configura, más bien, como una verdad interina o verdad provisional, se debe considerar un estado jurídico”.

Se considera que no se trata de una presunción, sino de una afirmación ya que en ella no se encuentran los elementos comunes a las presunciones. La expresión de presunción de inocencia resulta contradictoria, en el sentido que si lo que intenta ponerse de manifiesto es la inocencia de la persona, referirse a ese estado de inocencia como presuntivo es restarle credibilidad.

- b) Se trata de una garantía del proceso penal reconocida y protegida crecientemente en el ámbito de las constituciones, con un campo de operatividad universal y un alcance ilimitado.

La presunción de inocencia está llamada, a desplegar su contenido en el orden legislativo, en la actividad administrativa, en la actuación procesal y jurisdiccional, y también en situaciones extraprocesales, como son, por ejemplo, las actividades informativas. El derecho a la presunción de inocencia exige su protección en todas las circunstancias y en todos los momentos sociales y jurídicos.

- c) La presunción de inocencia se puede caracterizar, más o menos pacíficamente, como un derecho subjetivo público de naturaleza extrapatrimonial, y en consecuencia, como un derecho indisponible en su totalidad. La posibilidad de renunciar voluntariamente a alguno de los derechos menores que integran su contenido, por ejemplo, acusándose públicamente de un delito, es decir, acusándose informativamente, ha de interpretarse siempre de forma restrictiva.

---

<sup>165</sup> Colombo Campbell, Juan. Pág. 35



En el ámbito procesal o jurisdiccional, la presunción de inocencia se ha ido afianzando en múltiples direcciones, entre las que cabría destacar las siguientes:

- a) La presunción de inocencia rige en la fase anterior al juicio oral, se da durante la fase del juicio oral, y se prolonga a lo largo de la tramitación de todos los recursos que puedan plantearse.
- b) En la fase anterior al juicio oral, la presunción de inocencia ha facilitado, por ejemplo, la implantación del derecho a la asistencia de letrados a los detenidos; el derecho a no hablar o a hablar exculpándose; o la revitalización del secreto del sumario.
- c) Todo auto de procesamiento ha de ser motivado y nunca arbitrario. Ha de fundarse, precisamente en consonancia con la presunción de inocencia, en indicios racionales, en razones y pruebas bastantes.
- d) Toda condena judicial ha de estar precedida procesalmente de las pruebas oportunas.
- e) La carga de la prueba incumbe al que acusa. El planteamiento enlaza plenamente con el sentimiento de justicia, que encarna aquel aforismo tan bien conocido: *affirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda*.

La presunción de inocencia, en su formulación contemporánea, evidencia y protege cuatro valores fundamentales:

- a) Protege la dignidad personal de todo hombre y de todos los hombres. Dignidad que está unida inseparablemente al *ius libertatis*, en su dimensión social. La presunción de inocencia protege esa peculiar dimensión social de la dignidad humana que es la confianza colectiva.



- b) Protege, como se recordaba líneas atrás, el honor personal y familiar; también aquí el valor fundamental del que hay que partir es la dignidad de la persona humana, que se escinde en un doble plano: por un lado, se protege con la presunción de inocencia el honor entendido como crédito moral, inherente a la naturaleza humana, que hace posible la sociabilidad del hombre; por otro lado, se protege también el honor como dignidad moral del hombre, una dignidad progresiva o regresiva, pero siempre operativa y diferenciada entre cada hombre.
- c) La presunción de inocencia preserva también la autoridad necesaria para poder administrar justicia con serenidad, con la imparcialidad requerida, con la independencia que reclama la realización de la justicia. Solo la convicción social de que la justicia está en las antípodas del apasionamiento, de los prejuicios o de la discriminación, garantiza la dosis de autoridad moral que necesita ineludiblemente la acción de juzgar.
- d) El principio de presunción de inocencia se fundamenta finalmente en el valor de la realización de la justicia. Existe este principio precisamente para que pueda realizarse la justicia. En este sentido, es compatible la presunción de inocencia con algunas limitaciones que pueden imponerse al sospechoso presuntamente inocente, como la prisión preventiva o fianzas que aseguren su libertad condicional.

#### **4.3.1. La presunción de inocencia y el *in dubio pro reo***

“La presunción de inocencia, se confunde en ocasiones con el principio *in dubio pro reo*. Al respecto sobresale la postura de Bacigalupo,<sup>166</sup> quien sostiene que el principio de duda no es la presunción de inocencia, al elevarse a derecho fundamental. Entre tanto, Aguilar,<sup>167</sup> se refiere a la regla de la absolucón y plantea que la misma permite que en caso de que exista incertidumbre al momento de que el juzgador emita la sentencia, se denomine esta situación como la no comprobación de la culpabilidad”.

---

<sup>166</sup> Bacigalupo, Enrique. **Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación**. Págs. 366-367

<sup>167</sup> Aguilar López, Miguel Ángel. **La Presunción de Inocencia**. Pág. 23



La aludida problemática en torno a la incertidumbre, se dilucida a partir del reconocimiento de la máxima *in dubio pro reo*, al establecer la absolución del reo en caso de duda. Ante la imposibilidad de orientar el juzgador su decisión, el ordenamiento jurídico permite, a través de este, superar la incertidumbre derivada de la valoración de la prueba.

Dicho principio, protege los derechos fundamentales de las personas sujetas a un proceso penal. Un ejemplo es el *Semper un dubi is benignio raprae frenda sunt* (en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno), que tiene aplicación tanto en la interpretación de la ley, como en la valoración de la prueba. Al respecto, señala Sentís Melendo que “examinar y valorar pruebas es cosa diferente de interpretar un texto legal. Pero eso no quiere decir que la duda no pueda producirse en el espíritu del juez en ambos casos, y que es necesario resolverla”.<sup>168</sup>

La presunción de inocencia no tiene irrupción en la aplicación de la ley, y la constriñe en la valoración de los hechos. Es posible que la oscuridad de una ley lleve a un estado de incertidumbre, en cuyo caso la función de desentrañar el sentido de la misma tiene que hacerse en forma benigna respecto al inculpado.

Según Sentís Melendo,<sup>169</sup> “el principio *in dubio pro reo* es aplicable en aquellos casos en los que, a pesar de llevarse una actividad probatoria con todas las formalidades establecidas en la ley, las pruebas obtenidas dejan duda en el ánimo del juzgador respecto a la existencia de la culpabilidad del acusado ante la existencia de dos argumentos que imprimen la misma convicción. Luego, ante disyuntivas con idéntico grado de convencimiento procede la absolución del sentenciado”.

El dudar, de acuerdo con Aguilar,<sup>170</sup> “implica que el ánimo del juzgador se encuentra incierto entre dos juicios contradictorios, sin poder decidirse por ninguno de ellos. La actividad probatoria llevada a cabo por las partes propicia que, el que tiene la

---

<sup>168</sup> Sentís Melendo, Santiago. *In dubio pro reo*. Pág. 81

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> Aguilar López, Miguel Ángel. *Op. Cit.* Pág. 24



responsabilidad de decidir sobre la culpabilidad del acusado, no pueda determinar si este es responsable o no por el ilícito cometido, por encontrarse en una situación de duda con respecto a su participación”.

La máxima citada interviene en el campo probatorio, exactamente en el momento final de la valoración de la prueba. Actúa no como regla para apreciar las pruebas, sino que se aplica después de terminada la valoración. Presupone un conflicto de carácter subjetivo, que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el Ministerio Público, o la parte que ejerce la acción de acusador particular y por la defensa, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculpado ante la duda razonable.

Supone, además, un proceso subjetivo por parte del juzgador, que refleja la incapacidad del mismo para superar una situación de incertidumbre ante los hechos presentados por la parte acusadora y por la defensa, los cuales ofrecen la misma cantidad de convicción sin poder superar la situación de duda. Es entonces, cuando dicha máxima orienta al juzgador a resolver en sentido favorable al acusado.

La presunción de inocencia, obliga al juzgador a constatar la existencia de una actividad probatoria de cargo y la suficiencia de la misma. La prueba tiene que ser legal y racionalmente valorada. A falta de estos requisitos, no puede decirse que exista prueba de cargo que afirme la culpabilidad del acusado y en consecuencia, prevalece la presunción de inocencia del mismo.

En tanto, el *in dubio pro reo*, como principio, se actualiza cuando a pesar de la existencia de la prueba de cargo, la que obra de descargo tiene el mismo nivel de veracidad, de manera que no se puede disipar la incertidumbre, y ante esta tensión dialéctica el juez está obligado a inclinarse en beneficio del acusado.



Mestre,<sup>171</sup> señala que la máxima *in dubio pro reo* es un principio de valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre, al envolver un problema subjetivo de valoración. Por su parte, la presunción de inocencia, para este autor, tiene una distinta naturaleza, ya que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad del imputado durante el desarrollo del proceso. Se evita una sentencia condenatoria al no existir constancias suficientes de la participación delictuosa del acusado en el hecho punible. Por ello es una garantía procesal.

La presunción de inocencia implica un problema de insuficiencia de pruebas, en tanto el *in dubio pro reo*, encierra un problema subjetivo de duda. Esta última figura surge del resultado de la valoración de las pruebas en su conjunto, donde el estado de dubitación del juzgador hace patente la utilización de dicha máxima.

El *in dubio pro reo*, en la actividad probatoria, tiene una dimensión más reducida que la presunción de inocencia, a pesar de su importancia determinante en dicho ámbito, solo entra en consideración cuando la duda reposa entre las pruebas de cargo y de descargo que proyectan la misma convicción, pues induce al juzgador a resolver el fallo en sentido positivo para el acusado.

Rives Seva, en relación a la función del principio *in dubio pro reo* plantea que: "(...) si existe actividad probatoria de cargo y paralelamente de descargo y se producen evoluciones cronológicas de actitudes acusatorias y no acusatorias, decidir es tarea del juzgador de instancia (...)".<sup>172</sup> En esa fase es cuando el juzgador, al comparar lo positivo y lo negativo en las pruebas de cargo y de descargo, asume una posición de duda que permite que resuelva conforme al principio de duda.

La distinción no carece de sentido, ya que la presunción de inocencia no excluye el principio *in dubio pro reo* en el ámbito de la valoración de la prueba. Al practicarse las pruebas en el proceso penal, la presunción de inocencia tiene que prevalecer cuando

---

<sup>171</sup> Mestre, A. **Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia**, Págs. 28-729

<sup>172</sup> Rives Seva, Antonio Pablo. **La prueba en el proceso penal**. Pág. 33



exista duda con respecto a la culpabilidad del acusado. Si, al momento de dictar sentencia las pruebas practicadas propician que el juzgador dude con respecto a la decisión que debe tomar, esta tiene que manifestarse de forma que beneficie al acusado y no que lo perjudique.

Al apreciarse un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas o que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente, no existe solución más razonable que absolver al imputado. Por ello, se complementan al menguar el ejercicio del poder punitivo en el momento procesal en que el juzgador emite la resolución que pone fin al juicio, con un toque de humanidad y justicia respecto a quien se encuentra sujeto a un proceso penal.

Entre tanto, según Rives Seva,<sup>173</sup> “(...) la presunción de inocencia se encuentra relacionada con el principio *in dubio pro reo* como criterio auxiliar. Constituye además un juicio básico que condiciona la interpretación de las normas jurídicas, lo cual debe realizarse conforme a la Constitución y los derechos fundamentales”.

Como afirma Tomé,<sup>174</sup> “(...) no debe confundirse el principio *in dubio pro reo* con la presunción de inocencia. El primero, pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria y se aplica cuando, habiendo prueba, existe una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Mientras que la presunción de inocencia, adquiere su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas, o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales”.

En consecuencia, se presume inocente a todo acusado hasta que se practiquen las pruebas correspondientes, y estas indiquen su culpabilidad. Solo mediante la sentencia condenatoria del tribunal competente, la persona se convierte de inocente a responsable penalmente.

---

<sup>173</sup> **Ibid.**

<sup>174</sup> Tomé García, José Antonio. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 498



La interrelación entre presunción de inocencia y el *indubio pro reo*, al decir de Sanchis “(...) es evidente, en aquellos casos en los que sí haya existido actividad probatoria pero ésta haya sido insuficiente (...)”,<sup>175</sup> es decir, que a pesar de ser practicadas las pruebas para demostrar la culpabilidad o la inocencia del acusado, estas no son suficientes para tomar una decisión.

Se vulnera la presunción de inocencia, según Nogueira,<sup>176</sup> “(...) cuando se condena a una persona con meras sospechas, sin pruebas o prescindiendo de ellas, o al condenar a una persona sin haber recibido las pruebas de descargo o admitido la contradicción de las pruebas de cargo”.

También se quebranta cuando se sanciona en virtud de pruebas irregularmente obtenidas o hechas valer, violando derechos fundamentales como derecho a la defensa, derecho a ser oído, derecho a que se desarrolle un debido proceso en su contra, entre otros y las garantías de libertad e inviolabilidad de la persona, la protección de la integridad personal, etc., o al extraerse consecuencias jurídicas sancionatorias que afecten los derechos fundamentales de hechos no probados.

“Tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo*, son manifestaciones del *favor rei*”,<sup>177</sup> ya que ambos infunden al proceso penal de garantismo y la actuación de éstos se realiza en diversas formas.<sup>178</sup> “No obstante, muchas veces la presunción de inocencia, ha sido aplicable solo ante la duda, es decir, bajo el *in dubio pro reo*, lo cual resulta improcedente”.

El fundamento del *favor rei*, se tiene en los valores de la justicia y la equidad, y se arraiga en el criterio imperativo del debido proceso, esto es, en las garantías legales y constitucionales protectoras de la libertad individual y de los derechos de la persona humana. No puede faltar por ello en el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho

---

<sup>175</sup> Sanchis Crespo, Carolina. **Op. Cit.** Pág. 40

<sup>176</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. **Op. Cit.** Pág. 10

<sup>177</sup> Londoño Jiménez, Hernando. **Op. Cit.** Pág. 264

<sup>178</sup> Sánchez Velarde, Pablo. **Comentarios al Código Procesal Penal.** Pág. 102.



vinculado a las corrientes doctrinarias que colocan al hombre como sujeto y no como objeto de derecho.

La presunción de inocencia es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio inocente, si no media sentencia condenatoria, y la sentencia condenatoria solo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan.

De no probarse que lo hizo o ante la existencia de duda, debe resolverse conforme lo más favorable al acusado (*in dubio pro reo*). “Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, o que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente.”<sup>179</sup> Por su parte, el *in dubio pro reo* actúa como norma de interpretación; debe aplicarse donde exista duda acerca de la culpabilidad del acusado.

La presunción de inocencia, que solo puede ser invalidada mediante condena firme, que dentro del proceso pone límites a la actividad coercitiva, considera al imputado como un sujeto procesal con inviolable derecho a la defensa y lo libera de la carga de la prueba, es considerado para algunos un derecho reconocido constitucionalmente; para otros, como Oré,<sup>180</sup> lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; “es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio”, criterio que se comparte.

Según el Diccionario Enciclopédico, inocente es el que no daña, el que no es nocivo, es el estado del alma limpia de culpa, excepción de culpa en un delito o en una mala acción.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> San Martín Castro, César. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 116

<sup>180</sup> Oré guardiá, Arsenio. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Pág. 55

<sup>181</sup> **Diccionario Enciclopédico Salvat Universal**. Pág. 248



Según Manzini,<sup>182</sup> “(...) la presunción de inocencia establece la calidad jurídica de culpable penalmente, es inherente a la persona; su pérdida debe ser acreditada con elementos empíricos y argumentos racionales, por los órganos que ejercen la función represiva del Estado, cuando un individuo lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos que la sociedad estima valiosos, dignos de protección por la potestad punitiva de aquel”.

