

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA
LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

LICENCIADO

HÉCTOR ANIBAL DE LEÓN POLANCO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA
LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el Licenciado

HÉCTOR ANIBAL DE LEÓN POLANCO

previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO PENAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, agosto de 2019

**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: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA: Dra. Sonia Doradea Guerra
VOCAL: Dra. Eva Marina Recinos Vásquez
SECRETARIO: M. Sc. Néctor Guilebaldo De León Ramírez

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



BUFETE ABOGADOS ASOCIADOS

Calle Roosevelt, 22-43,
Oficina "B", nivel 19, Torre Luna,
Edificio Tikal Futura zona 11
Guatemala, Guatemala.
Tel. 2440-4157

Guatemala, 23 de febrero de 2019

REF. **DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS
MAESTRÍA**

**Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala**

De conformidad con el nombramiento emitido por el Comité Académico del Doctorado en Ciencias Penales, en el que se nombra al suscrito como Tutor del trabajo de Tesis de Maestría presentado por el Maestrante **HÉCTOR ANIBAL DE LEÓN POLANCO**, me permito rendir el presente:

DICTAMEN:

DEL TEMA DE INVESTIGACION EN CONCRETO Y SU IMPORTANCIA.

El tema escogido por el aspirante para desarrollar su investigación de Tesis de Maestría titulado **"LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA"**, es de significativa importancia y actualidad para el Derecho Penal.

La presente investigación científica tiene relevancia jurídica, pues se fundamenta en el fenómeno un criminal que va en aumento dentro del país, situación que debe tomarse en cuenta dentro de los planes de Política Criminal del Estado, debido al aumento de criminalidad que existe, resultando de gran importancia y necesidad la prueba en el proceso penal contra la criminalidad organizada, buscando formulas que armonicen uno y otro interés, pero el éxito de ese objetivo, siempre ha estado empañado o condicionado por coyunturas económicas, sociales y políticas con efecto en el Derecho Penal, lo que ha impedido su cabal realización.



BUFETE ABOGADOS ASOCIADOS

Calzada Roosevelt, 22-43,
Oficina "B", nivel 19, Torre Luna,
Edificio Tikal Futura zona 11
Guatemala, Guatemala.
Tel. 2440-4157

Ante tal situación, se ha podido establecer en la presente tesis, que es necesaria una nueva legislación de carácter sustantivo y de carácter procesal en materia penal, debido a que muchos motivos ya existentes deber agregarse a la falta de idoneidad de las legislaciones existentes, para afrontar el fenómeno de la criminalidad organizada.

DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS.

El desarrollo del trabajo desde el punto de vista metodológico aporta un diseño coherente, con un problema científico correctamente elaborado del que se desprende la hipótesis de trabajo que marcó el curso de la investigación, a través de la estructuración de los objetivos y los capítulos, logrando la demostración de la hipótesis con la utilización de métodos de investigación como el analítico-sintético, exegético, jurídico comparado, deductivo - inductivo, histórico-lógico y sociológico.

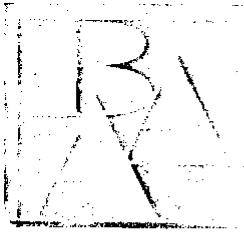
DE LO RELACIONADO AL INTERÉS QUE GENERA EL TRABAJO DE TESIS EN EL ÁMBITO NACIONAL.

A través de la investigación se logró determinar que la prueba en el proceso penal contra la criminalidad organizada, reglada actualmente en nuestra legislación adjetiva penal, no está preparada para la imputación de figuras delictivas atinentes a la criminalidad organizada, imputaciones cuyos verbos rectores se encuentran dentro de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que en algunos casos no son coherentes con el código penal.

En la investigación se estableció que el Código Procesal Penal, no responde a la lucha contra el crimen organizado, además en materia de valoración de prueba, el sistema necesita la designación específica de criterios de control racional. La designación escueta del sistema de valoración que contiene nuestra ley procesal vigente -sana critica razonada-, no dice nada al juez y le induce a la apreciación subjetiva y a la falta de motivación.

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

De acuerdo al resultado, análisis y estudio, de la prueba en el proceso penal contra la criminalidad organizada, deviene a la falta de criterios de control racional en la valoración de la prueba y esto hace posible la existencia de sentencias con violaciones de derechos humanos fundamentales, como el derecho de defensa y el derecho a una tutela judicial efectiva.



BUFETE ABOGADOS ASOCIADOS

Calzada Roosevelt, 22-48,
Oficina "B", nivel 19, Torre Luna,
Edificio Tital Futura zona 11
Guatemala, Guatemala.
Tel. 2440-4157

Se establece que las pruebas en el proceso penal contra la criminalidad organizada, no se encuentran acordes a ley sustantiva penal, debido a que las imputaciones se encuentran en una ley específica, por lo que va dejando que la Ley sustantiva no se encuentre acorde con dichas imputaciones.

El Maestrante describe que la falta de criterios de control racional de valoración de la prueba hace posible la existencia de sentencias violatorias de derechos humanos y que es necesaria una nueva legislación de la ley sustantiva y de ley adjetiva en materia penal, para que se encuentren acordes a la ley específica de la criminalidad organizada.

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

El trabajo tiene méritos propios en su desarrollo, que le permiten sistematizar las corrientes doctrinales más avanzadas en el material objeto de estudio, describe la preocupación de diversos tratadistas sobre parte de la problemática anteriormente indicada, adicionalmente estudia la problemática actual de país, enfatiza sobre la falta de criterios de control racional de valoración de la prueba en los procesos seguidos contra la criminalidad organizada, que se encuentra regulada en nuestro legislación.

En ese sentido las conclusiones que se presentan son elaboradas de manera que son útiles y viables en la comprensión y análisis de las instituciones involucradas, asimismo son un valioso aporte bibliográfico que puede servir de base a estudios futuros.

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

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. JUAN CARLOS GODÍNEZ RODRÍGUEZ
TUTOR

Guatemala, 17 de julio de 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA
LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Héctor Aníbal de León Polanco, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 19 de julio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Hector Anibal de León Polanco aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 63-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A DIOS: Por las infinitas bendiciones que me ha otorgado a lo largo de mi vida, fuente de sabiduría y entendimiento, y por ser la luz que ilumina mi camino.

A MIS PADRES: Héctor Anibal De León Velasco y Olimpia Floricelda Polanco Pinto de De León, con mucho orgullo por ser mis guías en la vida y en mis estudios, por sus consejos en esta disciplina como referentes para mi persona.

A MI FAMILIA: Héctor Mateo, Emilio José y Carmen Ileana; por estar conmigo en este momento importante de mi vida y por ser el motivo de este esfuerzo.

A MIS HERMANOS: Jorge Luis, Emma Patricia y Amanda Emperatriz con quienes comparto esta etapa de mi vida, gracias por su apoyo.

A MIS AMIGOS: Todos los que de una u otra forma me han apoyado en este esfuerzo.

A la tres veces centenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, alma mater, formadora de profesionales al servicio de la sociedad guatemalteca, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Social, cuyas aulas me albergaron, para ser un profesional de éxito.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
1.1 Las organizaciones delictivas y el crimen organizado	3
1.2 Modalidades de organizaciones delictivas.....	11
1.3 Influencia de la organización delictiva en la criminalidad común.....	16
1.4 La definición de organización delictiva y de crimen organizado en el marco jurídico nacional e internacional	19
1.5 Las definiciones de la legislación nacional y de la doctrina contemporánea.....	21
1.6 Las conductas a ser definidas dentro de la criminalidad organizada.....	47
1.7 Autores y partícipes en el caso del crimen organizado.....	51
1.8 Conductas definidas como crimen organizado en nuestra legislación y la forma de abordarlas desde el punto de vista administrativo, de la tipicidad y de la autoría.....	72
CAPÍTULO II	
2.1 Valoración de la prueba en el proceso penal.....	82
2.2 Referencia a la valoración de la prueba en el proceso penal guatemalteco antes del cambio hacia el sistema acusatorio.....	85
2.3 Metodología de la valoración de la prueba en el proceso penal guatemalteco de la actualidad. Estudio comparativo.....	89
2.4 Problemas de valoración de la prueba en los procesos penales de la actualidad.....	97
2.5 El tipo de proceso utilizado.....	104



2.6 Los sistemas en general.....	107
2.7 Problemas que presenta el sistema actual.....	109

CAPÍTULO III

3.1 Propuesta de un nuevo sistema de valoración a la criminalidad organizada y sus alcances para el sistema de criminalidad común.....	110
3.2 Doctrinas sobre la sana crítica razonada.....	110
3.3 El sistema de sana crítica en Guatemala.....	123

CAPÍTULO IV

4.1 Problema de valoración de la prueba en los procesos actuales.....	127
4.2 Problemas de valoración de la prueba en otros países de América Latina.....	128
4.3 Problemas de valoración en Europa continental.....	129
4.4 Problemas de la apreciación de la prueba en relación con los delitos de la criminalidad organizada.....	130

CAPÍTULO V

5.1 Propuesta de un nuevo sistema de valoración de prueba en el proceso penal guatemalteco.....	133
5.2 Alcances del concepto de motivación, en relación con la valoración de la prueba...	144
5.3 Alcances de la propuesta en cuanto a la criminalidad organizada.....	148

CONCLUSIONES	150
--------------	-----

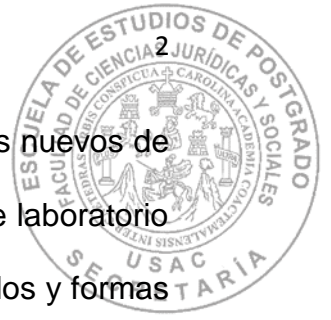
REFERENCIAS	152
-------------	-----



Introducción

Con el apareamiento de organizaciones criminales complejas, como las que surgen con el crimen organizado, se hacen necesarias nuevas pautas y paradigmas diferentes a los utilizados con las organizaciones criminales tradicionales. En el aspecto práctico nuevas formas procesales son utilizadas, y en el aspecto dogmático sustantivo ya se están utilizando a nivel internacional, por lo que se hacen necesarios nuevos mecanismos y conceptos en el ambiente nacional, tanto en lo relativo al derecho sustantivo como en el derecho procesal.

Al analizar algunos aspectos dogmático-sustantivos podemos decir que con la aparición de la criminalidad organizada hacen su aparición organizaciones criminales de múltiple configuración, lo que da lugar a nuevas formas de participación, que permiten el estudio de perspectivas de la autoría, que anteriormente se configuró alrededor de las teorías del dominio del hecho para explicar la naturaleza del autor del delito. En la actualidad, dada la problemática que produce la utilización de dicha teoría a la luz de las realizaciones criminales complejas, en las que se plantea la necesidad de someter al proceso penal a todos los miembros del grupo en cuestión, que desde un principio han asumido la responsabilidad de integrar el grupo criminal y realizar las acciones criminales, especialmente por la cuestión de la coparticipación, se ha utilizado la doctrina del dominio de la organización con sus diferentes variedades, pero cada vez más se utilizan diferentes perspectivas. En el aspecto procesal no son menores los problemas. Con el apareamiento de nuevas formas procesales, nuevos medios de



prueba y nuevas formas de estimativa probatoria, han surgido métodos nuevos de investigación, tales como escuchas telefónicas, análisis científicos y de laboratorio y, propiamente de prueba, como las declaraciones de testigos protegidos y formas de apreciación de la prueba.

En nuestro medio, a pesar de la intervención en el proceso de coadyuvantes para el ejercicio de la acción, se siguen aplicando conceptos tradicionales tanto en lo sustantivo como en lo procesal, lo que da lugar a que se evidencie la necesidad de nuevas formas de regulación para la apreciación judicial de la prueba. Es cierto que aparecen algunas por la existencia de la ley contra la delincuencia organizada, y la ley contra la narcoactividad, que son producto de convenciones internacionales, pero se hacen necesarios nuevos enfoques a nivel nacional, tanto de carácter sustantivo como de carácter procesal para la aplicación correcta de las disposiciones que ahí aparecen.

Por las razones expresadas anteriormente, se hace indispensable un estudio dogmático, con algún enfoque práctico como el que el sustentante propone, que sitúe las doctrinas de carácter procesal (especialmente relativas a las pruebas y su valoración) y sustantivo, en el ámbito nacional, que tan necesitado está en el juzgamiento de delitos complejos como el lavado de dinero o blanqueo de capitales, el tráfico ilegal de drogas, y los demás calificados como crimen organizado así como las formas especializadas ya criminalizadas de ingeniería fiscal e ingeniería financiera. Se espera, pues, coadyuvar con la difícil tarea de valoración de la prueba que tienen los jueces y en especial con el sistema de justicia para una mejor eficacia y eficiencia en nuestro medio.



Capítulo I

El crimen organizado

1.1 Las organizaciones delictivas y el crimen organizado

1.1.1 Consideraciones generales

Una primera consideración es relativa a este trabajo y su forma. Si bien el fondo del asunto se refiere a aspectos procesales como lo son la valoración de la prueba, en el presente trabajo hacemos referencia a la valoración de la prueba en los casos relacionados con el crimen organizado. Es esta una actividad que, según nuestro parecer, no fue considerada al elaborarse el Código Procesal Penal, como tampoco fue considerado el incremento de las actividades criminales. Todo ello ha llevado, además de a la saturación de casos ya de por sí prevista en las estadísticas relativas al tema, también a la saturación de las actividades dentro de un mismo proceso, por la presencia en los casos relacionados con el crimen organizado de una cantidad no sospechada de imputados, es decir, no se ha previsto que en un solo caso existan ochenta o cien procesados.

Eso influye en el sistema de valoración de pruebas tanto en relación con que son muchas ya que cada procesado pretende con todo derecho a aportar las suyas, como en relación con que el sistema de valoración utilizado (sana crítica razonada o libre valoración basada en la sana crítica) en nuestro medio puede derivar en la libre valoración basada en el arbitrio del juzgador, o en otras actitudes del juzgador. Por ello, iniciamos el trabajo analizando aspectos del crimen organizado en una



primera parte, y en la segunda parte el análisis procesal que es el tema de fondo de esta tesis.

El mundo actual del crimen organizado ha adquirido dimensiones de carácter global ya que se ha expandido en distintos ámbitos geográficos de nuestro planeta como, desde distintos aspectos de la criminalidad. En ese orden de ideas, cabe pensar en que dicho sistema criminal ha abarcado también a diversas instituciones de la vida común como el sistema bancario (con su conexión con los denominados paraísos fiscales), con lo cual incide en el sistema económico de los países, aprovechándose del avance de las comunicaciones y los sistemas informáticos que ha sido uno de los medios para adquirir un carácter supranacional. Lo anterior, dentro de los países industrializados, pero también en los países económicamente pobres, se ha aprovechado para incluir dentro de sus actividades a grandes grupos de personas privadas económicamente. Debe agregarse, además, los múltiples contactos que las organizaciones criminales tienen en el sector público de todos los países, tanto industrializados como económicamente pobres.

Como veremos adelante, los estatutos legales de los países no siempre ofrecen una definición de lo que ha de considerarse como crimen organizado, y aun la doctrina es resistente a una definición contentiva de todos los elementos de estos grupos. Aunque algunos los definen en relación con la existencia de grupos criminales tradicionales, así se ha dicho que “en la actualidad aun cuando el tipo de organización se estructura con base en presupuestos delictivos característicos de la mafia, se considera crimen organizado a aquella forma de criminalidad en la que interactúan, por una parte, una sociedad ilícita constituida para la comisión de



determinados delitos, pero que, por otra, también comprende a quienes, aunque sea en forma indirecta, cooperan, favorecen o permiten el desarrollo de las actividades delictivas de la organización”¹.

1.1.2 Los retos que plantea el crimen organizado

En principio se han de despejar varias dudas que posiblemente se tengan al abordar estas cuestiones. La primera se esboza genéricamente en cuanto a si la justicia ha adquirido a estas alturas métodos suficientes para contener el fenómeno de la criminalidad organizada, y específicamente se ha de referir en materia sustantiva a: si el sistema de derecho penal material ha respondido y de qué manera, al reto planteado por el crimen organizado; y en segundo lugar si el sistema procesal ha respondido y de qué modo a dicho reto y luego, de una manera más específica a las dudas sobre la existencia de los términos: organización delictiva y crimen organizado y las connotaciones que las diversas organizaciones jurídicas y legislaciones puedan dar a los términos especiales de autor, cómplice y partícipe que son las materias de carácter sustantivo de que nos ocupamos en estos primeros capítulos del trabajo.

Tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo se hace evidente, por la influencia de las convenciones internacionales sobre la criminalidad organizada, así como de las declaraciones emanadas de las mismas, que el derecho interno de los diversos países del conglomerado mundial ha sufrido algunas transformaciones,

¹ Cornejo, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, p.97.



especialmente como resultante de las declaraciones internacionales² Mención especial merecen en este aspecto el Convenio de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el de Estrasburgo de 1990 sobre Lavado de Dinero, Embargo y Confiscación de Productos del Crimen. Pero la que marca el hito en cuanto a convenciones internacionales sobre delincuencia organizada propiamente dicha, es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, conocida de manera común como la Convención de Palermo, por haberse suscrito por 124 países de los 189 que formaban la Organización de las Naciones Unidas, en la ciudad de Palermo, Italia en donde se llevó a cabo hacia el año 2000 como un reconocimiento a los esfuerzos italianos de su lucha contra la mafia.

En términos generales, dicha convención en sus inicios propuso que las legislaciones tipificaran además de las figuras que posiblemente ya estaban consideradas como la participación en grupos armados organizados, el lavado de dinero, o la corrupción, cuando existiera algún vínculo con el crimen organizado transnacional y cualquier forma de obstrucción a la justicia, y en protocolos adicionales establecieron como crímenes de esta naturaleza el tráfico de personas

² En este aspecto merecen mención ciertas iniciativas políticas, legales y académicas contra la criminalidad organizada, que se produjeron en virtud del Tratado de la Unión Europea, especialmente a partir de 1997 en que se formalizó el denominado Plan de Acción para Luchar contra la Criminalidad Organizada. En dicho plan además de acciones concretas contra los crímenes, se indicó que el comportamiento delictivo ha dejado de ser patrimonio exclusivo de algunos individuos para serlo de organizaciones que se infiltran en las diversas estructuras de la sociedad civil y, por descontado, de la sociedad en su conjunto. “La delincuencia se está organizando día a día a través de las fronteras nacionales aprovechando la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas. Las innovaciones tecnológicas como Internet y las operaciones bancarias electrónicas están resultando ser vehículos extraordinariamente bien adaptados tanto para cometer delitos como para transferir los beneficios resultantes de los mismos en actividades de apariencia ilícita” Gutiérrez - Alviz Conradi, Faustino. En: *Recientes iniciativas políticas, legales y académicas contra la criminalidad organizada en: La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada.*



(en particular de mujeres y de niños), el contrabando de migrantes y el tráfico de armas, ampliándose en 2001 al terrorismo a raíz de los ataques en los Estados Unidos.

En cuanto a la distinción entre organizaciones delictivas tradicionales y las pertenecientes al crimen organizado, se ha dicho desde 1970 por Thomas Schelling³ que el criminal organizado busca el gobierno y control de la totalidad de la estructura económica del bajo mundo. La idea de crimen organizado de Schelling es la de un gobierno protector del mundo ilegal que establece y hace cumplir sus propias reglas.

La anterior distinción nos hace ver que la criminalidad organizada no es un fenómeno de la Época Moderna, pues las sociedades criminales, desde el punto de vista del protector del mundo ilegal, son muy antiguas y puede decirse que han ido evolucionando a la par de las sociedades hasta llegar a desarrollarse, multiplicarse y diversificarse en las ramas que actualmente se conoce y con los recursos tecnológicos de la actualidad.

En un principio las convenciones internacionales se dirigieron hacia el tráfico de drogas como punto esencial de la criminalidad organizada, pero a partir de la Convención de Palermo se han realizado distintas tipificaciones respecto de estos delitos, de acuerdo con la actividad principal de sus autores, tales como el contrabando de armas y de migrantes, el terrorismo, la pornografía infantil, el lavado de dinero, o la corrupción de los funcionarios.

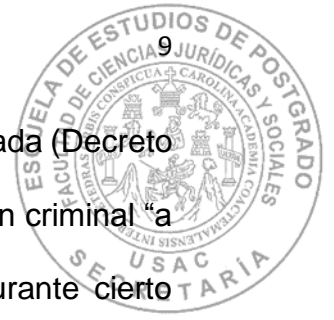
³ Rubio, Mauricio. *Escritos varios: La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada*, p.1 y siguientes.



La característica de las sociedades criminales de la actualidad es que además de estar compuestas de una pluralidad de personas con la finalidad general de realizar acciones delictivas, tiene la finalidad específica de alcanzar ciertas formas de poder ya sea local, nacional o internacional, generalmente poder económico, pero eventualmente poder político. A veces alcanzan a configurar una estructura como la de una empresa comercial, y con dicha forma aparente sus integrantes pueden relacionarse con otras estructuras comerciales o con grupos de poder político.

De acuerdo con la complejidad de su integración y de sus actividades, que algunas veces tienen paralelismo con las actividades comerciales regulares de las empresas, es necesario estudiar desde el punto de vista sustantivo, como mínimo los nuevos tipos criminales que involucran las conductas a que se dedican y en el aspecto procesal la forma en que los fiscales puedan imputar tales conductas, y demostrarlas, pero también la forma en que los jueces puedan analizar tales conductas y valorar los medios de prueba. En este último aspecto, las legislaciones también deben tomar en cuenta la multiplicidad de actores, tanto en el aspecto sustantivo: en relación con la diversa cantidad de personas que intervienen en los delitos y la forma en que debe distinguirse entre autores y partícipes; y en lo procesal: se deberá tomar en cuenta que la ingente cantidad de procesados obligará a distintas clases de medidas para evitar mayores dilaciones en los procesos.

La Convención de Palermo, que hemos mencionado, no planteó una definición de grupo delictivo organizado, por lo que corre a cargo de cada legislación nacional esta definición.