La presunción de inocencia, según Binder,<sup>183</sup> “(...) significa que nadie tiene que construir su inocencia; que solo una sentencia declarará esa culpabilidad jurídicamente construida que implica la adquisición de un grado de certeza. Presupone, además, que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista una declaración judicial, es decir, que toda persona se considera inocente hasta que no sea reconocida como responsable del ilícito penal, mediante una decisión que es adoptada por el órgano competente para ello, y que no puede haber ficciones de culpabilidad ya que la sentencia absolverá o condenará”.

El concepto de estado de inocencia, Nogueira<sup>184</sup> “(...) lo desarrolla no como presunción, sino como un principio informador del procedimiento penal. Le da una nueva perspectiva a partir de dos presupuestos que son inherentes a todo sistema procesal penal: el primero es el de la carga y valoración de la prueba, elementos necesarios para formar la convicción del juzgador; el segundo, es el de la sentencia fundada o motivada, que le exige contar con razonamientos o consideraciones, en torno al establecimiento de los hechos por los medios de prueba existentes en el proceso, como la invocación de la aplicación al caso de las normas decisoria de la *litis*. La presunción de inocencia, para el mencionado autor,<sup>185</sup> constituye una referencia central en la información del desarrollo del proceso, que permite resolver las dudas que se presentan en su curso y reducir las injerencias desproporcionadas”.

---

<sup>182</sup> Manzini Vizenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Pág. 180

<sup>183</sup> Binder, Alberto. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. Pág. 20

<sup>184</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. **Op. Cit.** Pág. 9

<sup>185</sup> **Ibid.**



Vegas,<sup>186</sup> señala que “(...) la presunción de inocencia presenta tres alcances, como concepto fundamental en torno al cual se construye un modelo de proceso penal, en el que se pretende establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal”.

También se manifiesta como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

Por su parte, Cárdenas<sup>187</sup> señala que “(...) la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”.

Climent,<sup>188</sup> considera que, “(...) actualmente, es indudable el reconocimiento de la presunción de inocencia, como derecho público subjetivo, (facultad que posee el particular o sujeto frente al poder público, representado por las limitaciones que el Estado se impone a sí mismo, entre estos derechos se encuentran los derechos políticos, es decir, la capacidad de votar y ser votado para intervenir en la vida pública del país), como medio de defensa de los ciudadanos frente a los actos de los órganos de impartición de justicia; lo que implica la aplicación del debido proceso penal, el cual requiere la observancia de las garantías previstas en las leyes fundamentales e instrumentos internacionales, en los que la presunción de inocencia junto con otros principios jurídico-penales como legitimidad, culpabilidad, legalidad, irretroactividad,

---

<sup>186</sup> Vegas citado por San Martín Castro, César. **Derecho Procesal Penal**. Pág. 167

<sup>187</sup> Cárdenas Rioseco, Raúl F. **La Presunción de Inocencia**. Pág. 23

<sup>188</sup> Climent Durán, Carlos. **La prueba penal**, Págs. 715 - 716



derecho de defensa y *non bis in ídem*, conforman un sistema de justicia, que limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado”.

La presunción de inocencia en el proceso penal, tiene la dimensión de garantía constitucional, porque se orienta a asegurar la limpieza del proceso que se legitima para evaluar la consistencia de la hipótesis de cargo, cuya trascendencia no se limita al ámbito de lo cognoscitivo, sino, que se reviste de significación política, porque la conjetura a considerar inocente al procesado es acusatoria, de cuyos acontecimientos se derivan consecuencias de extraordinaria relevancia para la libertad personal.



## CAPÍTULO V

### 5. La colaboración eficaz como criterio de oportunidad reglada

El principio de legalidad, conocido además como principio de necesidad, fue una de las premisas de la implantación del Estado de Derecho. Su surgimiento tiene como antecedentes la “*Magna Liberatum*” inglesa de Juan Sin Tierra de 1215, y la ordenanza de los Tribunales Penales (*La Constitutio Criminalis Carolina*) del emperador Carlos V de 1532 que regía el derecho penal común alemán y que encomendaba la clase y medida de la pena a la buena costumbre y al juez y permitía también la aplicación analógica del derecho a casos penales innominados además de reconocer múltiples fuentes del derecho, por lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales.

Esa limitada vinculación a la ordenanza de los tribunales penales se volvió a suprimir en los siglos XVI y XVIII, sobre todo con la admisión de los “*crimina extraordinaria*”, en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin la Ley por “decisión judicial”.

“Esta arbitrariedad e inseguridad jurídica preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVII y del XVIII, que hizo posible la siguiente época de las codificaciones que coinciden con las ideas liberales de la ilustración, tendente a la autolimitación del poder estatal”.<sup>189</sup>

El principio de legalidad tuvo su raíz en la Inquisición, al establecer como rasgos fundamentales del sistema de enjuiciamiento la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica o real, como complemento de la necesidad u obligatoriedad de incoar el proceso tan pronto se conozca la existencia de un acto con

---

<sup>189</sup> Claus, R. **Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Págs. 141-142



elementos de tipo delictivo, estando obligado el Ministerio Fiscal al ejercicio de la acción penal.

Diversas son las concepciones que definen el principio de oportunidad pero, en síntesis, se puede afirmar que es la institución procesal que permite al representante del Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal, en los casos previamente establecidos en nuestro ordenamiento procesal penal.

“En el propio proceso de la reforma del derecho penal, es que se ve el primer indicio o manifestación del principio de oportunidad, pues ya desde las décadas de 1950 y 1960, reinaba el escepticismo y la resignación de los escasos resultados obtenidos con los programas de resocialización en los establecimientos de cumplimiento de penas, donde no se logró modificar a los delincuentes y reinsertarlos en la vida social mediante las más variadas formas de internamiento y con la ayuda del trabajo, la enseñanza, la organización del tiempo libre, la terapia social y el tratamiento pedagógico social”.<sup>190</sup>

Entre los principios que informan al proceso penal de la actualidad, se encuentra el de oportunidad, el que aparece en el entorno nacional con el proceso de la reforma procesal que se desarrolla en Europa continental a partir de 1974, pues ya desde décadas del 1950 y 1960, reinaba el escepticismo y la resignación de los escasos resultados obtenidos con los programas de resocialización en los establecimientos de cumplimiento de penas, donde no se logró modificar a los delincuentes y reinsertarlos en la vida social mediante las más variadas formas de internamiento, con la ayuda del trabajo, la enseñanza, la organización del tiempo libre, la terapia social y el tratamiento pedagógico social.

A este panorama, en el que se dan los primeros visos de la oportunidad como principio que informa al proceso penal, hay que sumarle la alta congestión que existía en el sistema de justicia penal, el que no estaba diseñado para funcionar a tan alta escala

---

<sup>190</sup> Duce, M. **El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina. Visión acerca del estado de los cambios.** Pág. 12. Disponible en: <http://www.juridicas> Fecha de consulta: 10 de agosto del 2012.



como demandaba el constante aumento de la criminalidad, resultando necesario establecer mecanismos que simplificaran la administración de justicia.

### 5.1. Fundamentos teóricos del principio de oportunidad

“El fundamento del principio de legalidad, en su origen burgués, se encuentra en el movimiento codificador del siglo XIX, cuando la nueva oleada del liberalismo burgués logró la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española el 14 de septiembre de 1882”.<sup>191</sup>

El principio de legalidad, en el ejercicio de la acción penal, se conoce en la doctrina indistintamente como “legalidad procesal”, “obligatoriedad”, “oficiosidad”, “necesidad”, “indisponibilidad” e “indiscrecionalidad”,<sup>192</sup> y es aquel en virtud del cual, el Ministerio Público está en el deber de promover y dirigir en investigación de cualquier hecho que revista características de delitos de acción pública y de someter a proceso a quien ese hecho pueda imputarse, sin consideración de razón alguna de utilidad o conveniencia.

Es así que el principio de Legalidad significa una garantía de los ciudadanos frente al órgano persecutor, al instituir en el ordenamiento jurídico un actor penal oficial, el Ministerio Público, en sustitución de los ciudadanos. Este movimiento codificador estuvo basado en la plenitud del ordenamiento jurídico, donde el papel del juez se reducía a un mero aplicador de la ley cuando se hubieran cumplido sus presupuestos, sin preocuparse del sentido y espíritu de la ley.

Lo anterior, unido a las doctrinas retribucionistas en torno a la pena, fue el origen del estricto criterio de Legalidad consistente en que de todo delito ha de derivarse necesariamente el castigo del culpable, y en tanto, los tribunales actuarán en acatamiento al principio de Legalidad, con independencia de que la despenalización de un hecho se prevea como inminente.

---

<sup>191</sup> Rodríguez Devesa, J. M. **Derecho penal español, parte general**. Pág. 173. Manzanares Samaniego, J. L. **Oportunidad y conformidad. Los principios del proceso penal**. Pág. 4.

<sup>192</sup> Manzanares Samaniego. **Op. Cit.** Pág. 8.



El desarrollo del principio de oportunidad, con el movimiento de la reforma del derecho procesal penal, en el sentido de lograr una mayor humanización y liberación del derecho penal, tuvo lugar a partir del año 1974 en Alemania, donde se produjo un fuerte proceso de descriminalización, al convertir ciertos hechos punibles en infracciones administrativas y, en los casos de escasa gravedad, el Ministerio Fiscal tenía la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de ejercer la acción penal, permitiéndole la atribución de una carga pecuniaria, con el consentimiento del acusado.

Se entiende que un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, de cumplirse los requisitos que la ley establece, a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento; este puede manifestarse de forma pura, cuando las partes son dueñas absolutas de la finalización del procedimiento, o bajo condición, si el sobreseimiento permanece con efectos suspensivos, bajo la condición de que el imputado cumpla determinados deberes.

Se habla en la doctrina de oportunidad libre, apreciada especialmente en el derecho anglosajón, y significa la libre disponibilidad de la acción por su titular, el fiscal, quien puede iniciarla o no hacerlo, desistirla una vez iniciada, acordar con el imputado, reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida que acepte su responsabilidad en el hecho, e incluso, acordar negociaciones que provocan la impunidad de determinados delitos, cuando ello sea útil para el descubrimiento de otros graves.

La llamada oportunidad reglada, consiste en que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admitan excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la ley penal, y cuya aplicación se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados.



“El principio de oportunidad encuentra sus fundamentos, en razones de utilidad pública o interés social”,<sup>193</sup> los que se concretan en el derecho comparado en disímiles causas como son:

- a) La escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en la persecución penal.
- b) El estímulo de la pronta recuperación de la víctima, con la consiguiente indemnización del daño provocado
- c) Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
- d) Obtener la rehabilitación del delincuente, mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.
- e) Descongestionar el sistema de justicia penal.

Otras son:

- a) Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.<sup>194</sup>
- b) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad (reservado fundamentalmente para el uso ilícito de estupefacientes), y si el inculpado incumpliera dicho compromiso, el Ministerio Fiscal puede disponer la apertura de la instrucción.
- c) Obtenerse la “reinserción social” de presuntos terroristas y una mejor información acerca de las bandas armadas, es otro de los fines del sobreseimiento por razones de oportunidad.

---

<sup>193</sup> Salas Beteta, C. **Principio de oportunidad en el Perú. Modernos mecanismos de simplificación procesal penal.** Pág. 56.

<sup>194</sup> **Ibid.**



Al abordar el tratamiento a escala mundial se verifica que el mismo surge, además de por economía de tiempo, como una necesidad que existía, ya que la mayoría de los casos se quedaban en los archivos, lo que llevó a que en varios países se abordara el tema buscando mecanismos que permitieran dar soluciones simplificadas a los conflictos.

“Los fundamentos originales del principio de legalidad han cambiado precisamente por la sustitución de las teorías absolutas de la pena, por las de prevención general y especial que pretendían ver la punición relacionada a su propia necesidad y utilidad, encontrando aquí su justificación el principio de oportunidad”.<sup>195</sup>

## 5.2. Legalidad y oportunidad

Por su parte, los fundamentos originales del principio de legalidad, que se mantuvo por años como principio que inspiró el ejercicio obligatorio de la acción penal, siempre que los hechos investigados revistieran caracteres de delito, cambian con la sustitución de las teorías absolutas de la pena, por las de prevención general y especial que pretendían ver la punición relacionada a su propia necesidad y utilidad, encontrando aquí su justificación el principio de oportunidad.

Al respecto, Maier<sup>196</sup> expresa, “que el principio de oportunidad significa la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se le encomienda la persecución penal prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informalmente, temporal o definitivamente condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad o por razones político criminales”.

---

<sup>195</sup> **Ibid.**

<sup>196</sup> Maier, J. citado por Salas Beteta, C. **Principio de Oportunidad en el Perú. Modernos Mecanismos de Simplificación Procesal Penal.** Pág. 56



Mientras, Binder<sup>197</sup> afirma que “los sistemas procesales modernos tienden a abandonar una versión estricta del Principio de Legalidad Procesal, según el cual todas y cada una de las infracciones penales que se cometen en la sociedad deben ser perseguidas y castigadas. La vigencia estricta de este principio ha causado no solo la sobrecarga endémica de los tribunales penales, sino que produce además un efecto de impunidad selectiva, que funciona de hecho y generalmente en desmedro de los sectores más humildes de la sociedad, ya que los tribunales solo se ocupan de hurto y robos y acaso algún homicidio.”

Para algunos procesalistas el principio de oportunidad no sustituye el de legalidad, sino que es solo una excepción al mismo. Se sostiene al respecto, que los principios de igualdad y determinación de las normas, también forman parte del principio de oportunidad, lo que se manifiesta en que el derecho procesal es derecho constitucional aplicado y no tiene este principio un ámbito exclusivo de legitimidad que los apartes del resto del sistema.

Se registra que donde más funciona el principio de oportunidad es en lo referido a la criminalidad contra la propiedad, por la tendencia de delitos leves o llamados de “bagatela” supeditando parte de esa criminalidad a la esfera contravencional.

También, se esgrime por otros tratadistas que la aplicación del principio de oportunidad, sin el inicio de un procedimiento penal, sería inconveniente tanto desde el punto de vista del control necesario de la decisión, como por el peligro que entraña la frustración de las expectativas de los ciudadanos, de no ver instaurado un proceso ante la comisión de un hecho que pudiera tener consecuencia jurídico-penal.

A ello se refería Rodríguez Devesa<sup>198</sup> al manifestar que, “La experiencia histórica demuestra que el poder “corrompe” y que la autolimitación del Estado por sus propias leyes precisa del cumplimiento indispensable del control jurisdiccional”.

---

<sup>197</sup> **Ibid.** Pág. 54.

<sup>198</sup> Rodríguez Devesa, J. M. **Derecho Penal Español, Parte General.** Pág. 173



Otros, esgrimen que la aplicación de estos criterios en la fase previa al juicio oral permite evaluar con relación a las pruebas que se hayan aportado, si este procede o no, y que la decisión del Ministerio Fiscal debe ser sometida a control tanto por la víctima, como por parte del Tribunal, que puede estar inconforme con la decisión.

Otros, como Manzanares Samaniego,<sup>199</sup> consideran que “las ventajas del principio de oportunidad en su ámbito genuino, el de la alternativa entre ejercitar o no la acción penal, no puede pasar por el sacrificio de algunos derechos fundamentales y esa concesión de discrecionalidad al Ministerio Público supone un grave retroceso en el sistema de garantías”.

Referente a la aplicación del principio de oportunidad, basta referir que, precisamente, la no aplicación absoluta del principio de legalidad son las ventajas que la oportunidad reglada ofrece al:

- a) No obligar la persecución indiscriminada de todos los delitos constituyendo de manera importante el descongestionamiento del sistema judicial.
- b) Permitir que se concentren los esfuerzos de las autoridades en una eficaz persecución de los delitos más graves para la sociedad y, especialmente, la llamada criminalidad de cuello blanco, el crimen organizado, etc.
- c) Permitir la reinserción social del delincuente de poca peligrosidad.