Por eso, en nuestro medio, la Ley contra la Delincuencia Organizada (Decreto No. 21-2006) establece como grupo delictivo organizado u organización criminal "a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más de los siguientes delitos":

a) Los contenidos en la ley contra la narcoactividad (tránsito internacional; siembra de cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión;

b) los contenidos en la ley de lavado de dinero u otros activos (lavado de dinero u otros activos);

c) De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales;

d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;

e) De los contenidos en el Código Penal:

e.1) Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato;

e.2) Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa;

e.3) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;



e.4) Terrorismo;

e.5) Intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;

f) De los contenidos en Ley Contra Defraudación y el Contrabando Aduaneros; contrabando aduanero y de la defraudación aduanera;

g) De los contenidos en la presente Ley:

g.1) Conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia;

g.2) Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;

g.3) Exacciones intimidatorias, obstrucción extorsiva de tránsito.

Es importante señalar, a falta de una definición más completa que pueda darnos mayores elementos, la ley⁴ señala las características para tales grupos son:

a) Que se trate de un grupo delictivo, un grupo estructurado de tres o más personas; por grupo estructurado debe entenderse un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

⁴ Ley contra la Delincuencia Organizada, artículo 2.



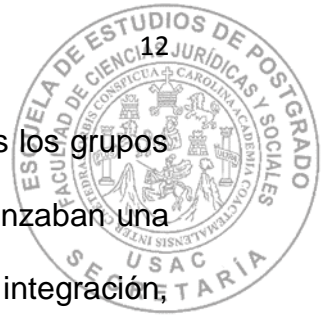
- b) Que exista durante cierto tiempo.
- c) Que actúe concertadamente y con el propósito de cometer uno o más de los delitos a que hemos hecho referencia.
- d) Que dicho grupo actúe con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.

1.1.3 Conclusiones que pueden obtenerse del contenido legal

- a) Que los grupos delictivos organizados deben serlo con el propósito de cometer los delitos a que se refiere el artículo 2 de la ley, anteriormente mencionados.
- b) Que el grupo haya sido formado deliberadamente (“no fortuitamente”) para la comisión inmediata de uno de los delitos contenidos en la lista legal.
- c) Que las funciones de los miembros no estarán necesariamente formalmente definidas.
- d) Que tampoco es necesario que haya continuidad en la condición de miembro del grupo.
- e) Que tampoco es necesario que exista una estructura desarrollada, solamente que haya sido formado “no fortuitamente”, conforme lo expresa la ley.

1.2 Modalidades de organizaciones delictivas

En la actualidad, las organizaciones delictivas han tomado la forma de grandes empresas que tratan de abarcar grandes espacios de territorio, de un solo



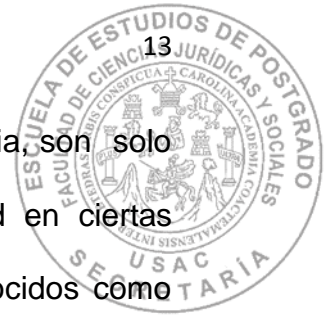
país o de varios, de un solo continente o de varios. Pero en sus inicios los grupos eran pequeños, con una organización estratificada y que a veces alcanzaban una provincia o estado, o varios, pero normalmente era conocida tanto su integración, su dirigencia, sus ejecutores, etc. por ejemplo las bandas nacionales (o *gangs* de donde deriva la palabra gánster) las mafias, etc. Con su desarrollo estos grupos han ido siendo considerados como un peligro nacional y para la seguridad nacional; en los Estados Unidos, por ejemplo, el Gobierno decidió en un momento dado que el crimen organizado transnacional es una amenaza para la seguridad nacional (Informe Nacional USA presentado al Coloquio preparatorio al Congreso Los Sistemas de Justicia frente al Reto del Crimen Organizado)⁵.

Como se dijo, estas estructuras han tomado forma especialmente de grandes empresas y se organizan a la manera de las mismas, incluyendo sucursales y filiales en diversos países, considerándose todavía como uno de los problemas aún por resolver, la competencia para su juzgamiento en los países en que se encuentran localizadas tales organizaciones, sus integrantes, sus partes principales y no principales, así como la localización física de sus integrantes en los distintos países.

Especialmente, integran en la actualidad esta manifestación de la criminalidad los problemas que ofrecen ciertas estructuras criminales complejas como las siguientes:

1.2.1 Existen algunas que se alimentan de actividades técnicas jurídico-económicas muy elaboradas que se utilizan en el intercambio comercial

⁵ *Revista de Derecho Penal Internacional*, pág. 232.



corriente y por ello aparentemente legales, que en consecuencia, son solo detectables por especialistas y que para mayor complejidad en ciertas ocasiones han desplazado sus actividades a los países conocidos como paraísos fiscales que generalmente se resisten a proporcionar información a los demás cuando se encuentran investigando o juzgando tales hechos que en algunos lugares han sido determinados como delitos.

1.2.2 No obstante que las formas internacionales como las indicadas precedentemente son suficientemente conocidas, el crimen organizado tiene también otras múltiples realizaciones y es así que vemos que actúa en su modalidad nacional, como sucede cuando grupos gobernantes se asocian utilizando formas de la vida económica corriente y recurren a los negocios simulados. Tales hechos de criminalidad organizada pueden cometerse por funcionarios públicos o por empresarios privados. En el caso de los funcionarios públicos como cuando se ponen de acuerdo en compras ficticias para el órgano oficial para el que trabajan, realizan alguna actividad o en la que tienen influencia decisiva, o bien realizan actos de comercio con entidades oficiales o particulares abusando de la personalidad jurídica de empresas establecidas o, incluso, simulando la existencia de tales establecimientos como sucede con las denominadas empresas de cartón. En estas, algunas son inscritas en los registros oficiales, pero carecen de la organización como localización física, maquinaria y equipo y elementos, como la existencia de personal, y manifestaciones o formas de producción de la empresa, que configuren su existencia real.



1.2.3 De los tipos o modalidades como nacionales, hemos tenido diversas clases en nuestro medio, como las señaladas en el apartado anterior, pero además se han tenido algunas que aparecieron en los casos en que personeros bancarios, en la actualidad ya procesados, operaban y manipulaban cuentas de cierto sector de depositantes, cometiendo hechos fraudulentos en ellas a través de un intermediario o empresa *offshore*, en lo que los depositantes obtenían intereses conforme la legislación cambiaria procedente del país al que el intermediario pertenecía, pero que en un momento dado el intermediario, por diversas manipulaciones realizadas entre ellos mismos, perdió su capital, con lo que el patrimonio de los depositantes resultó afectado. Por tales razones, la lucha contra el crimen organizado toma en cuenta las actividades ilícitas de estas empresas *offshore*. Otras veces ciertas instituciones se constituyeron como cooperativas, o simples establecimientos de ahorro, pero con la misma estrategia de las empresas *offshore*.

1.2.4 Aunque hemos mencionado estas organizaciones, es importante señalarlas como la modalidad más sofisticada de estas; se presenta con la integración de empresas que realizan sus operaciones y transacciones a nivel internacional, las cuales realizan actividades que la doctrina conoce como “ingeniería financiera”, es decir, que en principio se realizan en dichas instituciones operaciones financieras totalmente neutras desde el punto de vista penal. Sin embargo, la expresión mencionada, según lo indican



especialistas en el tema como el catedrático Jesús María Silva Sánchez “ha ido adquiriendo un carácter claramente peyorativo; más aún, criminológico”.

“En dicho cambio de sentido, por lo demás, se ha perdido la inicial vinculación con las fórmulas de financiación, para ampliarse, en general, a cualesquiera técnicas jurídico-económicas (básicamente contractuales) mediante las que, en muchos casos, se cometen hechos fraudulentos contra el patrimonio público o privado, se oculta la referida comisión o se dificulta su prueba, se facilita la disposición de los beneficios derivados de los mismos o, en fin, se sustraen los hechos a la competencia de los tribunales de un determinado país (desplazando su centro de gravedad a determinados paraísos fiscales o penales)”⁶.

De las características de estas empresas o grupos, algunas organizaciones criminales toman la totalidad de sus elementos, o algunos de ellos, que son:

1.2.4.1 La realización de uno o más negocios simulados, con la utilización o abuso de la personalidad jurídica de una o varias empresas.

1.2.4.2 Realización de un número indeterminado de transacciones, con un número indeterminado de personas jurídicas.

⁶ Ingeniería financiera y derecho penal. En: *Fenómenos delictivos complejos*, Cuadernos de Derecho Judicial, pág. 166.



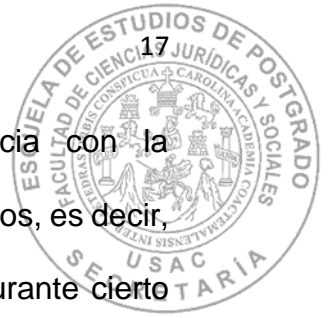
1.2.4.3 El carácter transnacional de las operaciones; pero tampoco es infrecuente la presencia de las *offshore* que ya mencionamos, con posicionamiento en los denominados paraísos fiscales.

1.2.4.4 Existen también personas o grupos de personas integradas en organizaciones o empresas que diseñan o planifican acciones delictivas, y que no intervienen directamente, pues las acciones delictivas concretas las realizan otros miembros de la organización o empresa. Lo característico de este marco empresarial, es que con ocasión de las actividades industriales y económicas, se producen actos de agresión social o lesividad social, y que existe una compleja estructura y la distancia entre las personas que toman decisiones relevantes, y aquellos que realizan materialmente los comportamientos descritos en el Código Penal a veces hace dudar de las formas de participación delictiva.

1.3 Influencia de la organización delictiva en la criminalidad común.

1.3.1 Organización delictiva. Para nuestra legislación un grupo delictivo organizado u organización criminal es “cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer” algún delito o varios de los establecidos en leyes específicas y el código Penal que ya hemos señalado⁷.

⁷ Véase art. 3 de la Ley contra la Delincuencia Organizada.



De esa manera puede establecerse una diferencia esencial con la criminalidad común; en esta, el grupo que llene los requisitos relacionados, es decir, ser un grupo estructurado, ser de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo, y que cometa los delitos indicados en la Ley contra la Delincuencia Organizada pasa a ser una organización criminal. Sin embargo, la existencia de diferentes grupos es reconocible en la práctica, por lo cual queda únicamente excluida, por razón numérica, la organización de dos personas o el individuo que actúa aisladamente por razones temporales aquellas asociaciones que no duren algún tiempo, y una importante en relación con la finalidad: quienes no actúen concertadamente.

En la práctica se ha imputado hechos punibles a grupos atribuyéndoles todas las características indicadas, pero sin evidenciar que han actuado concertadamente, con el propósito (es decir, el dolo) de cometer uno o más de los delitos a que se refiere la ley específica ya indicada. En tal caso, son elementos indispensables: la concertación y el dolo específico. Como puede evidenciarse en la proposición (art. 17 del Código Penal) se ven reunidas con el propósito de cometer el hecho, surgiendo la concertación que puede ser imputada a un grupo delictivo organizado u organización criminal, que además llene los otros requisitos relativos a estructura y duración no el solo hecho de concertarse para cometer un delito de los establecidos en la ley contra la delincuencia organizada. Es de señalar que la conspiración puede realizarse con otra persona como mínimo, no necesitándose el número a que se refiere el grupo delictivo organizado. Por ello, se



dice que existe la conspiración que no de un grupo delictivo organizado por necesitarse en ciertos casos solamente de otra persona.