Dentro de las más alineadas concepciones del principio de oportunidad reglada, como excepción al principio de legalidad, pueden señalarse las de Gimeno Sendra,<sup>200</sup> quien lo define como “facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.”

---

<sup>199</sup> Manzanares Samaniego. **Op. Cit.** Pág. 4.

<sup>200</sup> Gimeno Sendra, citado por Puentes y Jiménez De Andrade, T. **Los Principios del Proceso Penal y la Presunción Constitucional de Inocencia**. **Los Principios del Proceso Penal.** Pág. 4.



El principio de oportunidad se presenta, entonces, como uno de los instrumentos procesales para la agilización de la justicia penal en el ejercicio de la acción penal, y de los distintos sistemas de transacción dentro del proceso penal.

Las ventajas que se identifican sobre el principio de legalidad son las siguientes:

- a) Permite el efecto preventivo de la ley penal, pues la amenaza del ejercicio de la acción penal es altamente probable en todos los casos.
- b) Provoca la seguridad jurídica de los ciudadanos al reforzar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.
- c) Da valor al juicio oral y la publicidad en el procedimiento penal, al garantizar la realización del proceso hasta su culminación: la sentencia.

Así, se aprecia que un amplio sector en la doctrina encuentra en la introducción del principio de oportunidad una vía para atenuar los inconvenientes que se derivan de la aplicación absoluta del principio de Legalidad, y no hablan de sustituir un principio por otro, sino solo de atemperar sus efectos, que se convierten en concesiones al principio contrario.

Sobre la inclusión de uno u otro principio en las leyes penales apuntaba Rodríguez Devesa:<sup>201</sup> “El origen del principio de legalidad se halla en el anhelo de seguridad jurídica que ha llevado a los pueblos a una lucha multiseccular con los detentadores del poder para excluir la arbitrariedad en el derecho punitivo, que toca a los bienes más preciados de los hombres: la libertad personal, el patrimonio y, allí donde se reconoce la pena capital, la propia vida. El principio de Legalidad es un postulado, la aspiración a un mito ideal e inalcanzable, la de seguridad jurídica absoluta. Una seguridad de esta clase

---

<sup>201</sup> Rodríguez Devesa, José M. Pág.173



no es posible con el tosco instrumento de la ley. Sirve muy poco si no anida en el corazón del intérprete y del juez en el momento de la interpretación de la ley".<sup>202</sup>

Para un determinado sector de la doctrina procesal penal, existe una contradicción entre la vigencia del principio de legalidad, y la utilización de los criterios de oportunidad por parte del fiscal.

La aparente contradicción, se justifica en el hecho de que a partir de la codificación napoleónica el principio de legalidad se erigió en pilar fundamental del orden jurídico; momento en que este principio, de naturaleza técnica, empieza a informar la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas o grupos normativos del Derecho como totalidad, vinculándose al principio de legalidad tanto el derecho penal y el procesal penal.

Se considera contradictoria la convivencia de los principios de legalidad y de oportunidad, además, porque la ley rige tanto el inicio como la finalización del proceso penal, pues la actividad de los funcionarios intervinientes en su desarrollo está regulada con base en el interés público que existe en la persecución del delito, la aplicación del *ius puniendi* y los derechos garantizados al imputado; y en este sentido, predomina el interés público, lo que no concuerda con la utilización de los criterios de oportunidad que rige en todos los procesos en los cuales el interés predominante es el del individuo.

Conforme a esta postura, en el ámbito del proceso penal el principio de legalidad se entiende como la obligación que tiene el Ministerio Público de promover necesaria e inmediatamente la acción penal, una vez llegada a su conocimiento la *notitia criminis*.

La supuesta contradicción entre el principio de legalidad y la utilización de los criterios de oportunidad radica para muchos autores en la obligación persecutoria que se le atribuye al fiscal de todo hecho que revista caracteres de delito; para algunos, la

---

<sup>202</sup> **Ibid.** Pág. 176.



facultad otorgada al Ministerio Público para que se abstenga de ejercitar la acción penal colisiona directamente con el principio de obligatoriedad, equiparando ambos principios.

En un proceso informado por el principio de obligatoriedad o necesidad, prima el interés público en la promoción y posterior desenvolvimiento de la acción penal; a los sujetos privados no les asiste facultad alguna en relación con la elección del medio para reparar la lesión causada, que es necesariamente el proceso, ni en relación con el mantenimiento o terminación del proceso una vez iniciado, que queda en manos del Ministerio Público y se sustenta en:

- El derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia penal.
- El principio de igualdad jurídica, el cual implica en que no se debe ni puede seleccionar en forma arbitraria a los ciudadanos que deben ser acusados ante la jurisdicción penal.
- La independencia del Poder Judicial, en la medida en que se justifica que quien asume la función de acusador, aunque no lo haga a ultranza en forma obligatoria, sea un sujeto distinto al juzgador.

La obligatoriedad irrestricta constituye una herramienta necesaria para la vigencia de las teorías absolutas de la pena, pero esto que se observa en el marco teórico y en el plano legal, donde rige el principio de necesidad u obligatoriedad, no se constata en la praxis del sistema penal. Resulta claro que el sistema represivo actúa selectivamente, incluso, se afirma que la selectividad es consustancial al sistema que impera en Guatemala actualmente; selectividad que no siempre se gobierna por los parámetros legales, sino que se pone en práctica en forma confusa y arbitraria.

La realidad social impone el repliegue del sistema penal en algunas circunstancias, porque su intervención no siempre será necesaria o proporcional para resolver todos los conflictos generados por el delito, lo que no se traduce en renunciar a la aplicación del



*ius puniendi* del Estado, y otorgar al Ministerio Público facultades ilimitadas para determinar qué ilícitos penales merecen ser denunciados formalmente.

El rol del fiscal debe permanecer gobernado por el principio de obligatoriedad, en vista de que el proceso penal y la aplicación del *ius puniendi* tienen como principal designio el velar por la satisfacción de intereses públicos antes que privados.

No obstante, la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal ha perdido la rigidez que lo caracterizaba, pues el Ministerio Público no se encuentra obligado, por la naturaleza del principio de legalidad procesal, a ejercitar la acción penal en todas las denuncias presentadas por la víctimas o terceros, sino solo en aquellas donde se presenten indicios fácticos de su comisión. Hoy convive con criterios de selección legalmente establecidos y, con base en los cuales, el fiscal puede abstenerse de impulsar la acción penal.

Aunque el principio de obligatoriedad es la regla, la ley prevé nuevos filtros para racionalizar la intervención del sistema penal en casos que no merecen su concurso, por lo que su introducción no contradice el principio de legalidad, sino, únicamente, actúan como una excepción a la regla de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal; lo que la introducción de los criterios de oportunidad hace en el ordenamiento procesal, es no llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

A modo de resumen, sería el principio de obligatoriedad estricto, considerado como una de las facetas del principio de legalidad, el que se vería afectado con la introducción de los criterios de oportunidad.

Para otros, la utilización de los criterios de oportunidad vulnera el carácter indisponible de la acción penal pública. En este sentido, parte mayoritaria de la doctrina coincide en señalar que el principio de obligatoriedad ha sido atenuado con la introducción de los criterios de oportunidad, ya que el Ministerio Fiscal, ante el conocimiento de la *notitia*



*criminis* no promoverá más, en forma automática, el ejercicio de la acción penal, porque se le ha concedido la facultad de aplicar un filtro legal para seleccionar los casos en los que se precisa impulsar de oficio el proceso penal.

La institución de la oportunidad, que responde a la voluntad del legislador dirigida a rediseñar el modelo de proceso penal a un corte acusatorio, tiene innegables repercusiones en las características que tradicionalmente se asignaban a la acción penal, entre estas, principalmente, la referida a su carácter indisponible.

La utilización de criterios de oportunidad necesita para su operatividad que se dote al fiscal de amplias facultades de negociación y, a su vez, precisa que la conformidad del imputado, con los hechos que se le atribuyen y con el monto de la reparación civil, mediante un acuerdo con el agraviado, a quien deberá resarcir económicamente, tengan plena eficacia para evitar el inicio de un proceso penal en su contra.

Estas condiciones, cuya legalidad ha sido necesario establecer, para que pueda hacerse efectiva la institución de la oportunidad, requieren que se otorgue al Fiscal la facultad de disponer, aunque sea en forma limitada, de la acción penal, y es en ese aspecto donde divergen las posturas doctrinarias.

En un extremo, se encuentra un sector para el cual la disponibilidad debe otorgarse solo cuando los delitos que llegan a conocimiento del Ministerio Público originan una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando la participación del imputado en su comisión revela una escasa culpabilidad.

El otro sector, restringe el alcance de los criterios de oportunidad, al sostener que la posibilidad de que la acción se efectivice solo ante delitos cuyos bienes jurídicos pueden ser reparados o resarcidos materialmente, por ejemplo: la disponibilidad de la acción penal tratándose de un delito contra el patrimonio como el hurto simple, en donde el imputado tendría la posibilidad de devolver el bien sustraído o pagar una



reparación equivalente a su valor. En los demás casos, la disponibilidad de la acción estaría sujeta al control jurisdiccional.

### **5.3. La oportunidad en el proceso penal guatemalteco**

En el modelo de proceso penal de Guatemala, la introducción de los criterios de oportunidad debilita el principio de obligatoriedad, lo cual no significa que el ejercicio de la acción penal sea disponible.

El Código Procesal Penal de Guatemala actualizado, (Decreto 51-1992 del Congreso de la República), en su Artículo 25, regula: Criterio de oportunidad. Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

- Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión.
- Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular.
- En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años. Los jueces de Paz conocerán las solicitudes planteadas por el Ministerio Público o los síndicos municipales, cuando la pena privativa de libertad del hecho imputado no supere los tres años hasta cinco, la solicitud a que se refiere este numeral será planteada al juez de Primera Instancia.

Este inciso ha sido reformado por el Artículo 1 del Decreto 51-2002, cuyo texto establece: “Se reforma el inciso 3) del Artículo 25, reformado por los Artículos 3 del Decreto Número 32-96, 1 del Decreto Número 114-96 y 5 del Decreto Número 79-97, todos del Congreso de la República, el cual queda así:

- a) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;



- b) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
- c) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad.
- d) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;
- e) Que el inculgado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada;
- f) El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro.
- g) Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el Juez de Primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente”.

La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo. Si el fiscal tuviere que trasladarse, el



juez de primera instancia que controla la investigación con carácter urgente y conforme a la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para realizar la diligencia.

El criterio de oportunidad a que se refieren los numerales del 1 al 5 de este Artículo, no se aplicará a hechos delictivos cometidos por funcionario o empleado público con motivo o ejercicio de su cargo. Este Artículo fue reformado como aparece por el Artículo 5 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

El Artículo 25 Bis del Código Procesal Penal, regula: Requisitos. Para aplicar el criterio de oportunidad en los numerales del 1 al 5 establecidos en el Artículo 25 es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En caso de no existir una persona agraviada o afectada, el Ministerio Público, o quien haga sus veces, podrá solicitar directamente al juez la aplicación del criterio de oportunidad, siempre que el imputado repare los daños y perjuicios causados a la sociedad, u otorgue las garantías suficientes para su resarcimiento en el plazo máximo de un año.

En caso de insolvencia, el imputado deberá retribuir el daño social mediante la prestación de servicio social a la comunidad en la actividad que el tribunal designe, en períodos de diez a quince horas semanales, durante el lapso de un año en el que deberá observar, además, las normas de conducta y abstenciones que el tribunal le señale. Si desobedeciere las reglas de conducta o abstenciones impuestas cometerá el delito de desobediencia.



Según este instrumento, las reglas o abstenciones que pueden imponerse son las siguientes:

- 1) “Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez.
- 2) La prohibición de visitar determinados lugares o personas.
- 3) Abstenerse del uso de estupefacientes o de bebidas alcohólicas.
- 4) Finalizar la escolaridad primaria, aprender una profesión y oficio, o seguir cursos de capacitación en la institución que determine el juez.
- 5) Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia fuera de sus horarios habituales del trabajo.
- 6) Someterse a un tratamiento médico o psicológico si fuere necesario.
- 7) Prohibición de portación de arma de fuego.
- 8) Prohibición de salir del país.
- 9) Prohibición de conducir vehículos automotores.
- 10) Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar un oficio, arte, industria o profesión, en el plazo que el juez determine, si no tuviere medios propios de subsistencia”.

La aplicación del criterio de oportunidad provocará el archivo del proceso por el término de un año, al vencimiento del cual, se extinguirá la acción penal, salvo que se pruebe durante este lapso, que hubo fraude, error, dolo, simulación o violencia para su otorgamiento, o si surgieren elementos que demuestren que la figura delictiva era más grave y que de haberse conocido, no hubieren permitido la aplicación del criterio de oportunidad. Este Artículo fue adicionado por el Artículo 6 del Decreto 79-97



del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

Por su parte, el Artículo 25 Ter del Código Procesal Penal, establece la conciliación, como forma de solucionar el conflicto, de la siguiente manera:

- Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el síndico municipal o por el agraviado o el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación.
  
  - Presentes las partes, el juez explicará el objeto de la audiencia procediendo a escuchar, en su orden, al fiscal o auxiliar del fiscal o síndico municipal, a la víctima o agraviado y al imputado.
- a) El juez debe obrar en forma imparcial, ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz, para propiciar la solución del conflicto. Su función es la de ser un facilitador en la comunicación y el diálogo constructivo entre las partes. Las partes podrán ser asistidas por sus abogados.
  
  - b) Si se llegare a un acuerdo, se levantará acta firmada por los comparecientes. Si no hubiere acuerdo, se dejará constancia de ello, y continuará la tramitación del mismo.
  
  - c) En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando, si así lo hubiere acordado, el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo para la acción civil.



- d) Si el Ministerio Público considera que es procedente el criterio de oportunidad, y la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas, podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado.
- e) Este Artículo fue adicionado por el Artículo 7 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

El Artículo 25 Quáter del Código Procesal Penal, regula la mediación, como otra forma de resolver la situación penal creada, y a tales efectos, precisa que las partes, solo de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular en los de acción privada, así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el numeral 6o. del Artículo 25, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por personas idóneas, nativas de la comunidad, o bajo dirección de abogado colegiado, capaces de facilitar acuerdos y, una vez obtenidos los mismos, se trasladará un acta sucinta al juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales en Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio, suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

Este Artículo fue adicionado por el Artículo 8 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

Y, por último, el Artículo 25 establece en relación al tema: Condición. El criterio de oportunidad no podrá otorgarse más de una vez al mismo imputado por la lesión o amenaza mediante dolo del mismo bien jurídico. El Ministerio Público tomará las previsiones necesarias para dar estricto cumplimiento a esta norma.



Este Artículo fue adicionado por el Artículo 9 del Decreto 79-97 del Congreso de la República, publicado en el Diario de Centro América el 15 de octubre de 1997, entró en vigencia el 23 de octubre de 1997.

De las instrucciones del Ministerio Público dictadas en relación con la persecución penal en Guatemala, se encuentra la instrucción general dictada con el número 001-2005 emanada del Despacho del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, de fecha 7 de marzo 2005 que contempla:

- Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 1 que: “El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común”. Asimismo, el Artículo 251 del mismo cuerpo legal, indica que “(...) le corresponde al fiscal general y jefe del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública”.
- Que el Código Procesal Penal vigente ha incorporado en su normativa el principio de oportunidad, como un eje fundamental en la política de persecución del Ministerio Público sujeto a control judicial, con el objetivo que los órganos fiscales puedan realizar una selección racional en sus mesas de trabajo de los casos penales y decidir estratégicamente las respuestas a los múltiples conflictos penales que ingresan al sistema penal.
- Por las dificultades de aplicación práctica generadas por distintas interpretaciones en el trabajo cotidiano de los fiscales, se hace necesario el desarrollo operativo del principio de oportunidad para una mejor utilización de los distintos supuestos legales existentes en las medidas desjudicializadoras, y aumentar el nivel de utilización que actualmente se reporta.
- El fiscal general y jefe del Ministerio Público, ha definido un plan de política de persecución penal con el objetivo primordial de darle un giro sustancial al actual desempeño de la institución en su tarea de persecución penal, en el cual se ha



establecido la necesidad de girar instrucciones o directrices para la utilización de las medidas simplificadoras del proceso penal común, con el fin de incrementar la utilización de las mismas, y optimizar la utilización de los recursos institucionales para la mejor solución de los conflictos criminalizados.

Mediante la instrucción antes citada, se estableció la utilización de mecanismos simplificadores del proceso penal común de la siguiente forma:

- El objetivo de la instrucción, es dotar a los fiscales distritales, agentes y auxiliares fiscales, de criterios que permitan una mejor utilización de los mecanismos simplificadores del proceso penal en forma cualitativa y cuantitativa. Por ello, se instruye a los agentes fiscales a hacer una selección racional en sus mesas de trabajo de aquellos casos que merezcan una respuesta punitiva tradicional, y aquellos en los que procediendo los requisitos legales, se pueda prescindir de la pena, utilizando estratégicamente el principio de oportunidad.
- La instrucción, contempla que para evitar confusiones en la utilización de la terminología, para efectos del instructivo, cuando se indique, mecanismos simplificadores, medidas desjudicializadoras y salidas alternativas.
- Se entenderá que se refieren al mismo término de simplificación, y que para efecto de utilizar los mecanismos simplificadores del proceso, los fiscales encargados de los casos atenderán al siguiente objetivo político-criminal: criterio de oportunidad.
- El criterio de oportunidad, se utilizará para favorecer la solución de un conflicto criminalizado entre las partes directamente involucradas, mediante la búsqueda de la reparación de los daños causados.
- Se utilizará la suspensión condicional de la persecución penal, cuando se quiera evitar la desocialización que puede producir la privación de libertad de un sindicado, y exista la posibilidad de someterlo a reglas de conducta que puedan



apoyarlo en su reinserción social. No obstante, los fiscales utilizarán estratégicamente la suspensión condicional de la persecución penal, cuando los intentos por la aplicación del criterio de oportunidad hayan fracasado, no obstante proceda, o cuando así establezca expresamente el presente instructivo.

- Se utilizará la Conversión para liberar al Ministerio Público de la obligación de intervenir en aquellos casos en los que no haya intereses públicos afectados, y puedan ser tratados como delitos de acción privada. No obstante, los fiscales, para abstenerse de la persecución penal, se asegurarán que la víctima garantice una efectiva persecución penal.
- El procedimiento abreviado se utilizará para aquellos casos en donde sea conveniente dictar una sentencia condenatoria, aun cuando la pena pueda ser suspendida o conmutada.

Por tanto, se instruye a los fiscales a hacer una selección racional de los casos que merezcan ir a juicio oral y público, y aquellos que, por darse las condiciones establecidas en el Artículo 464 del Código Procesal Penal, se pueda abreviar el procedimiento.

En los casos donde se pueda hacer uso de las medidas descritas, los agentes y auxiliares fiscales deberán observar el siguiente procedimiento:

- Análisis preliminar del caso: el fiscal deberá analizar de acuerdo con la Ley y la presente instrucción, y determinar si cabe la aplicación de alguna salida alternativa o mecanismo simplificador.
- Visualizar las alternativas aplicables al caso: el fiscal visualizará si para un mismo caso son aplicables todas las medidas o solamente una o algunas.



- Determinar el tipo de medida aplicable: como procedimiento general, el fiscal deberá buscar primero la aplicación del criterio de oportunidad, de no ser posible buscará la suspensión condicional de la persecución, en tercer lugar el procedimiento abreviado y, por último, la conversión de la persecución. Las excepciones a esta regla serán las especificadas en la referida instrucción.
- Comunicarse con la víctima y el imputado: una vez determinada la salida más favorable, el fiscal deberá comunicarse con la víctima y explicarle por qué este tipo de medida es más beneficioso para ella que una condena penal. Seguidamente procederá en igual forma con la persona del imputado.
- Audiencia entre las partes: el fiscal promoverá la o las audiencias de conciliación necesarias para lograr un acuerdo entre las partes. Cuando el imputado se encuentre detenido o en prisión preventiva, la promoverá ante el juez respectivo, pudiendo ser en la propia audiencia programada para la primera declaración.
- Los fiscales deberán tomar un rol activo en la solicitud de las salidas alternativas. Este rol activo implica que será el fiscal quien proponga la utilización de una salida alternativa al sindicado, su abogado y la víctima, explicando los beneficios y ventajas frente al procedimiento común, conveniencia, necesidad y requisitos que conllevan.
- En los casos donde se deniegue la aplicación de alguna de las medidas simplificadoras del proceso penal, los fiscales deberán agotar los recursos pertinentes para lograr la aplicación de las mismas.

A diferencia del modelo de justicia criminal angloamericano, el de Guatemala responde a una sistemática basada en la ley y en la búsqueda, fundamentalmente de la satisfacción de los intereses públicos antes que privados, y la disponibilidad de la acción penal solo se hace efectiva cuando los intereses públicos en la aplicación del *ius puniendi* son escasos, o cuando le es más económico y útil al Estado dejar que los



directamente implicados en delitos de escasa relevancia social, resuelvan el conflicto en forma consensuada.

En similar línea de pensamiento, Binder<sup>203</sup> define los criterios de oportunidad como “(...) aquellos casos legales en los que el Estado puede prescindir de la persecución penal, los que normalmente se basan en criterios cuantitativos, referidos a la insignificancia del hecho, o escasa culpabilidad; en criterios cualitativos, en los que se valoran determinados tipos de delitos o condiciones especiales del caso; en criterios de economía, en los que se tienen en cuenta la multiplicidad de hechos imposibles de investigar o cuya investigación no produce modificaciones sobre la pena esperable, o en criterio de mayor interés, que vienen referido a la colaboración o contribución al esclarecimiento del hecho”.

La opinión más aceptada en la doctrina del proceso penal propia del sistema europeo continental, respecto de la aceptación del criterio de oportunidad, radica en que la ley constituye el marco infranqueable en donde se desenvuelve la aplicación de los criterios de oportunidad.

Desde la misma óptica, el uso de los criterios de oportunidad se encuentra incluido en el principio de legalidad, lo que supone la atribución al Ministerio Público, por parte del ordenamiento jurídico, de un margen de disponibilidad de la acción penal, configurada por una pluralidad de soluciones válidas en la medida que se adecuan a la legalidad.

#### **5.4. La discrecionalidad en la aplicación de la oportunidad por el Ministerio Público**

El Ministerio Público se halla sujeto a la ley, tanto si ejercita la acción penal como cuando se abstiene de hacerlo, si la ley le concede un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal en base a pautas o criterios de oportunidad taxativamente y,

---

<sup>203</sup> Binder Berrizza, A. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. Pág. 57



en este sentido, no pude hablarse de mella alguna al carácter legal de la acción penal, menos al principio de legalidad en materia procesal penal.

Contrariamente, quienes manejan un concepto restringido del principio de legalidad, sostienen que, cuando se presume que un hecho delictuoso se ha cometido, resulta necesario promover la acción penal porque así lo establece la ley, por lo que la legalidad es contraria a la oportunidad o discrecionalidad.

La postura doctrinaria tiene mayor aceptación en la doctrina española, donde se sostiene que la oportunidad no arbitraria, sino reglada; es concebida no como una facultad libre del fiscal, sino sujeta a normas preestablecidas cuyo acatamiento puede ser controlado por el órgano jurisdiccional, no supone contradicción alguna con la legalidad.

Al igual de lo que acontece en el derecho hispano, con la introducción de una institución tan novedosa como la oportunidad, la mayoría de ordenamientos procesales basados en la legalidad acogen el uso de la discrecionalidad fijándose diversos límites, los que se plasman, por ejemplo, en una taxativa determinación legal de los supuestos en los que el fiscal se puede abstener de ejercitar la acción penal, en la posibilidad de aplicar esta institución solo para delitos que merecen una pena mínima de dos años, o estableciendo un control jurisdiccional sobre la decisión de no denunciar a la que está facultado el fiscal.

Se defiende así la introducción de criterios de oportunidad, ya sea por entenderlo como parte del principio de Legalidad, en cuanto es la ley misma la que señala las reglas a que debe quedar sometida la actividad discrecional, ya sea por considerar compatibles ambos principios, al pensar superados los obstáculos que para tal incompatibilidad existirían, si se valorar en forma diversa la existencia de la aceleración de la justicia penal en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o los motivos de interés público.



Se trata de una discrecionalidad regulada en la selección de casos, la misma que es confiada enteramente al arbitrio del fiscal. Asimismo, esta discrecionalidad debe estar vinculada con la idea general de proporcionalidad. El ejercicio del poder discrecional debe ser igual en casos iguales. Este ejercicio no es más el reflejo ciego y automático, producido por el quebrantamiento de la ley penal. El Estado ha establecido legalmente los supuestos en los cuales puede renunciar a su pretensión represiva.

Por su parte, Ricardo Levene señala que el principio de indiscrecionalidad, o de legalidad, se opone al de oportunidad. La indiscrecionalidad obliga a ejercitar la acción penal siempre que concurren las condiciones legales y, por tanto, el Ministerio Público no está facultado de abstenerse por motivos de oportunidad o conveniencia.

El fiscal debe perseguir siempre los hechos delictuosos que llegan a su conocimiento, sin poder resistir ni renunciar a los recursos, aunque sí puede aceptar, como consecuencia de la investigación realizada, que la acción carezca de fundamento y, por lo tanto, solicitar sobreseimiento, vale decir, que posee una discrecionalidad técnica para valorar si el hecho es o no delictuoso, o si el acusado es o no culpable.

En conclusión, se aprecia que no existe el principio de oportunidad de la misma manera que en otros países de similar tradición jurídica. No obstante a ello, el legislador español ha considerado la posibilidad de introducir el referido principio como excepción al de legalidad, de cara a la no persecución de delitos de poca importancia (bagatela) y la reforma del proceso penal español va en ese sentido.

A todo lo expuesto, cabe agregar la opinión de algunos autores que consideran ya superada la discusión acerca de si la oportunidad reglada se opone o no a la legalidad. Así, Da Costa Andrade sostiene que -lo esencial es establecer un control para evitar desviaciones y asegurarse de que la legalidad se cumple, esto es, que la decisión del Ministerio Público está dentro de los límites del arbitrio que la propia ley le concede-.



La denuncia es el medio de promoción de la acción. El promover la acción no significa necesariamente investir al juez con acto que exija el castigo del imputado, sino simplemente requerir del juez una decisión positiva o también negativa sobre la imputación, o sea, sobre la pretensión punitiva; la promoción de la acción penal se llevará a cabo luego de discriminar los diferentes hechos delictivos conforme a razones de oportunidad.

La necesidad de promover la acción penal, consecuencia del principio de legalidad, entendido de manera restringida, no es la regla actualmente. Sin embargo, no se puede decir de manera categórica que el principio de legalidad, y el uso de criterios de oportunidad, colisionen de manera frontal.

Podría llegarse a esta conclusión, si es que se interpreta mal el principio de legalidad, tal como se lo comprendía durante la vigencia del modelo procesal inquisitivo o mixto conforme a los cuales, cometido un hecho delictuoso, debía iniciarse la acción penal irremediabilmente.

En el estado actual del desarrollo de la doctrina procesal penal, no se concibe que el proceso esté al servicio de la comunidad antes que del individuo. Por el contrario, es el interés individual frente al colectivo el que ha hecho variar la concepción que del principio de legalidad de la acción penal pública se había manejado.

El uso de criterios de oportunidad con base en los cuales el fiscal se abstendrá de promover la acción penal, supone la exención de la obligación de acusar que antaño se le imponía al órgano encargado de la investigación.

Así, ya no debe iniciarse un proceso penal siempre que se presente un hecho aparentemente delictivo, en vista de que el uso de los criterios de oportunidad parte de reconocer la autonomía de la voluntad del imputado, el interés reparatorio de la víctima, la procura de la celeridad procesal, y la necesidad de economizar el esfuerzo del aparato judicial para dirigirlo a la lucha de la criminalidad más grave.



Naturalmente, el principio de legalidad ha sufrido diferentes configuraciones en el campo legislativo y doctrinal. No se entendía del mismo modo en todos los modelos procesales que se fueron sucediendo, por ello la constante disyuntiva entre la preponderancia del interés del Estado frente al ciudadano, en sus roles de acusador-juzgador, y acusado o acusador e inculpado dentro del proceso penal, se resolvería de manera diferente a como procura hacerse actualmente.

De esta manera, los que abogan por la aceptación de los criterios de oportunidad en el proceso penal sostienen hoy que estos deben ser legislados para lograr autorizaciones que permitan prescindir de la persecución penal en aquellos casos definidos por la ley, casos que solo se pueden definir por características del hecho en sí –utilitarias, en todo caso– sin crear prerrogativas personales, de raza, religión, sociales o económicas.

La asimilación de criterios de oportunidad en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, que permite al Ministerio Público emitir o no la acusación en los casos o presupuestos establecidos legalmente, están en función del programa político criminal subyacente al derecho penal sustantivo, traducen la adopción de una nueva y más rica concepción del principio de legalidad y una solución político criminal de diversión.

La evolución del principio de legalidad deja de ser comandado por una idea de igualdad formal, típica de los Estados liberales, para pasar a ser dirigida por las intenciones político criminales básicas del sistema penal.

En este sentido, Alberto Binder<sup>204</sup> afirma que “(...) los sistemas procesales modernos tienden a abandonar una versión estricta del principio de legalidad procesal, según el cual todas y cada una de las infracciones penales que se cometen en la sociedad deben ser perseguidas y castigadas”.

La vigencia irrestricta de este principio ha causado no solo la sobrecarga endémica de los tribunales penales, sino que produce además un efecto de impunidad selectiva, que funciona de hecho y generalmente en desmedro de los sectores más humildes de la

<sup>204</sup>Binder Alberto. **Op. Cit.** Pág. 39



sociedad, ya que los tribunales solo se preocupan de los hurtos y robos, y acaso algún homicidio.

El contraste entre un principio de legalidad formalista y la oportunidad ha sido reservada para quien el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva y, frente a ello, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos distintos, por una parte desde un enfoque que favorece un flujo político de gobierno sobre la justicia penal, por otra, en el interés de la verificación de la justicia material en contraste a un formalismo legal, y que, hoy en día el principio de legalidad tiene que ceder a un principio de oportunidad en el segundo sentido, es decir, a favor de la justicia material.

Por ello, se estima que la oportunidad reglada no quebranta el principio de legalidad, por el contrario, se trata de una singular manifestación de este último, pues al aplicarse se hace uso de lo que la ley dispone. Se actúa dentro de las parcelas legales. Lo que se presenta realmente es una atenuación del principio de obligatoriedad de la acusación.

Solo habrá mella al principio de legalidad si es que el titular de la acción penal se abstiene de ejercitar ésta sin tomar en cuenta el consentimiento del imputado o aplicando los criterios de oportunidad sin ningún control jurisdiccional.