Por lo anteriormente analizado se afirma que, si bien existe un sistema penal contra el crimen en general, del cual podemos realizar algún análisis en páginas posteriores, por lo mismo que se ha analizado, queda evidente la existencia de un nuevo paradigma criminal que plantea una problemática que debe ser enfrentada por la comunidad jurídicamente organizada, con el conocimiento de que a sus múltiples facetas debe darse respuestas adecuada y coherentes con dicho nuevo paradigma.

Desde ese orden de ideas, el sistema penal sustantivo debe encontrar respuestas a problemas que plantea esa asociación criminal que se mueve con tantas cabezas, con tantos miembros integrantes, y que desembocan en realidades a plantearse, tales como las dificultades para identificar a los verdaderos autores de los hechos, dificultades para determinar la verdadera responsabilidad de los partícipes indefinidos, dificultades para una correcta imputación a los múltiples participantes de manera criminal, dificultades que en la realidad sustantiva inciden en la realidad procesal, porque esos monstruos de mil cabezas que son las estructuras criminales organizadas, dan lugar a que en los procesos se enfrenten tantas dificultades, partiendo incluso de los lugares (normalmente no adecuados) en donde deben ser físicamente alojados para ser reclusos. En aquellos lugares (que tampoco son adecuados según nuestra realidad) en donde deben ser procesados, y que no fueron realmente previstos para el juzgamiento de la criminalidad organizada.



Hay que decir, además, que el sistema procesal -que tampoco es el mejor- no fue previsto para que conjuntamente se estuvieran juzgando sociedades criminales compuestas, cuando menos, por cientos de personas, pero que en ocasiones se han convertido también en procesos en que a un mismo tiempo se estén dirigiendo por jueces y fiscales cientos de imputaciones sobre casi los mismos hechos. Así, hay cientos de autos de procesamiento por los mismos hechos, centenares de acusaciones por los mismos hechos, agudizándose más el problema cuando las imputaciones y las acusaciones han de requerir ciertas modificaciones por las circunstancias especiales en que ha intervenido en el hecho cada persona imputada; y ya no se diga, cuando el juez o tribunal, un solo juez o tribunal, ha de valorar cantidades enormes de prueba, y deben sujetarse a un sistema procesal diseñado para el juzgamiento de individuos en lo particular y no colectividades de ellos. Todo ello, aunado como se dijo antes a las dificultades que plantea la ley sustantiva (Código Penal y leyes especiales), pensadas normalmente para destinatarios individuales o, al menos, compuestas por pocos individuos.

1.4 La definición de organización delictiva y de crimen organizado en el marco jurídico nacional e internacional

1.4.1 Cuestión previa

Tanto el sistema penal sustantivo como el procesal están diseñados para personas individuales. Cuando aparecen los casos de criminalidad organizada, en que obviamente intervienen muchas personas, aparece el problema, tanto para la determinación de los autores, para las imputaciones,



para el procesamiento de los partícipes como para la realización de un proceso en donde se destaque la celeridad de sus actuaciones. Así lo expresa con sapiencia el autor del Río Fernández refiriéndose al derecho español, pero aplicable en su totalidad al derecho guatemalteco:

Son múltiples las dificultades que se presentan para la adecuada determinación de las responsabilidades penales de los sujetos intervinientes con las herramientas del derecho penal tradicional: en realidad, los que aparecen como autores directos de los comportamientos operan como instrumento de quienes toman las decisiones relevantes...⁸.

Lo anterior dicho solamente en cuanto a los autores de los fenómenos criminales producidos por el crimen organizado, pero que abarca, a partir de la autoría, todo el espectro de la actividad criminal, y todo el espectro de la actividad procesal. Por eso, nuestro trabajo propugna por comenzar el análisis de estos temas, partiendo de una definición de la organización delictiva y del crimen organizado, que cuente con la mayoría de elementos para la definición sustantiva y para el análisis procesal del fenómeno delictivo de la sociedad estructurada dentro del crimen organizado.

⁸ Del Río Fernández, Lorenzo. *La autoría en organizaciones complejas*, en Fenómenos delictivos complejos, pág.203.



1.5 Las definiciones de la legislación nacional y de la doctrina contemporánea

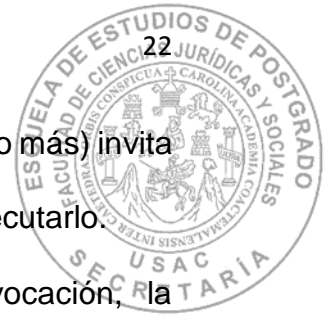
1.5.1 Legislación Nacional

Como ya se mencionó, la legislación nacional hace referencia a varios elementos de la criminalidad individual y de la organizada, tanto en el Código Penal general, como en la Ley contra la Delincuencia Organizada (LCDO).

1.5.1.1 El Código Penal. En el artículo 17 se refiere a la conspiración y la proposición, definiéndolas. Indica que: “Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo”. En cuanto a la proposición indica: “Hay proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo”. Concluye este artículo indicando que: “La conspiración, la proposición, la instigación y la inducción para cometer un delito, solo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente”.

Estas primeras definiciones de la legislación penal sustantiva ha de ser siempre contrastadas con las definiciones delictivas de la Ley contra la Delincuencia Organizada y con las de otras disposiciones penales a que se refiere esta última, porque en definitiva ha de tomarse en cuenta, en cuanto a:

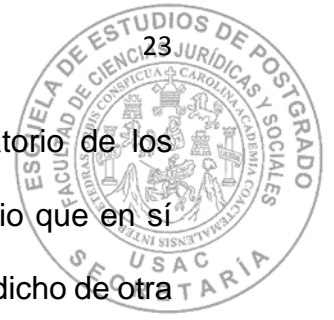
- Conspiración: que se trata de que dos (2) o más personas (3 en adelante) se conciertan para cometer un delito y deciden ejecutarlo.



- Proposición: quien resuelve cometer un delito (uno o más) invita a otra (1) u otras (de 2 en adelante) personas a ejecutarlo.
- Tanto la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción solo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.

1.5.1.2 La Ley contra la Delincuencia Organizada (LCDO) hace referencia a delitos que ella crea y a delitos establecidos en otras leyes. En cuanto a los que ella crea indica que son:

1.5.1.2.1 Conspiración. Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo. Esta descripción es coherente con la descripción que hace el Código Penal, pues se refiere a concertarse con otras personas (dos personas integrando) u otras personas (tal caso, más de dos personas). La conspiración es el paso inicial, se comete el delito por el hecho de concertarse con otra u otras personas con la finalidad de cometer uno de los delitos a que se refiere el artículo 3 de la LCDO. El núcleo de la conspiración es participar en el hecho de concertarse para cometer uno o varios delitos. Precisamente, es este uno de los casos en que la mera proposición (concertarse) de uno de los hechos a que se refiere el artículo 3 de la LCDO es constitutivo de delito. La conspiración, en

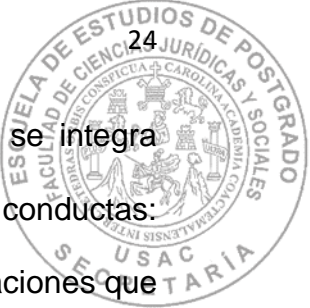


esencia, puede verse como un acto preparatorio de los delitos a que se refiere la ley, acto preparatorio que en sí lleva un contenido específico de punibilidad, o dicho de otra manera, como puede decirse parafraseando a Cornejo, el acuerdo criminal con otra u otras personas de manera permanente (durante cierto tiempo como indica el art. 2 de la LCDO) con el fin de cometer delitos determinados es un acto previo a otros, que se castiga por ser la preparación organizada y eficaz de una serie de injustos previamente elegidos, además de erigir una sociedad con (otra u) otras personas con fines delictivos⁹.

1.5.1.2.2 Asociación ilícita. De acuerdo con la LCDO (artículo 4):
“Comete el delito de asociación ilícita, quien participe o integre asociaciones del siguiente tipo:

- Las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su comisión.
- Las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas. Este delito será sancionado con pena de seis a ocho años de prisión, sin perjuicio de las penas asignadas a los delitos cometidos”.

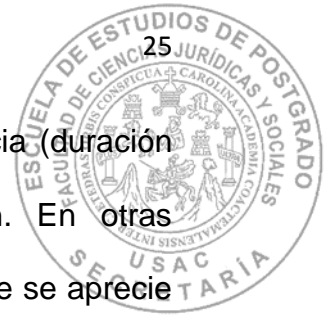
⁹ Cornejo A., *ob. cit.*, p.77.



Como puede apreciarse, el delito se integra según la ley, con dos clases de conductas: primera, participar o integrar asociaciones que tenga por objeto cometer algún delito o después de constituidas promover la comisión de dicho delito; es decir, los verbos sobre los que recae la acción son: participar, integrar, cometer o promover. La segunda participar o integrar grupos ilegales de gente armada, terroristas o de delincuencia organizada.

1.5.1.2.2.1 Características del tipo asociación ilícita:

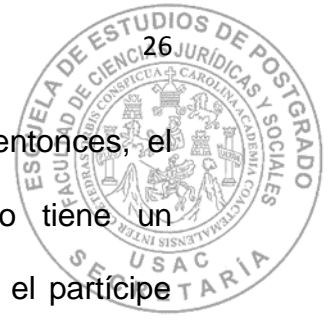
- El primer elemento, a nuestro juicio, que debe analizarse, es el contenido de las frases “grupo estructurado” y “que actúe concertadamente” que, aunque no se encuentran una junto a otra en el texto legislativo, es necesario coordinar, puesto que los elementos serían más fáciles de reconocer, tales como :a) acuerdo entre tres o más personas; b) de forma estructurada, c) durante cierto tiempo, es decir, realzando las características de estructura, esto es, la distribución y orden con que está compuesto, pues la propia ley indica que un grupo estructurado es un grupo no formado fortuitamente para la comisión



inmediata de un delito) y de permanencia (duración firme, estabilidad) de la organización. En otras palabras, la primera característica es que se aprecie que el grupo mantiene una armazón o distribución y que ha existido durante un plazo en que puede evidenciarse que ha durado como para estimarse su existencia cierta, aunque no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, no haya continuidad en la condición de miembro ni exista una estructura desarrollada o compleja, lo que significa que la ley se conforma con una estructura básica.

La concertación entonces puede ser formal o no, ya que no se requiere que sea constituida con formalidad alguna, aunque existen en la actualidad asociaciones criminales que se disfrazan mediante asociaciones legalmente constituidas.

- Otra característica es el número de asociados: deben ser tres por lo menos. Ya en la escuela clásica del derecho penal, Carrara indicaba que en estos delitos tiene especial significado la fuerza moral objetiva del delito, que está básicamente integrada por la influencia del número de participantes en la

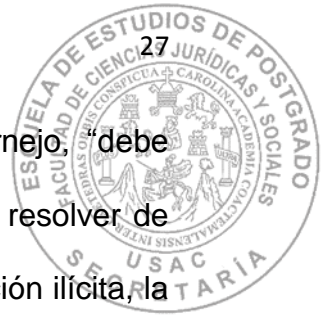


asociación criminal¹⁰. Por lo indicado entonces, el número de participantes en el grupo tiene un particular interés dentro del tipo porque el participante debe saber que forma parte de una asociación criminal de tres personas por lo menos¹¹.