Sánchez Velarde,<sup>205</sup> sostiene que "(...) la ausencia de control judicial a las decisiones del fiscal es un tema que debe ser resaltado. A diferencia de las legislaciones extranjeras, el legislador peruano no ha previsto algún mecanismo de control por el juez a las resoluciones de archivo dictadas por el Fiscal. Por ejemplo, en Alemania el Fiscal tiene absoluta libertad sobre el uso de los Criterios de Oportunidad tratándose de ilícitos de carácter patrimonial, cuya pena no sea mayor a un año, en los demás casos requerirá siempre la aprobación del tribunal". (sic)

---

<sup>205</sup> Sánchez Velarde. P. **Op. Cit.** Pág. 87



Las asimilaciones de las soluciones de consenso coexisten con el principio de legalidad puesto que guardan armonía con aquél desde el momento en que responden a los objetivos establecidos en la norma fundamental como, por ejemplo: lograr una rápida y eficaz administración de justicia, salvaguardar los derechos fundamentales del imputado y lograr la pronta reparación a la víctima.

A manera de resumen, y dando por zanjada la referida y aparente contradicción entre ambos principios del proceso penal, tanto el principio de legalidad como el de oportunidad presentan factores de peso que no pueden ser ignorados.

En favor del principio de legalidad puede sostenerse que:

- Es igualitario, mientras que la explicación selectiva y oportunista de las normas lleva a debilitarlas, y en consecuencia a debilitar el aspecto estabilizador de la sociedad (preventivo general positivo).
- El principio de oportunidad se aplica en el periodo de instrucción, de modo que los criterios concretos de oportunidad no son conocidos por el público, lo que deja a la oportunidad fuera del ámbito del control del público.

En contra del principio puede sostenerse que:

- El principio de legalidad parte de una concepción idealista de la realidad. La cifra negra de la criminalidad es la demostración de que el derecho penal no se aplica igualitariamente, pues, además de los factores que llevan a que un hecho nunca sea conocido, existen otros procesos fácticos de selección, no controlados, que impiden la actuación de la ley penal.
- Las normas de derecho penal material no operan automáticamente en la práctica: ciertas secuencias del procedimiento dependen especialmente de un criterio de oportunidad no formalizado en reglas procesales pero insustituible; ejemplo de ello es la discrecionalidad de un juez en la determinación del estado de sospecha para



someter a proceso a una persona, o la duda para absolver por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

- El proceso penal no está obligado a la indagación a toda costa de la "verdad material", sino más bien, a la indagación de la verdad por "vías jurídico-formales" que limitan la actuación del derecho penal como las prohibiciones probatorias y la regla de la exclusión.
- Los recursos personales y materiales de las autoridades encargadas de la instrucción siempre resultarán escasos, y el principio de legalidad no podrá evitar que ellas desarrollen su actividad en forma selectiva de conformidad con los criterios no institucionalizados y exentos de control.

Mediante el principio de oportunidad, se tiende a facultar al órgano de persecución penal o a la víctima a que, por su voluntad unilateral, decidan la subsistencia de la acción penal o el abandono de la misma.

Este principio tiene que conectarse necesariamente con la idea de subsidiariedad del derecho penal, es decir, que este es la *última ratio* del ordenamiento jurídico, y que solo es lícito recurrir a él, cuando otras sanciones jurídicas menos incisivas aparezcan insuficientes para mantener la confianza en el derecho y la paz social.

Esta, idea privilegia la solución de conflictos por medios no penales, fomentando procesos compositivos que favorezcan la reconciliación con la víctima y con la sociedad, en especial tomándola en cuenta y fomentando la prevención-integración.

Estas tendencias a formalizar el principio de oportunidad favorecen sin duda la capacidad operativa del sistema penal, en la medida que le permite a los órganos encargados de promover el enjuiciamiento, prescindir de su promoción o continuación en los casos en los que los criterios de oportunidad así lo indican.



En ese sentido, el principio de oportunidad institucionaliza la selectividad que bajo el principio de legalidad se practica de hecho; la institucionaliza pues en rigor de verdad el sistema de persecución penal fundado en el principio procesal de legalidad aplica de hecho el principio de oportunidad.

El principio de oportunidad, solo es compatible con el estado de derecho, si sus criterios están determinados con precisión en la ley; las reglas de oportunidad que estén reguladas sin precisión destruyen en su totalidad al principio de legalidad. Por otro lado, el principio de legalidad sobrecarga la tarea de los encargados de promover la averiguación de los delitos y el principio de oportunidad se manifiesta como alternativa viable.

Al margen de las críticas de que puede ser objeto desde el punto de vista criminológico, como institución procesal y del auge que ha tomado entre los grupos criminales, en aras de preservar su condición de eficaz, la colaboración ha de ser corroborada con otros elementos probatorios importantes y se ha enfrentado el crimen organizado de conjunto con métodos especiales de investigación, como lo son las escuchas telefónicas y otros medios de comunicación, las entregas vigiladas, agentes encubiertos, etc.

Todo ello ha posibilitado el procesamiento de casos de gran impacto, donde no se ha valorado únicamente como elemento probatorio, la colaboración del arrepentido, sino ha sido calzada con otros actos de investigación, ofreciendo así la seguridad jurídica que demanda este instituto.



## CAPÍTULO VI

### 6. Criminalidad organizada y derecho penal premial en Guatemala

#### 6.1. La criminalidad organizada en Guatemala

Un fenómeno que tiene lugar en Guatemala regularmente es el hecho de que, por lo general, toda actuación violenta en el marco de la sociedad, las autoridades de gobierno a través de la opinión pública y de la sociedad civil, la atribuyen al crimen organizado; estigmatización que se mantiene como un velo invisible que justifica que el gobierno de turno realice el menor esfuerzo para combatir, reducir o neutralizar tanto al real crimen organizado como a la criminalidad común, transmitiendo a la sociedad guatemalteca una sensación de inseguridad ciudadana, con el argumento que no se cuenta con los recursos financieros necesarios y menos con la capacidad policial para contrarrestarla, ante la fortaleza que dicha organización presenta en el país, sin que quede otra alternativa u opción que aprender a convivir en esta situación, constituyendo la portación de armas por parte de la población más que un derecho, un imperativo de la situación de violencia que se muestra insostenible.

Los distintos segmentos de las organizaciones criminales tienen en Guatemala, en algunos casos, vínculos entre sí para llevar a cabo determinados actos criminales, vínculos que no necesariamente, se dan entre diversas organizaciones criminales en forma permanente, son vínculos esporádicos y se dan en razón de intereses en común, o a cambio de dinero, por ejemplo, la compra de armas, la compra de vehículos robados, el sicariato, etc.

En Guatemala, como en otros países de Latinoamérica, existe confrontación de organizaciones del crimen organizado por nuevos territorios, o por determinados mercados, lo cual genera el empleo de la violencia para alcanzar dichos propósitos. Así, la situación en Guatemala ha derivado en luchas internas sangrientas por controlar



territorios y mercados entre organizaciones criminales locales con organizaciones criminales internacionales (Zetas y el cartel de Sinaloa).

La especialización en las organizaciones criminales es fundamental para la realización de sus actividades ilícitas, ya que aunque estas organizaciones se dedican a un tipo de delito en especial, pueden mutar si las circunstancias así lo ameritan, ejemplo de ello es que en un tiempo determinado se dedican a los asaltos a instituciones bancarias, o a robos en residencias y en otro momento, pueden estarse dedicando a la extorsión, al secuestro o al tráfico de armas.

Por su alto poder corruptor, las organizaciones criminales tienen la capacidad para infiltrar las instituciones del Estado, con el objetivo de mantener impunes las acciones que realizan, y garantizar los objetivos trazados en función de las ganancias económicas que les producen sus actividades ilícitas.

En el país, existe una fuerte tendencia por parte de las organizaciones criminales a la especialización del delito, por lo que, independientemente de que las organizaciones criminales puedan cambiar a otros delitos, dependiendo de las circunstancias del momento, su especialidad, las hace mucho más efectivas en la realización de su accionar ilegal y, como resultado, generan un lucro considerable.

Para el caso de Guatemala, el tráfico ilegal de armas se identifica como una de las principales especialidades o modos de actuación en el área. Esta actividad ilícita del crimen organizado está relacionada directamente con el crimen transnacional.

Los traficantes de armas tienen definidas áreas y países, especialmente aquellos en subdesarrollo, donde el negocio es verdaderamente lucrativo y se opera en todo el territorio nacional, pero especialmente, en las áreas fronterizas y en los centros de operación de las organizaciones criminales dedicadas a la narcoactividad.



Los actores que se pueden identificar, son los traficantes de armas a nivel internacional y las redes criminales locales, que son las encargadas de la distribución al interno del territorio. Las consecuencias más visibles para la población son, el incremento no solo de muertes por armas de fuego, sino también de otros delitos cometidos con este tipo de armas y el aprovisionamiento de ellas especialmente a las maras.

Otra de las actividades de la criminalidad organizada en Guatemala, que tiene un estrecho vínculo con el tráfico ilegal de armas, resulta ser la narcoactividad, por la cual, se entiende todo el conglomerado de actividades relacionadas con la producción, almacenamiento, tráfico, distribución a mayoristas y minoristas de drogas, incluido el lavado de activos, que hoy se ve como un segmento separado por el problema que ocasiona en las economías locales e internacionales al distorsionarla.

El ámbito de acción de la narcoactividad comprende carteles de producción y tráfico, organizaciones criminales que comercializan la droga a diferentes escalas, tanto locales como internacionales, tienen nexos con actores de lavado de activos, normalmente, empresas legales y con otros actores que ocupan puestos claves en instituciones del Estado; por último, están las organizaciones criminales denominadas “Maras” que se encargan del narcomenudeo en una elevada proporción, con gran presencia de armas de fuego entre sus miembros, en su mayoría procedentes del tráfico ilegal.

El sicariato, es otra actividad ilegal que en Guatemala es utilizada por el crimen organizado, y como parte de este complejo fenómeno delictivo, se auxilian del uso de armas obtenidas ilegalmente para llevar a cabo, a cambio de un pago, la eliminación física de determinada o determinadas personas que pueden constituir, circunstancialmente, un peligro potencial para el éxito de las actividades ilegales de las que se nutre la organización criminal.

Las organizaciones del crimen en Guatemala, generalmente, dentro de sus estructuras, manejan un número indeterminado de sicarios para cumplir sus objetivos bajo las órdenes de sus superiores; también existen los sicarios que no necesariamente



pertenecen a las organizaciones criminales, pero son contratados para trabajos determinados. Su ámbito de acción es todo el territorio nacional y así como forman parte de organizaciones criminales, también forman parte de instituciones de las fuerzas de seguridad pública o mantienen nexos dentro ellas.

Es muy conocido también, el ejercicio del sicariato como rito de iniciación de los aspirantes para pertenecer a una mara; igualmente, los mareros prestan sus servicios como sicarios, para lo cual emplean, en la mayoría de casos, a niños y adolescentes para que no exista responsabilidad penal, o bien, esta no sea sancionada tan severamente, como sería en el caso de la comisión de un delito por parte de un adulto.

De igual manera, a través del secuestro de personas, con el uso de armas de fuego de procedencia, en sentido general de carácter ilegal. El delincuente común y el perteneciente a la criminalidad organizada, se apoderan de recursos generalmente monetarios de otras personas, dentro de esta actividad criminal existen diversas formas de secuestros, siendo la modalidad más utilizada hoy en Guatemala el denominado secuestro *expresso* secuestro rápido, que consiste en la retención de una o más personas a la fuerza durante un lapso de tiempo de tres a cinco horas, tiempo en el que solicitan un rescate a la familia consistente en cantidades de dinero que puedan ser reunidas en pocas horas, de lo contrario se ocasiona la muerte a la o a las personas.

La otra forma que emplean los criminales para ejecutar el secuestro, es mediante el uso oculto de armas de fuego pequeñas, llevar al secuestrado en contra su voluntad, a vaciar sus cuentas bancarias, tarjetas de crédito y débito, lo que resulta ser un negocio muy lucrativo para las organizaciones criminales ya que en un lapso corto de tiempo pueden agenciarse de recursos económicos.

El ámbito de acción de esta forma de criminalidad son las grandes zonas urbanas, en donde pueden pasar totalmente inadvertidos y pueden realizar dos o tres actividades diarias y trasladarse a otras zonas. Con esta forma de actuación delictiva, cuando no se le causa la muerte al secuestrado, por lo menos sufre graves trastornos emocionales,



se afecta la familia y los recursos con los que cuentan, ya que se pierden ahorros de muchos años de trabajo y esfuerzo y, también se pierde la credibilidad en las instituciones, especialmente policíacas, ya que este tipo de actividades criminales se producen a plena luz del día y en la gran mayoría de casos, no son ni siquiera investigadas, lo que genera una desmedida impunidad.

Del mismo modo, los delincuentes en Guatemala, mediante el empleo de armas, las que, como se ha expuesto reiteradamente, proceden de un comercio ilegal; ejecutan también robos de vehículos, negocio que reporta igualmente ganancias de gran magnitud a las organizaciones del criminales, por ser como el resto de las acciones ya mencionadas actividades que no implican grandes inversiones en el orden material, pues el instrumento con que se ejecuta la acción ilegal, generalmente se contrae al uso de un arma de fuego, de fácil adquisición en el mercado negro.

El robo de vehículos a mano armada, conforma lo que es básicamente una especialización dentro de la estructura de las organizaciones criminales y es a su vez, una empresa debidamente estructurada en lo local y con nexos con redes en lo transnacional, que les permiten ganar millonarias sumas de dinero, ya que los vehículos robados a la fecha, son básicamente a pedido.

Este tipo de organizaciones especializadas también cuenta con talleres mecánicos, lugar en donde se dedican a desmantelar los vehículos para venderlos como repuestos; el robo de vehículos es utilizado también para agenciarse de un medio de transporte que va a ser utilizado para cometer otros hechos delictivos.

En su ámbito de acción participan organizaciones criminales locales e internacionales debidamente vinculadas, comunicadas y que trabajan de manera permanente, y como consecuencia, se afecta el patrimonio de las personas, ya que en la mayoría de casos, aunque los vehículos estén asegurados, las pólizas de seguro han sufrido incrementos debido a este tipo de actividades criminales y las compañías aseguradoras han sufrido



grandes pérdidas ante el aumento de esta actividad criminal por los desembolsos que están obligados a hacer a sus asegurados.

Todas estas actividades de carácter ilegal, como consecuencia, producen un incremento en el número de muertes por arma de fuego en el país, desvalorizan al ser humano al comerciar con su vida y deshumaniza a la sociedad. De igual manera, se crea en la población una sensación de inseguridad ciudadana, que descalifica a las instituciones del Estado encargadas del enfrentamiento a estas actividades, mostrándose a diario en el seno social como algo propio de lo cotidiano, llegando a formar parte de una cultura de violencia propia de la sociedad guatemalteca.

## **6.2. Regulación normativa de la colaboración eficaz en Guatemala**

### **6.2.1. En el Código Penal**

De un profundo análisis de la legislación guatemalteca, respecto a la figura del colaborador eficaz, se advierte la evolución que esta institución premial ha sufrido en el devenir histórico. Así, en el Código Penal vigente y sancionado por medio del Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en su Título IV, *De las circunstancias que modifican la responsabilidad penal*, específicamente, en el Artículo 26, numeral cuarto, y conforme a los criterios dogmáticos mayormente aceptados en ese momento, establece taxativamente el “arrepentimiento eficaz”, como una circunstancia atenuante: “siempre que el delincuente hubiese procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”.

La regulación contenida en el mencionado Artículo 26 del Código Penal de Guatemala, corresponde con el arrepentimiento clásico o sustantivo, sin embargo, de la clara letra del Artículo 65 del propio cuerpo legal, en el que se precisa sobre la fijación de la pena, no se prevé un término de reducción de la misma que permita imponer la sanción por debajo del marco penal mínimo previsto para el delito en cuestión, sino, que solo constituye un elemento a tener en cuenta por el juzgador, al momento de ponderar la medida de la sanción a imponer.



Se encuentra además, que la imposibilidad de reducción de pena que legaliza el referido Artículo 65 del Código Penal, no puede ser estimada como una verdadera circunstancia que modifica la responsabilidad penal y, por ello, resulta cuestionable que se pueda incluir como una verdadera fórmula premial, lo que puede justificarse de algún modo en que el Código Penal vigente, como se ha expresado, data del año 1973, sin que hasta la fecha haya sufrido modificación alguna y su sistemática se pueda catalogar como vetusta y alejada de los criterios dogmáticos de mayor aceptación en el sistema de derecho penal latinoamericano.

### **6.2.2. En la Ley contra la Narcoactividad**

Dada la fuerte implicación de Guatemala respecto al narcotráfico, como actividad de la criminalidad organizada nacional, internacional y transnacional, y por su cooperación demostrada a nivel internacional por luchar contra este flagelo universal, y habiendo ratificado diversos tratados internacionales que la comprometen a luchar contra el mismo y toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes psicotrópicos y drogas, en el año 1992, el Congreso de la República sancionó el Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, en que en su condición de Ley Especial, prevé en su Artículo 22, como atenuantes especiales, el colaborar de manera eficaz en el esclarecimiento de hechos relacionados con el narcotráfico, a tenor de lo cual, podrá rebajarse la pena hasta un cuarto del mínimo señalado en esta ley, en los casos siguientes:

- a) Cuando los autores, cómplices o encubridores de los delitos contemplados en esta ley, de manera espontánea ante juez competente, proporcionaran, más allá de su participación, información que contribuya al establecimiento de los delitos tipificados en esta ley o a la captura de sus autores, o cuando el autor pusiera en conocimiento de la autoridad lo que supiera sobre los planes de comisión de los delitos ya mencionados, haciéndolo con tiempo suficiente para impedir su ejecución.



- b) Cuando durante las diligencias o dentro del proceso, hasta antes de la sentencia, el procesado diere información relevante que haga posible la incautación o decomiso de drogas o de bienes de delitos relacionados con los delitos tipificados en esta ley.

La aplicación del beneficio contemplado en este Artículo, no podrá exceder de la cuarta parte del mínimo de la condena impuesta.

### **6.2.3. En el Código Procesal Penal**

Contrario a la inamovilidad del Código Penal, Guatemala incorporó a la vanguardia en el proceso de reformas que tuvieron lugar a partir de la última década del pasado siglo en Latinoamérica, y con la aprobación del Decreto 52- 1992, sancionó un nuevo Código Procesal Penal de una clara orientación acusatoria, sosteniendo entre sus principales avances, el reconocimiento del principio de oportunidad como complemento del de legalidad.

Así, en el Código Procesal Penal vigente, en el Artículo 25 establece claramente que el Ministerio Público, cuando considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal y aplicar el criterio de oportunidad. Y en el inciso sexto del propio Artículo precisa que “el criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro. Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva



investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente.”

Que, de la clara lectura del Artículo antes citado, se advierte la presencia en el ordenamiento penal guatemalteco de la colaboración eficaz, desde una perspectiva procesal, como expresión de derecho penal premial, al eximir de persecución penal a las personas que en concepto de cómplices tengan una demostrada participación en los delitos antes descritos, con la condicionante que su dicho determine la responsabilidad en los hechos en cuestión de sus principales autores.

#### **6.2.4. En la Ley contra la Delincuencia Organizada**

En la Ley contra la Delincuencia Organizada, específicamente en el título quinto, capítulo primero, se hace alusión a la colaboración en la persecución penal de la criminalidad organizada y en su Artículo 90, reconoce la institución del derecho penal premial y lo define: “como la persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente Ley”.

En el Artículo 91 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada se precisa que ha de entenderse taxativamente como colaboración eficaz, al estimarla la información que proporcione el colaborador que permita cualquiera de los resultados siguientes:

- a) Evitar la continuidad y consumación de delitos o disminuir su magnitud.
- b) Conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.



- c) Identificar a los autores o partícipes de un delito cometido o por cometerse; o a los jefes, cabecillas o directores de la organización criminal.
- d) Identificar a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento, que permita desarticularla, menguarla o detener a uno o varios de sus miembros.
- e) Averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito, así como indicar las fuentes de financiamiento y apoyo de las organizaciones criminales.
- f) La entrega de los instrumentos, efectos, ganancias o bienes producto de la actividad ilícita a las autoridades competentes.

El Artículo 92 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, determina los beneficios a los que se pueden acceder por el acto de colaborar de forma eficaz, con las excepciones de que se trate de los delitos a los que se refiere el Artículo 25 de la presente ley, (hace referencia a los delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos) y de que el colaborador sea jefe, cabecilla o dirigente de organizaciones criminales, a los que les está vedado otorgar los beneficios.

Entre los beneficios por colaboración eficaz, se precisan:

- Aplicar el criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal regulados en el Código Procesal Penal, a quienes de conformidad con el Código Penal son autores, así como al autor del delito de encubrimiento.
- No ejercer la persecución penal o el sobreseimiento del ya iniciado a los que de conformidad con el Código Penal son cómplices.



- Conceder la rebaja de la pena en dos terceras partes a quien se encuentre cumpliendo condena, o la extinción de la misma cuando la rebaja en dos terceras partes haga efectiva el cumplimiento de la pena.

Para los cómplices de los delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos, la mencionada normativa legal, da la posibilidad, conforme a lo estipulado en el Artículo 93, de otorgar los beneficios de no ejercicio de la persecución penal en su contra o el sobreseimiento del ya iniciado, y conceder la rebaja de la pena en dos terceras partes al que se encuentre cumpliendo condena, o la extinción de la misma cuando la rebaja en dos terceras partes haga efectiva el cumplimiento de la pena.

Entre los parámetros para otorgar beneficios la ley obliga, conforme a la clara letra de su Artículo 94, a tener en consideración el grado de eficacia o importancia de la colaboración, en concordancia con la entidad y el grado de responsabilidad en el delito; y como requisito complementario, el colaborador debe entregar todos los bienes, ganancias y productos que hubiese obtenido como consecuencia de su actividad ilícita en la organización criminal.

La concesión de beneficio viene taxativamente condicionada en el Artículo 95, a que el colaborador no cometa delito doloso, por un tiempo no menor del doble de la pena máxima que establece la ley, por el delito que se le sindicó o hubiera cometido, por habersele otorgado tal beneficio, al que si reincidiera se le revocará el beneficio otorgado.

En cuanto a la forma de concretar el beneficio, de conformidad con la letra del Artículo 96, los fiscales podrán solicitar al juez competente la celebración de acuerdos para otorgar los beneficios descritos anteriormente, con las personas investigadas, procesadas o condenadas, observando las reglas establecidas en los comentados Artículos 91 y 92 de la presente Ley. Con esta finalidad, los fiscales durante la



investigación o en cualquier etapa del proceso, podrán celebrar reuniones con sus colaboradores, cuando no exista algún impedimento u orden de detención contra ellos.

Como consecuencia de las entrevistas que lleve a cabo, el fiscal dispondrá los actos de investigación necesarios para corroborar la información proporcionada, pudiendo ordenar a la Policía Nacional Civil que realice las pesquisas previas y rinda un informe al fiscal que la ordenó, para lo cual, mientras se corrobore la información que ha sido proporcionada, el fiscal deberá tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad personal del colaborador.

Culminados los actos de investigación que corroboren la información proporcionada, el fiscal, en caso que considere procedente, solicita al juez competente, la concesión del beneficio que estime oportuno dentro de los previstos en la referida Ley el cual deberá contener lo siguiente:

- El beneficio otorgado.
- La información proporcionada por el colaborador y las averiguaciones o pesquisas que hayan corroborado dicha información.
- En caso de ser necesario, las medidas personales para garantizar la seguridad del colaborador.
- El compromiso de la persona de seguir colaborando durante el desarrollo del proceso penal, en el entendido que ello no implica una disminución a su derecho de no declarar contra sí mismo.
- Las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada.

Si no corroborarse la información proporcionada, el fiscal negará el beneficio y el acuerdo con la persona interesada, sin perjuicio de continuar con la investigación respectiva.



Si de la información suministrada por el colaborador eficaz se establecen indicios razonables de participación delictiva de las personas señaladas por el colaborador, el fiscal deberá iniciar la persecución penal en contra de las mismas.

El acuerdo que contenga el beneficio, deberá ser aprobado por el juez contralor respectivo. Al resolver el acuerdo presentado, el juez podrá hacer las modificaciones pertinentes para adecuar el beneficio a las obligaciones a imponer, de acuerdo con la naturaleza y modalidad del hecho punible, y en caso que la resolución fuere denegada, el fiscal podrá apelarla conforme el procedimiento que establece el Código Procesal Penal.

Cuando se concedan los beneficios previstos que autoriza la Ley objeto de estudio, se tienen que imponer al beneficiado una o varias de las siguientes obligaciones:

- Presentarse periódicamente ante las autoridades competentes.
- Reparar los daños ocasionados por los ilícitos cometidos de acuerdo con su capacidad económica.
- No acudir a determinados lugares o visitar determinadas personas.
- Prohibición de portar armas de fuego, salvo que el fiscal lo considere necesario por su propia seguridad.
- En caso de ser necesario, adoptar alguna identidad distinta que permita una mejor colaboración.
- Devolver los bienes producto de la actividad ilícita.
- No salir de determinada circunscripción territorial sin previa autorización judicial.



Como resulta fácil suponer, aquella persona que en cualquier estado del proceso penal decida colaborar de manera limpia y eficaz con la justicia, a fin de que se pueda iniciar una persecución penal, también exitosa contra quienes conforman el seno y la élite de organización criminal, a partir de entonces ha colocado en un verdadero riesgo su integridad física y en no pocas ocasiones la de sus seres allegados, razón por la cual el capítulo segundo, del título que en la Ley contra la Delincuencia Organizada, reconoce la colaboración eficaz, regula también, las medidas de protección a las que pueden optar estas personas.

Las medidas de protección se pueden establecer según el grado de riesgo o peligro existente, para garantizar la seguridad y preservar la identidad del protegido y la de sus familiares, su residencia, profesión, lugar de trabajo; entre ellas el fiscal, puede adoptar las siguientes:

- Proveer de protección policial la residencia del colaborador o su perímetro, así como la de sus familiares que puedan verse en riesgo o peligro, esta medida puede abarcar el cambio de residencia y ocultación de su paradero.
- Preservar su lugar de residencia y la de sus familiares.
- Previo a la primera declaración del imputado, preservar u ocultar la identidad del beneficiario y demás datos personales.
- Después de la sentencia y siempre que exista riesgo o peligro para la vida, integridad física o libertad del beneficiario o la de sus familiares, se podrá facilitar su salida del país con una condición migratoria que les permita ocuparse laboralmente.

Al tratarse el derecho penal premial, de la concesión de beneficios a quien aporta datos necesarios para la persecución penal de otros en beneficio de la sociedad, ante su efectiva contribución con la justicia en sí, en el capítulo tercero de la Ley contra la Delincuencia Organizada, se prevé el cómputo que debe realizarse de las penas, de conformidad con la etapa del proceso en que se halle quien decidió colaborar.



En este sentido el Artículo 105, precisa que a los beneficiados por colaboración eficaz que hayan sido condenados o se encuentren cumpliendo pena de prisión, se les deberá conceder la rebaja de la pena en dos terceras partes a quien se encuentre cumpliendo condena, o la extinción de la misma cuando la rebaja en dos terceras partes haga efectiva el cumplimiento de la pena.

Sin embargo, se debe admitir que la colaboración eficaz como expresión del derecho penal premial, reconocido en la Ley contra la Delincuencia Organizada, desde su promulgación en el año 2006, no dio los frutos esperados, dado a lo cual la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala –CICIG-, promovió una reforma sobre colaboración eficaz en el Proceso Penal, a través de los Decretos No. 17-2009 y No. 23-2009, reformas que pretendieron dotar de la efectividad necesaria a dicho instituto, y privilegiar la investigación penal contra la delincuencia organizada.

El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República, aprobado en un solo debate, y entró en vigencia a los ocho días de su publicación en el Diario Oficial. Firmado en el Palacio nacional el día siete de mayo del año dos mil nueve.

Las reformas que introdujo el Decreto 17-2009, conocida como Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, obedecieron a la necesidad lograr una armonía y sistemática entre un conjunto de leyes que se fueron creando, modificando y ajustando a las condiciones concretas del país, dado el incremento indetenible de la delincuencia organizada.

Entre las leyes a que se hace referencia precedentemente se destacan la Ley de Armas y Municiones, la propia Ley contra la Delincuencia Organizada, el Código Procesal Penal y el Código Penal; especialmente en aquellos temas que permitirán que fiscales y jueces puedan realizar una mejor labor de investigación, y de condena en su caso, para abatir el alto grado de impunidad que la población reclama, todo lo cual constituirá un



mayor fortalecimiento de la persecución penal, con el propósito determinado, según el legislador, de alcanzar gradualmente la paz social, lo que hoy se muestra quimérico.

Se modificó también el Artículo 93 de referida la ley, en el sentido de que salvo los delitos a los que se refiere el Artículo 25 de la presente ley, los beneficios señalados en las literales a) y b) del Artículo anterior, se tramitarán ante el juez o tribunal que está conociendo la causa en la cual el interesado tiene la calidad de sospechoso, imputado o acusado y los beneficios señalados en el literal c) del Artículo anterior serán tramitados ante el juez de ejecución.

Para la aplicación de criterio de oportunidad, se dispuso seguir el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal, para los cómplices o autores del delito de encubrimiento y para los efectos de aplicar los beneficios del Artículo anterior, no se tomarán en cuenta las limitaciones que establecen las leyes en razón de la calidad de funcionario público del interesado o en razón de la duración máxima de las penas y el colaborador eficaz deberá entregar todos aquellos bienes, ganancias y productos que hubiere obtenido como consecuencia de su actividad ilícita en la organización criminal.

#### **6.2.5. En la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal**

El siete de mayo del año dos mil nueve, a través del Decreto 17 de 2009, "Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal", dado el incremento de la delincuencia que padecía el país, se hizo urgente reformar la Ley contra la Delincuencia Organizada, el Código Procesal Penal y el Código Penal, para lograr mayor eficiencia en la administración de justicia respecto a aquellos que, acogiéndose al beneficio obtenido a través de su colaboración en la investigación, deben ser escuchados.

Así, se reformó el Artículo 94 de la Ley contra la Delincuencia Organizada y fija nuevos parámetros para otorgar los beneficios descritos en el Artículo 92, los que de su clara lectura se otorgarán en consideración a los cuatro elementos siguientes considerados conjuntamente:



- El grado de eficacia o importancia de la colaboración en el esclarecimiento de los delitos investigados y en la sanción de los principales responsables.
- La gravedad de los delitos que han sido objeto de la colaboración eficaz.
- El grado de responsabilidad en la organización criminal del colaborador eficaz, sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del Artículo 92.
- La gravedad del delito y el grado de responsabilidad que en él se le atribuye al colaborador eficaz.

El Artículo 101, referido a la resolución judicial que dispusiera sobre el acuerdo de colaboración, especifica que el acuerdo que contenga el beneficio y los demás requisitos establecidos en el Artículo 98, deberá ser aprobado por el juez competente, el que al resolver el acuerdo presentado, podrá hacer las modificaciones pertinentes para adecuar el beneficio a las obligaciones a imponer, de acuerdo con la naturaleza y modalidad del hecho punible y en caso que la resolución fuere denegada, podrá ser apelada por el fiscal conforme el procedimiento que establece el Código Procesal Penal.