- El objeto. Cometer algún delito, no importa que se encuentre en la LCDO o bien promover su comisión después de constituidas,
- Participar o integrar agrupaciones de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas.
- Sujetos. Se trata de un delito colectivo por existir pluralidad de activos. Aun cuando existe autores que no están de acuerdo en que se trate de un delito colectivo, sino de un delito plurisubjetivo, punto de vista esgrimido desde la óptica de la legislación española, en la que el número de miembros de la organización es indeterminado, en consecuencia, pueden constituir dicha organización dos personas.
- El “concertarse” los sujetos. Es uno de los caracteres propios del injusto; en este tipo un aspecto esencial del injusto es el “concierto” o “acuerdo” mediante el cual actúa el grupo en forma organizada y

¹⁰ Carrara, Francesco. *Programa de derecho criminal.*, cit., por Cornejo, A., *ob. cit.*, p.51.

¹¹ Soler, Sebastián, cit., por Cornejo, Abel., *ob. cit.*, p.53.

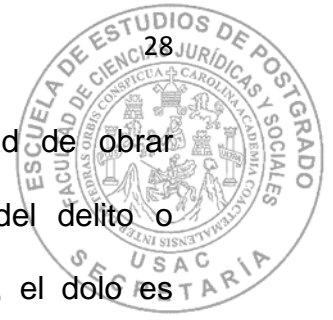


permanente. En este sentido, dice Cornejo, ²⁷ debe recordarse que acordar es determinar o resolver de común acuerdo; en el caso de la asociación ilícita, la resolución que se toma, para que quede constituida y funcione como tal, es la de cometer delitos. Tal resolución no es menester que quede impresa en algún documento, aunque perfectamente podría ocurrir, sino que se refiere al concierto de voluntades de tres o más personas, tendiente a la perpetración de ilícitos¹². Tal acuerdo debe conducir inevitablemente a que los integrantes de la asociación criminal actúen permanentemente ya sea para cometer un delito de los determinados específicamente en la LCDO o bien para aquellos a que se refiere dicha ley y que se encuentran en el Código Penal¹³.

El acuerdo entre los individuos que conforman la asociación puede ser expreso o quedar implícito. El acuerdo expreso es cuando los individuos han

¹² Cornejo, A., *ibid.*, p.55.

¹³ Los delitos determinados expresamente en la LCDO como de delincuencia organizada son: conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional, obstrucción de justicia, exacciones intimidatorias y obstrucción extorsiva del tránsito. Los delitos que se encuentran en el Código Penal a que se refiere la LCDO como de delincuencia organizada se enumeran en el artículo 2 de dicha ley.



manifestado expresamente su voluntad de obrar concertadamente para la realización del delito o delitos; obsérvese que, de esta forma, el dolo es específico, como lo indica la expresión: “concertadamente con el propósito de cometer uno o más de los delitos que se mencionan”.

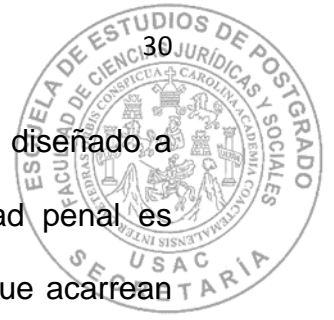
- Autonomía. Hay puntos de vista en cuanto a la autonomía. En algunos casos se considera como un delito autónomo la asociación ilícita es un delito autónomo, es decir, se comete asociación ilícita para participar en hechos delictivos pre determinados en la ley, como agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas, pero también para participar o integrar asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su comisión, y en ese caso no hay predeterminación, puede ser cualquier delito. Pero, por otra parte, se encuentra la posición de ser parte del iter criminal dirigido a la consecución de otro delito y en consecuencia se ha considerado como un hecho dependiente de la consumación del delito previsto.
- Posición dentro de la clasificación de delitos. Este delito, por ser cometido por una organización



29
criminal, debe ser clasificado como un injusto de carácter permanente, por definición legal (artículo 2 de la LCDO) es imperativo “que exista durante cierto tiempo”. A. Cornejo complementa estas ideas diciendo que “dentro de la permanencia la asociación ilícita es un delito necesariamente perdurable, con lo cual se diferencia de los eventualmente permanentes, y como tal es un delito habitual, con lo que se distingue del delito continuado, que es una variedad del delito consistente en una pluralidad de acciones constitutivas cada una de un delito perfecto”¹⁴.

- Lesión del bien jurídico. Por la posibilidad de lesión del bien jurídico por el solo hecho de participar o integrar las asociaciones a que se refiere el tipo, estamos ante un delito de peligro.
- Las penas para este delito. En este aspecto se vislumbra realmente la problemática de derecho sustantivo en los delitos colectivos. Uno de los aspectos de dicha problemática es la determinación de la autoría y la participación. A nivel sustantivo es uno de los problemas a resolver en esta tesis: el

¹⁴ Cornejo, A., *ob. cit.*, p.61.



hecho de que, si el derecho penal está diseñado a nivel individual y que la responsabilidad penal es personal, son múltiples los problemas que acarrearán estos tipos colectivos, como son o pueden ser los de criminalidad organizada. Desde nuestro punto de vista, la regulación de la participación establecida en el artículo 36 del Código Penal es ya insuficiente. Pero de esto hemos de hablar en el capítulo respectivo.

1.5.1.2.3 Bien jurídico lesionado. Este tipo de delitos, comúnmente han estado inmersos dentro de los delitos contra el orden público en la mayoría de legislaciones. La nuestra es un reflejo de ellas y así vemos cómo el delito de asociación(es) ilícita(s) estuvo regulado en el artículo 396 del Código Penal, junto a los delitos de terrorismo, intimidación pública, apología del delito, instigación a delinquir y reuniones y manifestaciones ilícitas, y dentro del capítulo de los delitos contra la tranquilidad social, por lo que se deduce que el Código señalaba como bien jurídico “la tranquilidad social” o tranquilidad pública. Sin embargo, no resulta nada sencillo encontrar un acuerdo, al menos desde el punto de vista teórico, sobre el significado de la denominación: orden público, denominación que fue utilizada



desde sus inicios por el Código Penal (Decreto 17-73 del Congreso), en dicho capítulo que ha formado parte del Título XII (De los delitos contra el orden institucional), de acuerdo con la edición del Código Penal de finales de 1973¹⁵.

En la doctrina se asocian las ideas de Estado y sociedad, como concurrentes conceptuales, por lo que “desde que las ideas de Estado y de sociedad se fueron haciendo carne en la evolución del pensamiento humano, inexorablemente el orden público se fue gestando como un elemento subyacente, pero imprescindible en ellos”¹⁶. Por tal razón, puede indicarse que el orden público “implica pautas y modelos de conducta que deben ser respetadas, lo cual ha llevado a Hart a afirmar que “el “derecho penal es algo que obedecemos o desobedecemos, y lo que sus reglas exigen es calificado de deber”¹⁷. Desde ese punto de vista, el orden es a la sociedad como esta es al Estado¹⁸ llegándose en consecuencia a definir el orden público como “un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y

¹⁵ En la exposición de motivos de lo que fue el proyecto de este Código se expresa: “El licenciado Menéndez de la Riva, denominó a este título «Delitos contra la Constitución de la República y el orden constitucional» pero tal denominación pecó por defecto y por exceso, resultando impropia, por lo que fue sustituida por la Comisión por el de «Delitos contra el orden institucional». Exposición de motivos del Código Penal redactada en noviembre de 1972, pag. XXIX, edición 1976 del Código Penal.

¹⁶ Cornejo, Abel. Asociación ilícita y delitos contra el orden público, p.13.

¹⁷ Cornejo, A., *ob. cit.*, p.14.

¹⁸ Cornejo A., *ob. cit.*, p.15.



subsistencia de esa comunicad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente”¹⁹.

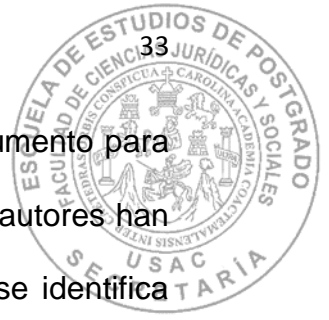
Estimamos que lo refleja realmente el contenido de orden público, es un antiguo concepto emanado de Feuerbach, indicando que “consiste ahora en la perturbación dolosa de la paz jurídica (en Alemania) por medio de una banda armada reunida con la intención de cometer violencia”²⁰. No obstante, el tiempo transcurrido desde su elaboración y que en nuestro medio, ha sido extraído del Código Penal y llevado el concepto a la LCDO, no parece en esencia que su sentido sigue siendo el mismo de sus orígenes. Puede decirse entonces, en cuanto al bien jurídico tutelado, que estos delitos tienen como finalidad provocar la alarma colectiva y “como se dice de los delitos contra la seguridad pública -adhiriendo a la doctrina alemana- que son de peligro común”²¹.

No obstante que en nuestro derecho el delito de asociación ilícita fue trasladado del Código Penal general a una ley penal especial como es la LCDO, nos parece que en su esencia el bien jurídico tutelado sigue siendo el orden público, visto como tranquilidad pública, la cual resulta de una serie de eventos que en la época actual son provocados por el crimen

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem*, p.19.

²¹ *Ibidem.*



organizado. Este delito es utilizado como un instrumento para el mantenimiento del orden social, lo que algunos autores han identificado como tranquilidad pública, frase que se identifica como sensación de paz de los integrantes de la sociedad, que en el caso bajo análisis está padeciendo de una amenaza, para generar la sensación de que todo orden jurídico debe aportar al ciudadano.

En realidad, este delito produce desasosiego en la tranquilidad colectiva, merced a la realización de los elementos del tipo, que en todo caso se dirigen a realizaciones de grupos organizados o el crimen organizado.

En la evolución del concepto sobre este bien jurídico puede apreciarse que la frase “orden público” se usa “para hacer referencia a ciertas instituciones de naturaleza constitucional y no solamente políticas”²². En realidad, la criminalidad organizada no es un fenómeno nuevo, los grupos criminales han existido siempre; lo que sucede es que el fenómeno criminal grupal se ha convertido en algo muy complejo como para ser manejado por una parte por la legislación penal común y tradicional y, por la otra, por la jurisdicción tradicional, porque los grupos se han organizado e instrumentalizado con las armas que proporciona la tecnología contemporánea, a tal

²² *Idem*, p.21.



34

grado que ha hecho evidente la necesidad de una legislación especializada. Pero en todo caso, no debe olvidarse que casi desde sus inicios la sociedad jurídicamente organizada ha contado dentro de sus males, la criminalidad organizada. Dentro de las primeras sociedades jurídicamente organizadas, la sociedad romana: “Las primeras reuniones que se fueron perfeccionando como sociedades criminales fueron los *conventiculum*, que eran reuniones de bandoleros que asolaban el Estado romano... Comenzó allí también la distinción entre las asociaciones de delincuentes... y la coparticipación criminosa, es decir, aquellas que se reunían únicamente para la comisión de un crimen”²³.

Más adelante de la historia, en los países de Europa, especialmente, se constituyeron agrupaciones armadas no solo con fines delincuenciales sino con el fin de realizar venganzas específicas o para cometer saqueos. Dentro de tales sociedades delincuenciales son famosas las sociedades secretas con fines políticos o religiosos como la “Santa Vehme” que apareció en el siglo XVIII en lo que fueron los ducados de Sajonia y Baviera, los “Iluminados” de Baviera. Los “carbonarios italianos” y los “irlandeses unidos” son otros grupos criminales existentes en la Europa de comienzos del siglo XIX. En

²³ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, págs. 370 y ss., cit., por Cornejo, A., *ob. cit.*, p.42.



Norteamérica se señala como un grupo criminal antiguo el denominado Ku Klux Klan, que se inició posteriormente a la Guerra de Secesión, con la finalidad de discriminación racial hacia los negros, pero que en la actualidad son grupos criminales que además de su finalidad inicial realizan acciones criminales de todo tipo, con la base de discriminación racial, especialmente con la idea de intimidar a los habitantes norteamericanos afrodescendientes. Estos generalizaron sus acciones cometiendo “toda clase de tropelías y abusos, a tal punto que en 1871 el Gobierno federal resolvió disolver la asociación”, la que resurgió después de la Primera Guerra Mundial²⁴.

Las sociedades criminales antiguas han ido perfeccionándose con el paso del tiempo y en la actualidad, antiguas organizaciones como la mafia italiana, originariamente de Sicilia, han extendido sus ámbitos tanto regionales como relativos a las actividades propias, que al principio alcanzaban actos de venganza relacionados con actividades de sus miembros, constituyendo en la actualidad un complejo de actos criminales que abarcan tanto el tráfico de drogas, de personas, lavado de dinero, etc. De acuerdo con estudios que se han

²⁴ Cornejo, A., *ob. cit.*, p.44.



realizado al respecto la mafia tiende a sobreponer ~~contraponer~~ sus propias leyes al ordenamiento estatal²⁵.

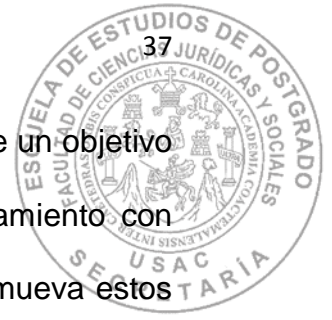
El delito de asociación ilícita contenido en la LCDO (artículo 4).

Como se ha mencionado, este delito está integrado por dos formas de participación definidas como tipos conductuales, aunque técnicamente no lo son. Una de ellas es participar o integrar grupos ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas. La otra es participar o integrar asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su participación.

En el primer caso se especifican los grupos: de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas. En el segundo, la referencia es a otros delitos, de los señalados en la propia LCDO. Lo importante aquí es tener en cuenta, además, el concepto de grupo delictivo organizado u organización criminal, es decir, cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos de los señalados en la LCDO.

1.5.1.2.4 Asociación ilegal de gente armada. Constituye el delito establecido en el artículo 5 de la LCDO: organizar, promover o

²⁵ Cornejo, A., *idem*, p.45.



pertenecer a grupos o asociaciones no autorizadas. Tiene un objetivo o dolo especial que es el uso, entrenamiento o equipamiento con armas. Sujeto activo del mismo es quien organice o promueva estos grupos, pero también quien pertenezca a los mismos.

1.5.1.2.5 Entrenamiento para actividades ilícitas. Este delito, contenido en el artículo 6 de la LCDO, lo comete quien equipe, organice, instruya o entrene a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares o policiales con las siguientes finalidades específicas: desarrollo de actividades terroristas, escuadrones de la muerte, grupos de justicia privados, bandas de sicarios o destinadas a ejecutar acciones de delincuencia organizada.

1.5.1.2.6 Uso ilegal de uniformes o insignias. En la comisión de este delito existen varios aspectos que deben delimitarse, en primer lugar, la utilización de uniformes o insignias reales, similares o semejantes a los del Ejército, Policía o fuerzas de seguridad del Estado; segundo: la utilización de dichos objetos debe realizarse con ánimo de cometer un delito.

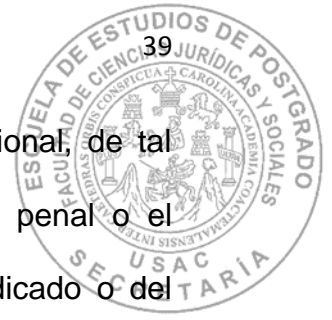
1.5.1.2.7 Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en territorio nacional. Consiste este delito en autorizar el ingreso al país, vender o comercializar vehículos terrestres, marítimos, aéreos o maquinaria, a sabiendas de que han sido robados en el extranjero o en territorio nacional. Este delito también será imputable a las personas jurídicas cuando se trate de actos imputables a sus



órganos regulares siempre que se encuentren en el giro u objeto normal o aparente de sus negocios.

1.5.1.2.8 Obstrucción de justicia. Son varias las conductas que señala el artículo 9 de la LCDO como integrantes de este delito, siendo ellas:

a) utilización de fuerza física, amenazas, intimidación, promesa, ofrecimiento o concesión de beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para inducir al falso testimonio, perjurio o para obstaculizar la aportación de pruebas en un proceso relacionado con la comisión de los delitos comprendidos en la LCDO, b) amenazar o coaccionar a algún miembro del Organismo Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional Civil, auxiliares de la administración de justicia, traductores, intérpretes, peritos, testigos y demás sujetos procesales, su cónyuge o familia que afecte la integridad física, el honor o bienes de estos. El hecho debe cometerse con la finalidad de influir en su comportamiento u obstaculizar el cumplimiento de sus funciones en la investigación y persecución de los delitos establecidos en la LCDO; c) los particulares o funcionarios, servidores o empleados públicos, que participen en la fase de investigación o de los métodos especiales de investigación, persecución, procesamiento y juzgamiento de los delitos establecidos en la LCDO que: 1) protejan indebidamente o encubran a quien aparezca como sindicado de un hecho investigado; 2) oculte o entregue información errónea o falsa que afecte el buen curso de la investigación o el proceso.3) falsifique o altere documentos y medios

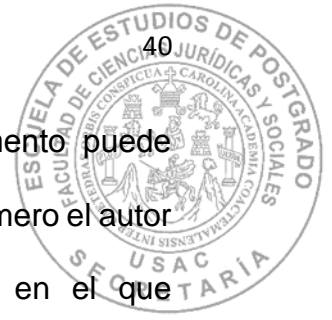


39

probatorios o los destruya; 4) actúe con retardo intencional, de tal forma que obstaculice la investigación, la persecución penal o el juzgamiento; 5) preste falso testimonio a favor del sindicado o del imputado, en las causas que se tramiten por los delitos contemplados en la LCDO.

1.5.1.2.9 Exacciones intimidatorias. (Artículo 10). Para que se realice la conducta a que se refiere el delito se requiere: a) la participación en grupo de delincuencia organizada, al indicar que lo comete quien agrupado en la delincuencia organizada, organización criminal o asociación ilícita; b) que la conducta se realice en abierta provocación o de manera intimidatoria; c) solicitar o exigir la entrega de dinero u otro beneficio; d) que el hecho se produzca en la vía pública o medios de transporte. Es importante analizar el elemento de la participación en el grupo, especialmente de una asociación ilícita, con el objeto de determinar si esta participación es un momento de este delito, o bien un delito aparte. Según lo hemos indicado, la asociación ilícita es un delito autónomo, cuando aparece como única manifestación delictiva.

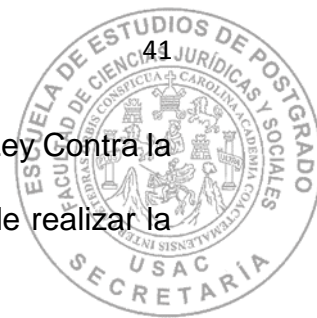
1.5.1.2.10 Obstrucción extorsiva del tránsito. La conducta de este delito, establecida en el artículo 11 requiere: a) ser partícipe de la delincuencia organizada, organización criminal o asociación ilícita; b) que el hecho se realice en abierta provocación o de forma intimidatoria; c) solicitar u obtener dinero u otro beneficio de conductores de cualquier medio de transporte por permitirle circular en la vía pública,



“sin estar legalmente autorizado”. En este último elemento puede apreciarse una diferencia con el artículo 10, pues en el primero el autor solicita o exige el dinero o beneficio, mientras que en el que analizamos el autor “solicita u obtiene” el dinero.

1.5.1.2.11 Problemas de interpretación. Como puede advertirse de la enumeración que se hace de los delitos que integran el grupo de delitos de delincuencia organizada, algunos se encuentran en la LCDO y otros en el Código Penal; además, hay que señalar la influencia de una ley especial dentro de estos delitos, la Ley contra la Corrupción (Decreto 31-2012 del Congreso). Se hace mención de la existencia de tales disposiciones legales, que, aunque pretenden uniformidad, pueden colocar al intérprete en situaciones de confusión. Un ejemplo de tales situaciones es la aplicación, para ciertos casos, del principio de legalidad. Sucede que eventualmente el autor pudo cometer en determinada época, cuando el cohecho pasivo estaba regulado conforme lo disponía el artículo 439 del Código Penal reformado según el Decreto Legislativo 38-2000, en el cual la pena a imponer era la de prisión de 2 a 8 años de prisión y multa de 10 mil a 50 mil quetzales. En la actualidad, dicho artículo está reformado por el Decreto legislativo 31-2012 (Ley contra la Corrupción), en el que la pena de prisión es de 5 a 10 años y multa de 50 mil a 500 mil quetzales; si se imputa un hecho del año 2010 es posible la aplicación del 38-2000 por ser una ley más benigna, pero también es posible la imputación del

delito de conspiración por estar vigente desde el 2006 la Ley Contra la Delincuencia Organizada; el problema surge si se trata de realizar la imputación como un concurso ideal.



1.5.2 Otros aspectos a señalar en la legislación nacional

Además de lo indicado, puede decirse que existen diferencias dentro de la LCDO en la definición de grupo delictivo organizado y la definición del delito de conspiración. La razón que nos mueve a esta afirmación es la siguiente: a) según la definición de grupo delictivo organizado que se encuentra en el artículo 2 de la misma, este se integra con tres o más personas; b) en la definición de conspiración que aparece en el artículo 3, este delito se comete en principio por concertarse “con otra” persona por lo que cabe la posibilidad que el hecho sea cometido por dos. Entonces, si hay conspiración para cometer un hecho delictivo de los señalados por la LCDO, estos pueden ser cometidos, en principio, por una organización ajena a dicha ley. Esta incoherencia debe ser reformulada nuevamente por los legisladores.

1.5.3 Legislación internacional

En cuanto a la definición de crimen organizado a nivel internacional, se agrega también la problemática de la definición de otros complejos crímenes dentro del rango de las organizaciones criminales. Es necesario el



análisis en el ámbito internacional, toda vez, que en dicho ámbito puede decirse que nació lo que actualmente tenemos a nivel nacional.