Respecto de las medidas de protección, se modificó el Artículo 104, disponiendo que el fiscal podrá establecer según el grado de riesgo o peligro existente, las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad y preservar la identidad del protegido y la de sus familiares, su domicilio, profesión, lugar de trabajo, pudiendo adoptar las siguientes:

- Protección policial en su residencia o su perímetro, así como la de sus familiares que puedan verse en riesgo o peligro; esta medida puede abarcar el cambio de residencia y ocultación de su paradero.
- Preservar su lugar de residencia y la de sus familiares.



- Previo a la primera declaración del imputado, preservar u ocultar la identidad del beneficiario y demás datos personales.
- Después de su declaración otorgada ante juez competente y siempre que exista riesgo o peligro para la vida, integridad o libertad del beneficiario o la de sus familiares, se podrá otorgar el cambio de identidad y facilitar su salida del país, con un estatus migratorio que les permita ocuparse laboralmente, para lo cual el fiscal dictará las medidas y acciones necesarias.

Y adiciona en el Artículo 104, que la oficina de protección, con la asesoría del fiscal encargado del caso, será la encargada de tramitar las medidas y acciones de protección necesarias dictadas por el fiscal general de la República.

Entre las adiciones que hace esta nueva Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, prevé el cambio de identidad, como una medida de protección de carácter excepcional y solo será aplicable cuando las otras medidas no sean suficientes o efectivas para garantizar la seguridad del beneficiario, el que se podrá extender a los familiares del beneficiario, para lo cual conforme la adición del Artículo 104 *quater* se requiere:

- Que sea en forma voluntaria y con pleno conocimiento del beneficiario.
- Que sea solicitada por el agente fiscal encargado del caso o por el propio beneficiario.
- Que el grado o nivel de riesgo sea el máximo, según lo estipulado en las normas respectivas.
- Que la información proporcionada sea de relevancia para el esclarecimiento del hecho o para procesar a los responsables.



Se adiciona también el Artículo 104 *Quinquies*, el que prevé que el cambio de identidad se tramitará inmediatamente después de que la persona haya proporcionado su declaración ante autoridad judicial competente, y en caso la declaración se realice en la etapa preparatoria o intermedia, se hará en calidad de prueba anticipada y en caso se realice en el juicio oral, deberá efectuarse durante el desarrollo del debate.

Se prevé además que el cambio de identidad es de carácter permanente, debiendo el beneficiario y sus familiares utilizar la nueva identidad de forma permanente, y si ha desaparecido el riesgo que motivó la medida, el beneficiario y sus familiares podrán solicitar se les tramite su antigua identidad, novedad que se adiciona en el Artículo 104 *Sexties*.

En caso se requiera una nueva declaración del beneficiario, con posterioridad a habersele otorgado el cambio de identidad, la declaración se efectuará con su identidad original, debiendo las autoridades establecer los mecanismos adecuados para brindar seguridad a la persona, incluyendo la posibilidad de realización de videoconferencias o evitando el contacto visual con la persona; para el efecto, el encargado de la oficina de protección deberá tener el registro correspondiente de la identidad original, lo que prevé el Artículo 104 *Septies*.

Los funcionarios o empleados públicos que, por razón del cargo, conozcan la información respecto al cambio de identidad de la persona, así como a la identidad original, deberán resguardar bajo garantía de confidencia la información. El funcionario o empleado público que revele dicha información será responsable penal y administrativamente. (Artículo 104 *Octies*).

En el Artículo 104 *Nonies*, se alude al trámite del cambio de identidad en caso de que el director de la oficina de protección emita dictamen favorable de cambio de identidad, el que deberá:



- Informar al fiscal encargado del caso de la opinión emitida. El fiscal no deberá saber la información de la nueva identidad.
- Llevar un registro detallado de la identidad original y de la nueva identidad del beneficiario, y en caso necesario de su familia.
- Determinar los aspectos específicos de la nueva identidad.
- Establecer las comunicaciones con las autoridades competentes de registros públicos para informarles del cambio de identidad. En dichas comunicaciones, la oficina de protección advertirá a los empleados o funcionarios correspondientes, de la obligación de confidencialidad respecto de la información de cambio de identidad y de la responsabilidad penal y administrativa por el incumplimiento de dicha obligación.
- Entre los documentos que deberán emitirse con la nueva identidad del beneficiado, se encuentran los siguientes: partida de nacimiento; documento personal de identificación; licencia de conducir; pasaporte; carné de seguro social; número de identificación tributaria (N.I.T.).
- Establecer comunicación con las autoridades extranjeras competentes para la reubicación del beneficiario y, en caso sea necesario, de su familia, proporcionando la información necesaria para el efecto.
- Cubrir los gastos de traslado y acompañar en el traslado a la persona beneficiada.

Por otra parte, el Congreso de la República, a través del Decreto 23 de 2009, estableció con fecha dos de septiembre del año dos mil nueve, una nueva reforma a la Ley Contra la Delincuencia Organizada, como herramienta procesal para sobre la base de la experiencia en su aplicación favorecer esta compleja investigación penal.



Con este, se reforma el Artículo 14 del Decreto Número 21-2006, Ley contra Delincuencia Organizada, refiriendo que se podrán otorgar los siguientes beneficios por colaboración eficaz:

- El criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal.
- Durante el debate oral y público y, hasta antes de dictar sentencia, el sobreseimiento para los cómplices, o la rebaja de la pena hasta en dos terceras partes al momento de dictarse sentencia, para los autores.
- La libertad condicional o la libertad controlada a quien se encuentre cumpliendo condena.

Se adicionan en el Artículo 92 Bis al Decreto Número 21-2006, las restricciones a la aplicación de beneficios por colaboración eficaz, y en este sentido establece que no se podrán otorgar los beneficios descritos en el Artículo anterior en los casos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y delitos contra los deberes de humanidad.

Tampoco se podrán otorgar los beneficios de criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal o sobreseimiento, a los jefes, cabecillas o dirigentes de organizaciones criminales.

Se adicionan, además, los beneficios de aplicación restringida por colaboración eficaz, como sigue: la rebaja de la pena hasta en dos terceras partes al momento de dictarse sentencia; o, la libertad condicional o la libertad controlada a quien se encuentre cumpliendo condena.

Para los efectos de aplicar los beneficios por colaboración eficaz, no se tomarán en cuenta las limitaciones que establecen las leyes en razón de la calidad de funcionario público del interesado, o en razón de la duración máxima de las penas. El colaborador



eficaz deberá entregar todos aquellos bienes, ganancias y productos que hubiere obtenido como consecuencia de su actividad ilícita en la organización criminal.

Se adiciona el Artículo 93 Bis, la tramitación por el procedimiento abreviado, en el sentido de que, conjuntamente con la aplicación del beneficio del Artículo 92 *Ter* literal a), durante la etapa preparatoria y hasta la finalización del procedimiento intermedio, el Ministerio Público podrá requerir al juez que está conociendo la causa en la cual el interesado tiene la calidad de sospechoso o imputado, que se aplique el procedimiento abreviado, de conformidad con las siguientes reglas:

- El Ministerio Público concretará su requerimiento ante el juez de primera instancia, debiendo contar con el acuerdo del imputado y su defensor, el que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y a la aceptación de la vía propuesta.
- El juez oír al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite. Podrá absolver o condenar, pero la condena nunca podrá superar la pena requerida por el Ministerio Público. Se aplicarán, en lo pertinente, las reglas de la sentencia.
- La sentencia se basará en el hecho descrito en la acusación admitida por el imputado, sin perjuicio de incorporar otros favorables a él, cuya prueba tenga su fuente en el procedimiento preparatorio, y se podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación.
- Contra la sentencia será admisible el recurso de apelación.
- La acción civil no será discutida, y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente de orden civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de apelación, con las limitaciones establecidas, y solo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior.



- La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.
- El procedimiento abreviado descrito en el presente Artículo es independiente del acuerdo de colaboración eficaz. Por ende, las resoluciones que se emitan en el mismo, no afectarán la validez del acuerdo de colaboración eficaz ni las obligaciones derivadas de este.

En el Artículo 94, se modifican los parámetros para otorgar beneficios de colaboración eficaz descritos en el Artículo 92 y 92 TER, los que se otorgarán en consideración a los cuatro elementos siguientes, considerados conjuntamente:

- El grado de eficacia o importancia de la colaboración en el esclarecimiento de los delitos investigados y en la sanción de los principales responsables.
- La gravedad de los delitos que han sido objeto de la colaboración eficaz.
- El grado de responsabilidad en la organización criminal del colaborador eficaz.
- La gravedad del delito y el grado de responsabilidad que en él se le atribuye al colaborador eficaz.

En el Artículo 96, en cuanto a la celebración de acuerdo con los beneficiados se precisa que los fiscales podrán solicitar al juez competente la celebración de acuerdos para otorgar los beneficios descritos anteriormente, con las personas investigadas, procesadas o condenadas, observando las reglas establecidas en la presente ley. Con esta finalidad, los fiscales, durante la investigación o en cualquier etapa del proceso, podrán celebrar reuniones con los colaboradores, cuando no exista algún impedimento u orden de detención contra ellos.



El acuerdo que contenga el beneficio y los demás requisitos establecidos en el Artículo 98 de la presente ley, deberá ser aprobado por el juez competente. Al resolver el acuerdo presentado, el juez podrá hacer las modificaciones pertinentes para adecuar el beneficio a las obligaciones a imponer, de acuerdo a la naturaleza y modalidad del hecho punible.

La negativa del juez a acceder al acuerdo de colaboración deberá ser fundada, expresándose claramente en ella los requisitos legales incumplidos por parte del Ministerio Público, una vez subsanados los defectos señalados, el Ministerio Público podrá, sin más trámite, solicitar nuevamente la aprobación del acuerdo de colaboración. (Artículo 101).

Los beneficios establecidos en la presente Ley, se revocarán exclusivamente a solicitud del Ministerio Público, conforme al Artículo 102, en los siguientes casos:

- Por haber cometido delito doloso en el transcurso de un periodo inferior al doble del tiempo de la pena máxima privativa de libertad, que establece la ley que le hubiere correspondido de no haberse aplicado el beneficio.
- Por haber sido declarada falsa por sentencia ejecutoriada, la información entregada por el colaborador eficaz.
- Por el incumplimiento de cualquiera de los compromisos y obligaciones del acta donde conste el acuerdo de colaboración por parte del beneficiario.

Todas las modificaciones que han tenido lugar en la mencionada Ley contra la Delincuencia Organizada, explica, por un lado, la complejidad que implica la lucha contra este flagelo, y por otro, la relación del crimen organizado con delitos de alto impacto, constituyendo la colaboración eficaz una institución de gran importancia para el esclarecimiento y sanción de hechos delictivos que han repercutido de manera considerable en la sociedad actual, que generan inseguridad en la población.



## CONCLUSIONES

1. Dada la insostenible presencia del crimen organizado transnacional en el mundo, y su actuación vinculada a delitos de alto impacto, como el tráfico de drogas, de armas, de personas, entre otros, y la clara concientización por parte de los Estados respecto a su necesaria lucha, se reconoce en la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional del año 2000, la figura jurídica de “colaboración eficaz” como un método especial de investigación, que a su vez, ha sido reconocida e incorporada a las legislaciones internas de diversos países, incluyendo el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.
2. La colaboración eficaz es una institución del derecho penal clásico, que se denomina derecho premial, según el Artículo 90 del Decreto Número 21-2006 y corresponde con la aplicación de premios en el proceso penal, vinculados a una reducción, remisión y exoneración de la pena, por el arrepentimiento eficaz, una vez que se comete el acto delictivo, conocido doctrinalmente como “arrepentimiento post delito”, o durante la investigación, conocido como “arrepentimiento procesal”.
3. Dada la sistemática imperante en el estudio realizado de derecho comparado, el arrepentimiento eficaz y la colaboración con la justicia, se reconocen en la parte general de los Códigos Penales de varios países, como circunstancias atenuantes de la responsabilidad genérica, tradicionales propias de un derecho penal premial que no es nuevo, y con el auge de la criminalidad organizada, se han incorporado como circunstancias del tipo, en delitos de especial peligrosidad como el tráfico de drogas y terrorismo, y para ello, se prevé una considerable reducción de la pena, y se plantean requisitos previos de admisión de la referida colaboración.
4. Entre los requisitos que la doctrina, la jurisprudencia estudiada y la propia normativa penal exige, se encuentran: que el arrepentido revista la calidad de imputado de un delito asociativo; debe brindar información, la cual, debe ser significativa; esa información tiene una finalidad de identificación personal, de secuestro o



incautación de cosas relacionadas con dicho delito, y el colaborador se beneficiado en el momento de ser castigado.

5. De la clara lectura de los tipos penales que persiguen y pueden sancionarse conforme la Ley contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, se advierte que se trata de delitos de lesión o daño, sin que se prevea en su normativa, la persecución de delitos de peligro, los cuales protegen también bienes jurídicos relevantes para la sociedad, lo que corrobora que el beneficio de la colaboración eficaz puede otorgarse únicamente a delitos que lesionan directamente bienes jurídicos de trascendencia social, vinculados a la criminalidad organizada no convencional.
6. Que el testimonio del coimputado que colabora con la justicia, como expresión concreta que favorece el premio, de conformidad con el derecho probatorio debe ser estimado únicamente como un indicio, que requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, que no puede desconocer principios del proceso penal, reconocidos desde la Revolución Francesa, que se han incorporado a su vez, a los textos constitucionales, como la presunción de inocencia, y la no autoincriminación.
7. Ofrecer la posibilidad de premiar a quien ha sido inculcado en el proceso penal por denunciar a otras personas implicadas en hechos delictivos, lacera el estado jurídico de presunción de inocencia que goza el premiado, pues condiciona su declaración a un futuro beneficio y con ello, lo obliga a reconocer íntegramente su participación y la de otras personas, llegando a autoinculparse o autoincriminarse, no respetándosele el derecho de guardar silencio o de faltar a la verdad, como lógica expresión del derecho de defensa.
8. La incorporación de las figuras premiales en los Códigos Penales actuales, estudiados conforme al derecho comparado, obedece a criterios de utilidad práctica y de política criminal en la necesaria lucha contra el crimen organizado transnacional y tienen como fin último, la desintegración de la organización delictiva,



como vía efectiva para lograr mantener la actividad criminal organizada bajo control óptimo.

9. Si bien, la teoría de Günther Jakobs del derecho penal del enemigo, atenta contra derechos fundamentales reconocidos en Tratados o Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y en las propias Constituciones Políticas, para todos los ciudadanos sin distinción alguna, al estimar como “enemigos” a aquellos individuos que permanentemente se alejen de las normas de convivencia social generalmente aceptadas, y cometan delitos de alto impacto de forma permanente; en tanto, deben ser excluidos del entramado social, también, beneficiar considerablemente en cuanto a términos de imposición y cumplimiento de la pena, a aquellas personas que colaboren con la persecución penal y con la administración de justicia, en su combate contra la criminalidad organizada a cambio de tal recompensa, amén, de su claro sentido pragmático; resulta arbitrario a las exigencias legales y constitucionales propias de un Estado democrático de Derecho, pues como se ha manifestado, de “enemigos” se convierten en “amigables” y “colaboradores”, atendiendo a criterios políticos criminales, ajenos al derecho penal garantista.
10. El Código Penal vigente en Guatemala, no regula la institución del arrepentimiento eficaz en correspondencia con las exigencias del derecho penal premial, toda vez que, no obstante que lo codifica como una circunstancia genérica de atenuación de la responsabilidad penal, no prevé una rebaja de la pena fuera de los marcos penales abstractos de los delitos en cuestión, ni lo contempla como una circunstancia de atenuación específica para algún delito en particular.
11. La regulación de colaborador eficaz en Guatemala en su lucha contra la delincuencia organizada, responde también y fundamentalmente, a criterios político criminales y un pragmatismo necesarios. Su regulación atiende, en lo fundamental, a la aplicación del principio de oportunidad reglado, que reconoce el Código Procesal Penal y la Ley contra la Delincuencia Organizada, con la particularidad



que el beneficio extiende su reconocimiento hasta la etapa de ejecución de la pena de manera que la colaboración puede realizarse antes, durante y después del hecho, incluso, después de haber sido sancionado.

12. En Guatemala, se exigen cuatro requisitos de conjunto para la otorgación del beneficio de colaboración eficaz: El grado de eficacia o importancia de la colaboración en el esclarecimiento de los delitos investigados, y en la sanción de los principales responsables; la gravedad de los delitos que han sido objeto de la colaboración eficaz; el grado de responsabilidad en la organización criminal del colaborador eficaz; y, la gravedad del delito y el grado de responsabilidad que en él se le atribuye al colaborador eficaz.

13. Lo expuesto anteriormente, permite concluir que la sistemática tendencia que mantiene Guatemala respecto a la institución de “colaboración eficaz”, no corresponde con las fórmulas tradicionales del derecho penal premial, primero, porque no las contempla en el Código Penal como un verdadero premio a la colaboración; y segundo, porque las reconocidas en el Código Procesal Penal y en la Ley contra la Delincuencia Organizada, obedecen a criterios político criminales, sobre la base de la aplicación del principio de oportunidad reglado.



## RECOMENDACIONES

1. En futuras modificaciones al Código Penal de Guatemala, que se regule la institución del arrepentimiento eficaz en correspondencia con las exigencias del derecho penal premial, y lo codifique como una circunstancia de atenuación genérica de la responsabilidad penal, en la que se incorpore la posibilidad de reducción de la pena, su remisión y e incluso, la exoneración de responsabilidad penal para el arrepentimiento eficaz, de manera genérica y también de forma específica, en delitos de especial peligrosidad.
2. A los tribunales que conocen delitos regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, al momento de acoger el beneficio que concede la colaboración eficaz, incorpore como doctrina a asentada, que el testimonio del coimputado que colabora con la justicia, debe ser estimado únicamente como un indicio, que requiere una suficiente actividad probatoria de cargo.
3. Que en futuras modificaciones a la Ley contra la Delincuencia Organizada, se limite el reconocimiento de la colaboración eficaz a momentos anteriores y durante el proceso investigativo, y no a la fase de ejecución de la pena, pues en la práctica, deviene en un ardid al que acude el sancionado, para mejorar su situación legal cuando el proceso ha concluido, lo que no significa un verdadero arrepentimiento como base del premio que reconoce la doctrina.
4. A la Universidad de San Carlos de Guatemala, se le apremia a desarrollar cursos de superación sobre la temática estudiada, entre los operadores del sistema de justicia penal, con el marcado propósito de contribuir a una mejor aplicación del derecho penal premial.





## BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO ARANA, Pedro. **La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal**. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S. A. 2006.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y LEVENE, R. **Derecho Procesal Penal. Tomo III**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1945.
- ALCALE SÁNCHEZ, M. **Terrorismo, Delincuencia Organizada y sistema de penas**. En: FARALDO CABANA, P. (Dir.), BRANDARIZ GARCÍA, J. A., PUENTE ABA, L. M. **Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización**. Valencia, España. 2004.
- ALVARADO VELLOSO, A. **Sistema Procesal. Garantía de la Libertad, Tomo II**. Buenos Aires, Argentina: Rubizal -Culzoni Editores. Primera Edición. 2009.
- ALLER, Germán. **Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo. El derecho penal en peligro**. Montevideo, Uruguay: Carlos Álvarez (editor) 2006.
- ARMIJO SANCHO, G. **Garantías Constitucionales, Prueba ilícita y la Transición al Nuevo Proceso Penal**. San José, Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica. 1997.
- ASENCIO MELLADO, J. M. **Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida**. Madrid, España: Trivium. 1989.
- BENÍTEZ ORTUZAR, I. F. **El colaborador con la justicia en materia de delitos relativos al tráfico de drogas**. En: MORILLAS CUEVAS, L. **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid, España. 2003.
- BENÍTEZ ORTUZAR, I. F. **El colaborador con la justicia. El arrepentimiento activo en la Parte General. Las circunstancias atenuantes 4ª, 5ª Y 6ª del Artículo 21 del Código Penal**. Disponible en: <http://vlex.com/vid/246278>. Fecha de consulta: 12 de Agosto de 2015.
- BECCARIA, C. **De los delitos y de las penas**. Traducción de F. Tomás y Valiente, Madrid, España. 1974.



- BINDER BERRIZZA, A. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ad-Hoc, S.R.L. 1993.
- BINDER BERRIZZA, A. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ad-Hoc, S.R.L. 2000.
- BONNIER, E. **Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal, Tomo III**. Madrid, España: Editorial R. L. 1891.
- BUSTOS, Juan. **Manual de Derecho penal español**. Barcelona, España: Editorial Ariel. 1984.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. **Significación social y tipicidad**. En: **Estudios Penales**. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca. 1982.
- CAFFERATA NORES, J. **La Prueba en el Proceso Penal**. Buenos Aires, Argentina. 1986.
- CALDERÓN SUSIN, E. **Arrepentimiento espontáneo (Estudio del Artículo 9- 9ª del Código Penal)**. Madrid, España: Edersa. 1990.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores). **Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**. Madrid, España: Edisofer, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal. E.J.E.A.** Buenos Aires, Argentina: 1950.
- CARNELUTTI, Francesco. **Pruebas civiles y penales. Estudios de Derecho Procesal. Tomo II**. Traducción: Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina: Ejea, 1952.
- CLARIA OLMEDO, J. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, Argentina: Ediar S. A. Editores. 1960.
- CONNELLY, Thomas John. **La figura de testigo de la corona o terrorista arrepentido**. Disponible en: <http://www.bcn.cl/pags/publicaciones>. Fecha de consulta: 24 de Septiembre de 2015.



- CUERDA ARNAU, M. L. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Madrid, España. 1995.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. **La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión. Comentarios a la legislación penal. Tomo XI**. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado. 2000.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. **El Proceso Penal -Teoría y Práctica-**. Lima, Perú: Cuarta Edición. Palestra Editores. 2000.
- DEL RÍO FERRETI, Carlos. **Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (I)**. En: **Revista Internauta de Práctica Jurídica; semestral de derecho procesal**. Núm. 8, (Julio-diciembre, 2001), ISSN: 1139-5885 Fecha de consulta: 12 de Agosto de 2015.
- DEL ROSAL, Juan. **Lecciones de Derecho Penal**. Valladolid, España: Editorial Server Cuesta. 1993.
- ENRIQUE PALACIO, L. **La Prueba en el Proceso Penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot. 2000.
- ESCRIVÁ GREGORI, José M. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal**. Barcelona, España: Editorial Bosch. 1976.
- FLOREZ, J. **Pruebas judiciales**. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE. 2002.
- GARLAND, David. **La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona, España: Gedisa, 2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2005.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. **La prueba en los procesos penales centroamericanos**. Ciencias Penales, año 12, no.17, marzo, 2000, Revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Disponible en: <http://cienciaspenales.org/>. Fecha de consulta: 15 de Agosto de 2105.



- GÓMEZ COLOMER, J. **El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas**. Barcelona, España: Editorial Bosch. 1985.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Primera reimposición. 2001.
- HOUED VEGA, Mario. **La carga de la prueba en el proceso penal**. En: **Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**. Noviembre 1990 año 2, nº 3. Disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/>. Fecha de consulta: 12 de agosto de 2015.
- JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel y LÓPEZ BETANCOUR, Eduardo. **Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de derecho penal funcionalista)**. México: Editorial Porrúa, 2006.
- JAKOBS, Günther. **La pena estatal: significado y finalidad**. Madrid, España: Editorial Arazandi. 2006.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal. Tomo I**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, Segunda Edición. 1958.
- LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco. **El derecho ante la globalización y el terrorismo: Cedant arma togae**. Actas del coloquio internacional de Montevideo-2003. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2004.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (compilador). **Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González**. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2007.
- MARTÍNEZ RUIZ, J. **La protección de testigos y peritos en causas criminales**. En MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.) **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid, España. 2003.
- MAIER, Julio B. I. **Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Proyectos para la reforma del sistema penal**. En: **Revista Jueces para la Democracia**. 16 de febrero y 19 de marzo de 1992. Argentina.1992.
- MANZANARES SAMANIEGO, José L. **Oportunidad y Conformidad. Los Principios del Proceso Penal**. Ponencia contenida en el CD-ROM **Cuadernos de Derecho Judicial**. Editado por el Consejo del Poder Judicial. Año 1992 – 1996.



- MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Política criminal en Europa**. Barcelona, España: Editorial Atelier. 2004.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho penal**. Barcelona, España: Editorial Bosch. 1976.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba en materia criminal**. Madrid, España: Editorial Reus. 1979.
- MORILLAS CUEVAS, L. **Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines**. Madrid, España. 2003.
- MORA MORA, Luis Paulino. **La prueba en el código procesal penal tipo para América Latina, Ciencias Penales**. En: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, julio 1993 año, No. 5. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/revista1f.htm>. Fecha de consulta: 12 de agosto de 2015.
- MORENO CATENA, V. **La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español**. En FERRE OLIVE, J. C. y ANARTE BORRALLA, E. (Eds.) **Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos**. Huelva, España: Universidad de Huelva. 1999.
- MONTEALEGRE, Eduardo. (Coordinador). **Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio. (Editores). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El desistimiento voluntario de cometer el delito**. Barcelona, España. 1972.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o Delincuencia Organizada**. En: GUTIÉRREZ, F. y ALVIZ CONRADI, F. (Dir.) **La Criminalidad Organizada**. Sevilla, España. 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2001.



- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal, Parte Especial**. Valencia, España. Decimocuarta edición. 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (Coordinador de la versión española). **La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. 2004.
- MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.) **Las circunstancias atenuantes en el Código penal del 1995**. Pamplona, España. 1997.
- MUÑOZ SABATÉ. **Sobre la falta de controles probatorios**. En: **Estudios de Práctica Procesal**. Barcelona, España: Librería Bosch. 1987.
- MUSCO, E. **Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas**. En: **Revista Penal 2**. 1998.
- OBREGÓN RODRÍGUEZ, R. E. **Arrepentimiento y Colaboración eficaz. La importancia de la manifestación de coinculpadado colaborador en el proceso penal**. Documento digital.
- ORTEGO, José. **Bien jurídico: lesión y peligro**. En: **Estudios Penales**. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca. 1982.
- PASTOR BORGONÓN. **Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas en Justicia**. Madrid, España. 1986.
- PEÑA CABRERA, Raúl. **Procesos penales especiales: Nuevas tendencias en el proceso penal peruano**. Lima, Perú: Editorial San Marcos. 1997.
- PEÑA CABRERA, Raúl. **Traición a la patria y arrepentimiento terrorista: Delito de terrorismo**. Lima, Perú: Editorial Grijley. 1994.
- PÉREZ CABADERA, María-Ángeles. **La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre**. En: **Tribunales de justicia, Revista de derecho**, Nº 11, noviembre, 2002.
- PIETRO, Ellero. **De la certidumbre en los juicios criminales**. Editorial Reus. Septuagésima edición. 1980.
- POZUELO PÉREZ, L. **El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva**. Valencia, España. 2003.



**Puentes y Jiménez De Andrade, T. Los Principios del Proceso Penal y la Presunción Constitucional de Inocencia. Los Principios del Proceso Penal.** Obra contenida en el CD-ROM **Cuadernos de derecho Judicial**. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Año 1992 – 1996.

QUINTANAR DIEZ, M. **La moderna jurisprudencia constitucional en relación con el valor probatorio de las declaraciones inculpativas de los “arrepentidos”**. En: **Cuadernos de Política Criminal**. n.º 80, 2003.

QUINTANAR DIEZ, M. **La justicia penal y los denominados arrepentidos**. Madrid, España. 1997.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Delito de lesión**. En: **Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VI**, Barcelona, España: Francisco Seix, editor. 1954.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A. **El interrogatorio del imputado**. Valencia, España. 2000.

RIQUERT MARCELO, A. **La problemática de los “arrepentidos”**. “El delator: una ‘técnica especial de investigación’ en expansión (a propósito de la probable inclusión del ‘arrepentido’ en la Ley 24769)”.

RIVES SEVA, A. P. “**Casos extravagantes de testimonio: el coimputado y la víctima**”. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com>. Fecha de consulta: 12 de agosto de 2015.

RIVERA CLAVERÍA, Julio. **El crimen organizado. Instituto de estudios en seguridad**. Guatemala, enero 2011.

ROBLES GARZÓN, J. A. (Dir.) **La protección de testigos y peritos en causas criminales**. I Jornadas internacionales de Derecho Procesal, Málaga. España. 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. **Derecho Penal Español, Parte General**. Madrid, España: Décima Edición. Editoría Dykinson. 1986.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho Penal. Parte General**. Madrid, España: Editorial Civitas. 1997.

RUBÉN DE, M. **Las prohibiciones probatorias como límites al derecho de prueba** En: “**Primeras Jornadas de Derecho Judicial**”. Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica. 1983 – 1984.



SÁNCHEZ YLLERA, I. **Dudas razonables: la declaración de los coimputados**. Documento Digital.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **El coimputado que colabora con la justicia penal**. En: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2005, núm. 07-05, p. 05. ISSN 1695-0194. Disponible: <http://www://criminet.ugr.es>. Fecha de consulta: 12 de abril de 2012.

SALAS, Luis R. J. **El arrepentimiento colaborador de la justicia. Una figura perversa**. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/General/Trabajos>. Fecha de consulta: 20 de Agosto de 2012.

SALAS BETETA, C. **Principio de Oportunidad en el Perú. Modernos Mecanismos de Simplificación Procesal Penal**. 2008.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. **Comentarios al Código Civil. T. XVI, vol. 2**. Dirigidos por M. Albaladejo. Madrid, España: Editorial Edersa. 1991.

SILVA MELERO, V. **La prueba procesal**. En: **Revista de Derecho Privado**. 1983.

SORIANO SORIANO, J. R. **Delitos contra la salud pública y contrabando**. En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. n° 5 2000, Madrid 2000.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Traducción de Andrés de la Oliva Santos. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Arces. 1990.

VÁZQUEZ SOTELO, J. **Presunción de inocencia del acusado e íntima convicción del Tribunal**. Barcelona, España: Editora Bosch. 1984.

VINCENZO MANZINI. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción de Santiago Melendo, Buenos Aires, Argentina: Ediar editores. 1948.

VEGAS TORRES, J. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid, España: Distribuciones la Ley. 1993.

VERGER GRAU, Joan. **La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio**. En: **Revista del Poder Judicial**. N° 68. Cuarto trimestre 2002.



ZARAGOZA AGUADO, J. **“Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”**. En: SORIANO SORIANO, J. R. **Delitos contra la salud pública y contrabando**. En: **Cuadernos de Derecho Judicial** n° 5 2000, Madrid, España. 2000.

ZAFARRONI, Eugenio. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2006.

### **Legislación:**

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

**Código Procesal Penal**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92 y sus reformas.

**Código Penal**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73 y sus reformas.

**Ley Orgánica del Ministerio Público**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94 y sus reformas.

**Ley del Organismo Judicial**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89 y sus reformas.

**Ley contra la Delincuencia Organizada**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 21-2006.

**Ley contra la Narcoactividad**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 48-92 y sus reformas.

**Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 70-96.

**Convención Americana sobre Derechos Humanos**. (Pacto de San José de Costa Rica), Decreto número 6-78 del Congreso de la República.

**Convención de las Naciones Unidas, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas**. 1988.