La definición es necesaria si partimos de que los Estados de la mayoría de países se han agrupado para la persecución del comportamiento criminal en esta materia, y se han agrupado tanto para considerar qué comportamientos deben ser considerados dentro de esta materia a nivel nacional, sino qué comportamientos dan lugar a la cooperación tanto entre Policías de los distintos países, servicios judiciales, Ministerios Públicos, Ministerios de Justicia, etc.

Para los efectos de la definición, un grupo de expertos reunidos en Varsovia, Polonia, en 1998 discutió dos aspectos de definiciones internacionales sobre el crimen organizado, una propuesta de la propia Polonia y la propuesta de EE. UU., contenida en un Proyecto de Convención para la Represión del Crimen Organizado Transnacional. El proyecto polaco contenía un intento de definir el crimen organizado, y el de EE. UU., considera la posibilidad de establecer una lista de crímenes que pueden clasificarse dentro de los denominados: crimen organizado transnacional²⁶.

La Unión Europea, en 1988, también aprobó una “Acción común para convertir en una infracción criminal en los Estados miembros de la Unión Europea la participación en una organización delictiva” en la cual definió la organización delictiva de la siguiente manera: “Una organización

²⁶ Van den Wyngaert, Cristine. *Transformaciones del derecho penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado*. International Review of Penal Law, 1º y 2º trimestre 1999., p.243.



estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de la menos cuatro años... con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

Como puede apreciarse desde esos instantes, en las convenciones internacionales aparecieron elementos de lo que en la Época Contemporánea se reputa como delito de la delincuencia organizada. De acuerdo con los comentaristas de aquella época²⁷ la definición general combinaba los siguientes elementos:

1.5.3.1 Un criterio de proporcionalidad, es decir, se ha considerado desde sus inicios como delito grave.

1.5.3.2 También se considera que el hecho es punible con una pena privativa de libertad, y por ser grave la pena ha de ser de 4 o más años. Al considerarse como delito grave debe imponerse la pena privativa de libertad acorde a los delitos considerados graves. En algunos países, o en cierta mayoría de países europeos, el delito grave conlleva una pena de como mínimo 4 años; en nuestro medio, de

²⁷ Van den Wyngaert, Cristine., *ob. cit.*, p.245.



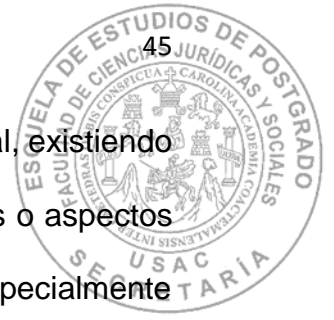
acuerdo con la estimación que respecto de los delitos graves y menos graves se hace en el código.

Tales elementos son o han sido un punto de partida para la tipificación de los hechos que se consideran delitos del crimen organizado y que deben servir, como han servido en otras latitudes, como pautas para la construcción de los tipos de estos delitos.

1.5.3.3 Este criterio se combina con el de elaborar una lista de delitos que se consideran como parte del crimen organizado, entre ellos: terrorismo, tráfico ilegal de drogas y la existencia de datos indicativos de que participa una estructura criminal organizada y el involucramiento de dos o más Estados afectados por la forma de crimen ya relacionada.

1.5.4 Infracciones típicas del crimen organizado

Inicialmente se consideraron como parte del crimen organizado infracciones tales como corrupción (que en muchos países se restringe a la de funcionarios públicos, fraude, tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero conocido también como blanqueo de dinero, *money laundry*, etc.) y en la actualidad se han ido incrementando; a nivel internacional especialmente con delitos de carácter complejo. En nuestro medio las figuras típicas las constituyen los delitos de la Ley contra la Delincuencia Organizada y los delitos de la Ley contra la Corrupción que han sido incorporados al Código



Penal y otros que han sido modificados, del mismo Código Penal, existiendo en la actualidad, en cuanto a estos últimos, ciertas divergencias o aspectos discutibles desde el punto de vista de la dogmática penal, especialmente desde la teoría del tipo penal. De estos aspectos podemos mencionar, en el caso de la Ley contra la Corrupción situaciones tales como la de si los actos de los funcionarios públicos realizados fuera de su competencia pueden constituir o no actos de corrupción, o la de si las personas particulares a las que se involucra en los tipos pueden cometer actos de corrupción.

Además, participan de la connotación de delitos de crimen organizado, los demás que señala el artículo 3 de la LCDO que ya enumeramos, y que forman parte del Código Penal. En cuanto a esta última ley pueden señalarse, como aspectos discutibles, los tipos penales que se refieren a una imputación doble de la misma conducta, como el caso de la asociación ilícita como parte de los delitos de exacciones intimidatorias y obstrucción extorsiva del tránsito pero, por otra parte, estos tipos penales deben ser renovados toda vez que la implicación como parte del crimen organizado denota distintas clases de participación que no son consideradas, ni siquiera en la parte general de. Código Penal.

Las infracciones de carácter complejo ya han sido señaladas antes y en general participan del hecho de ser actos ilícitos transnacionales que pueden desarrollarse en el territorio de más de un Estado, señalándose como ejemplo “los productos de un crimen cometido por X en el territorio del Estado A pueden ser blanqueados en el Estado B. X puede conspirar en el Estado B

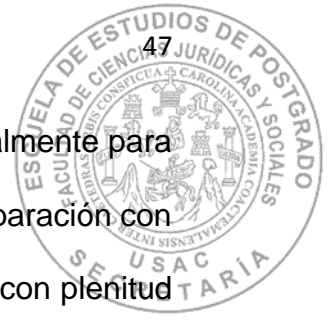


con el fin de cometer un crimen en el estado A o puede desplegar una actividad logística como miembro de una organización criminal en el Estado B para apoyar la comisión de un crimen en el Estado A”²⁸.

Las implicaciones de carácter sustantivo y procesal de tales hechos, han sido resueltas a través de convenciones internacionales, que paulatinamente se han ido convirtiendo en leyes nacionales de los diferentes países del orbe, pero cuya aplicación en la actualidad no están exentas de dudas, en virtud de que la iniciativa de tales convenciones parte de países considerados del primer mundo o industrializados, que normalmente dan lugar al ataque del crimen organizado de manera más directa. Un ejemplo de ello es que inicialmente las convenciones internacionales sobre estos temas parten de postulados y convenciones internacionales de la Unión Europea UE y el GAFI. Este último es un grupo de Estados Industrializados normalmente liderados por los Estados Unidos, acciones que han desembocado en las Convenciones Internacionales contra la Corrupción y el Convenio de Palermo, que se mencionó.

Luego de que las legislaciones nacionales han adoptado diversas figuras como de criminalidad organizada, como la de nuestro país, nos parece que el siguiente paso es incidir en la parte general de la legislación penal, con el objeto de delimitar ciertas categorías delictivas que en la actualidad se mantienen en un claroscuro. Es decir, no se sabe si siendo tales categorías pertenecientes a un derecho penal tradicional, un derecho

²⁸ Van den Wingaert, Cristine., *ob. cit.*, p.252.



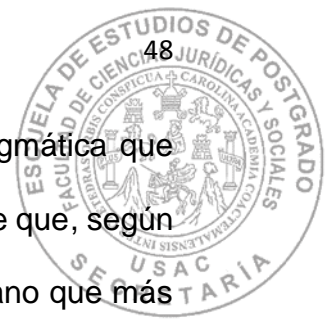
penal pensado principalmente para el autor individual, y colateralmente para actividades delictivas de ciertos grupos, pero que no tienen comparación con la criminalidad organizada, si tales categorías puedan utilizarse con plenitud dogmática para los casos de tal criminalidad.

El presente análisis nos sirve para hacer algunas comparaciones, y vemos, por ejemplo, que alguna referencia debe hacerse en cuanto a la autonomía como delitos propios de ciertos hechos que tradicionalmente se han considerado parte del iter criminal, tales como la conspiración y la asociación ilícita. Algo parecido hay que decir, en cuanto a la categoría de los concursos delictivos, y aún más en cuanto a los temas de autor, coautor, partícipe, autor mediato, las cuales no son satisfactoriamente definidas en nuestro Código Penal. Sin pretender exhaustividad y aún menos, uniformidad de criterios, lo cual es difícil de alcanzar especialmente en temas como el que ahora tramos, en el próximo capítulo se hace una revisión sobre la forma general en que pueden ser tratados aspectos importantes de la conducta, la autoría y sus formas, así como la participación en el delito.

1.6 Las conductas a ser definidas dentro de la criminalidad organizada

1.6.1 Importancia de la conducta y algunos de sus elementos en la teoría del delito y en la práctica procesal

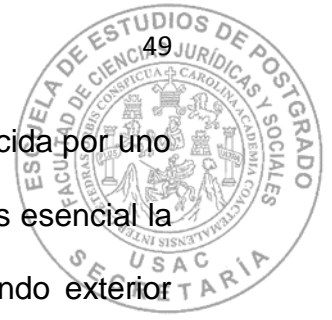
Utilizando un método deductivo hemos de partir de la dogmática jurídica general y de la dogmática penal para analizar la teoría del delito y dentro de ella la



situación de la conducta. La teoría del delito es una construcción dogmática que marca un punto de partida en la ciencia del derecho penal al extremo de que, según nuestra concepción, constituye una de las invenciones del saber humano que más ha contribuido a su desarrollo puesto que al situarse como un eje de los conocimientos acerca del delito, constituye realmente un eje del conocimiento. Sin embargo, este concepto no es ajeno a largas discusiones que parten precisamente del concepto de dogmática penal. La dogmática jurídica en general suele ser difícil de caracterizar, y por esa vía, la dogmática jurídico penal también es difícil de caracterizarse. La dogmática penal no escapa de la explicación de ser un método para la comprensión del sentido de lo penal; la dogmática penal acompaña a la dogmática jurídica general en cuanto a su verdadera misión: “Añadir a los enunciados de la ley otros enunciados, que se emplean en la fundamentación de las decisiones junto a la ley misma”²⁹, así podemos decir, que una primera misión de la dogmática penal debe ser su contribución para la construcción de enunciados que se emplean en la fundamentación de las decisiones junto a la ley misma y, también para la construcción de enunciados que se emplean en el análisis de los comentaristas y en general de los intérpretes del derecho.

Desde luego, esa contribución ha ido elaborándose desde las épocas pretéritas del derecho penal, la escuela clásica, el positivismo, el formalismo, el finalismo, etc., no pudiéndose negar el realce e impulso dado a la dogmática penal el desarrollo del pensamiento jurídico alemán hasta nuestros días, especialmente a la dogmática del delito con la elaboración de la teoría general del delito.

²⁹ Silva Sánchez, Jesús M. citando ideas de Welzel, en *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p.49.



Un gran ejemplo de ello, es que, en la definición de delito producida por uno de los más grandes representantes del positivismo, Franz von Liszt “es esencial la producción de un resultado que constituya una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos...”³⁰. El renombrado autor asigna a la dogmática una doble vertiente. Constituye una ciencia sistemática en la que, a la par del análisis de la síntesis de las construcciones jurídicas, se encuentra el aspecto práctico. Un avance de estas ideas puede verse en la construcción neokantista que refiere que el derecho tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera explicación formal o explicación causal³¹.

Aun cuando el finalismo adopta una posición epistemológica distinta, por lo menos del neokantismo, ya que el punto de partida de la dogmática para los discípulos de Welzel fue la configuración de las estructuras lógico objetivas, llegándose a estimar que el punto realmente central de la concepción finalista ha sido en la concepción del derecho penal como mecanismo dirigido a la protección de los valores ético sociales de la acción. Lo anteriormente expuesto, sin ser una relación histórica completa de la dogmática, sirve para confirmar la referencia inicial respecto de la dogmática penal viéndola como un método que añade a los enunciados de la ley otros que se emplean para la fundamentación de las decisiones jurídicas y en general para su análisis y comprensión. Así, dentro de la dogmática, se ha llegado a establecer la teoría del delito, cuya importancia puede apreciarse

³⁰ Von Liszt, Franz., cit., por Silva Sánchez, J. M., p.53.

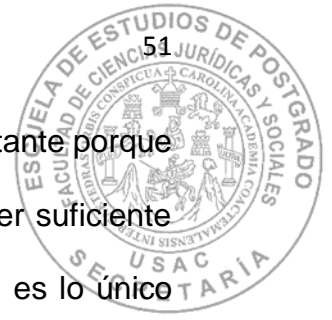
³¹ *Idem.*, p.55.



especialmente en la parte especial del Código Penal y en general en toda descripción típica, con lo cual existe de algún modo, una fidelidad dogmática al derecho positivo, por ser su fuente de referencia. Lo que aquí intentamos, con lo expuesto respecto de los delitos de las asociaciones criminales, es una reconstrucción propositiva, con el análisis de sus elementos y por eso pasamos al análisis general de las conductas de tales infracciones y su importancia desde el punto de vista de la teoría del delito.

En el marco del elemento acción, que es básico puesto que siempre al definir el delito nos referimos a acción típica, tenemos que mencionar aspectos que la práctica hace buscar hacia un futuro de la dogmática penal. Por ejemplo, en la acción ha sido importante, desde el punto de vista de nuestra legislación, la relación de causalidad, que establecida en el artículo 10 del Código Penal, se refiere a un concepto positivista causalista: “Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso, o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta”. Con ello está previendo que se sancionen los delitos en relación con una conducta idónea para producirlos, o cuando los hechos son consecuencia de una determinada conducta.

Sin embargo, vemos que, en algunas ocasiones en los tribunales, se utiliza una interpretación de los hechos y la relación de causalidad conforme la teoría finalista, es decir, que aprecian la voluntad final del autor, lo cual desde el punto de vista académico es correcto, pero no desde el punto de vista legal, que no es



51
concordante con aspectos relacionados con el finalismo. Esto es importante porque dependiendo de cada caso, algunas veces el causalismo puede no ser suficiente para la imputación correcta de figuras delictivas típicas, sin embargo, es lo único que el juez tiene a su alcance para juzgarlas. Por eso en el caso de la acción hay que tener esto en cuenta.

En el campo de la tipicidad es importante conocer perfectamente los tipos penales que pueden ser imputados para los casos de crimen organizado. Pensamos que la tipificación para el crimen organizado está definida en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, específicamente, como ya aludimos oportunamente, en los artículos 2 y 3.

1.7 Autores y partícipes en el caso del crimen organizado

Conviene analizar, además de lo ya expresado ciertas instituciones que parecen escapar a la teoría del delito tradicional, dado que la misma ha sido base para la estructura de códigos penales que parecen dirigirse a regular la actividad de las personas individuales y no de colectivos, como los grupos criminales.

Por ello es importante analizar categorías penales como la autoría y las diversas formas de participación en el delito. Una de nuestras hipótesis es que las regulaciones del derecho penal sustantivo (Código Penal especialmente), no son suficientes, para tener por regulada una concreta reacción del Estado ante el crimen organizado. Un ejemplo en nuestro medio es que todavía se sigue procesando y penalizando estos hechos a través de las disposiciones que sobre el autor del delito

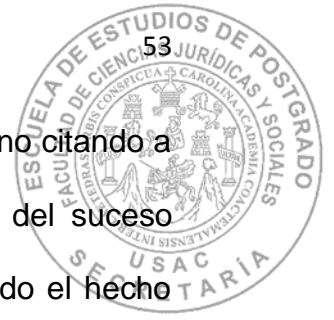


tiene consignado el Código Penal en el artículo 36³², el que ha quedado rezagado en el tiempo, por no contener regulaciones que puedan abarcar las acciones de autores, coautores, autores mediatos y demás partícipes del crimen organizado. En la construcción de dicho artículo es apreciable que se refiere a actividades criminales individuales (en absoluto en los dos primeros incisos) y aunque los incisos 3º y 4º aluden a acciones de cooperación criminal sería muy difícil adoptar alguno de los mismos en cuanto a las actividades de la criminalidad organizada que tiene sus formas peculiares de cooperación. Es claro que una reforma al respecto implicará oportunamente la reforma de los tipos penales relativos a estos crímenes, para ser coherentes con las demás instituciones.

Este trabajo pretende dar un aporte en cuanto a una nueva legislación relativa al tema que tratamos; por ello se analizan las siguientes cuestiones en cuanto a autoría, participación y crimen organizado, temas que una nueva regulación debería comprender; regulación que, además, deberá ocuparse en su momento de las formas imperfectas de la realización del tipo.

1.7.1 La cuestión del autor. En general se concibe como autor del delito aquel que ejecuta el hecho descrito en el tipo penal. Cuando hablamos de autor, dice Donna: “Nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse ‘ese hecho le

³² El artículo 36 del Código Penal indica: “Son autores: 1º Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. 2º. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo. 3º. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. 4º. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.



pertenece”³³. El tantas veces citado Abel Cornejo, autor argentino citando a Fernández y Pastoriza indica que “el autor es el eje central del suceso delictivo. Es el protagonista en torno al cual gira y depende todo el hecho delictivo”³⁴.

Los sistemas que se utilizan para definir las cuestiones sobre autoría y participación se han dividido en dos: el sistema unitario, que engloba dentro del concepto de autor a todo participante en el hecho delictivo, y el sistema diferenciador, que admite la diferencia entre la realización del rol principal o de autor y la realización de conductas accesorias, o de partícipes en general³⁵. En relación con este sistema se han formulado diversas teorías, siendo la más utilizada la teoría del dominio del hecho que fue formulada por el padre del finalismo Hans Welzel. Esta teoría es la que predomina, en la actualidad, a pesar de que no cubre la totalidad de aspectos del concepto de autor. Para ella autores solamente “aquel que mediante una conducción consiente del fin de acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”³⁶.

El momento general del dominio sobre el hecho es, según Welzel, la voluntad final de realización (el dolo del tipo)³⁷, el dominio del hecho se manifiesta, según Roxin, en tres formas: a) Dominio de la acción en los casos en que sin coacción y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal,

³³ Donna, Edgardo A. *La autoría y la participación criminal.*, p.9.

³⁴ Cornejo, A., *ob. cit.*, p.98.

³⁵ Villavicencio T., Felipe., *ob. cit.*, p.461.

³⁶ Welzel, Hans., *ob. cit.*, Villavicencio T. Felipe, *Derecho penal, parte general*, p.466.

³⁷ Villavicencio, Felipe., *idem*, p.467.



realiza todos los elementos del tipo de propia mano; b) Dominio de la voluntad: el sujeto realiza el tipo mediante otro que le sirve de intermediario, es el caso de la autoría mediata; c) Dominio del hecho funcional: “Se establece en qué medida un individuo, sin realizar la acción típica ni tener el poder de voluntad sobre el actor de otros, solo con su colaboración puede llegar a ser considerado como elemento central en la comisión del delito, este es un supuesto de participación activa en la realización del delito en que la acción típica la lleva a cabo otro”³⁸.

Jakobs también se refiere al autor desde el punto de vista del dominio del hecho con base en la responsabilidad de cada individuo. Él también hace una diferenciación entre autoría y participación delimitando las competencias de los que intervienen conjuntamente en un hecho delictivo; estas competencias se definen con base en dos modelos: a) el modelo para los delitos de infracción del deber en el cual se fundamenta la responsabilidad plena en concepto de autor mediante la lesión de un deber; b) el modelo para los delitos de dominio: en la mayoría de delitos la responsabilidad se vincula a los actos organizativos del titular de un ámbito de organización (La organización se le llama comúnmente dominio del hecho, y por eso se llaman delitos de dominio)”³⁹.

Como se dijo, en la mayoría de delitos la responsabilidad penal, a título de autor, se vincula a los actos de organización del titular del dominio, por

³⁸ Roxín, Claus, Derecho Penal. Citado por Villavicencio, Felipe. *Derecho penal*, p.467.

³⁹ Jakobs, Gunther. Citado por Villavicencio, Felipe. *Derecho penal*, p.468.



eso se habla actualmente de manera general de la autoría de los delitos de dominio, porque: “El dominio sobre el hecho constituye la característica general de la autoría. Autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, al que el sujeto, que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encausarlo hacia el objetivo determinado”⁴⁰. De lo anterior podemos derivar que el autor inmediato es quien domina la acción realizando la manera personal del hecho delictivo y el autor mediato, es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario, pero solo él tiene el dominio del hecho⁴¹.

Todo lo anterior, lo hemos expuesto para referirnos al caso de los autores de los delitos que forman parte del crimen organizado.

El autor en los delitos de crimen organizado. Definiciones como las precedentes ponen de relieve el carácter marcadamente individualista con que la doctrina, y con ella las legislaciones, tratan el concepto de autor. Como se dijo anteriormente, la dogmática ha contribuido al análisis de la ley, así como a que las resoluciones sean reforzadas dentro de un razonamiento lógico, asimismo la dogmática puede ayudar para una mejor disposición legal, para que la ley sea acorde al desarrollo especialmente al desarrollo de la criminalidad. En ese orden de ideas creemos que para el concepto de autor de delito del crimen organizado debe atenderse a las especiales

⁴⁰ Villavicencio, Felipe, *ob. cit.*, p.469.

⁴¹ Welzel, Hans., *cit.*, por Villavicencio, Felipe., *ob. cit.*, p.470.

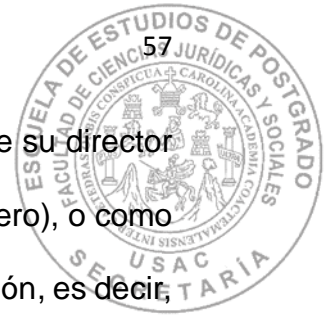


características de ellos. Por lo anterior, una definición de autor en relación con delitos del crimen organizado debe contener:

a) Un ajuste a la realización de los tipos delictivos de la criminalidad organizada, y conforme hemos venido analizando, en el Código Penal además de contener una descripción general de lo que se considera autor, debe también referirse a las distintas modalidades de autoría, que el Código Penal de nuestra época actual no contiene. Por ejemplo, referencia al autor de delitos de propia mano, al autor inmediato, al autor mediato, y en el caso de este último, que creemos se acomoda a la actividad criminal organizada, que no puede siempre adaptarse al tema del instigador, deberá referirse a la “persona interpuesta”. Con mayor claridad Villavicencio nos indica, que a partir de la teoría del domino del hecho se habla en estos casos de un dominio de la voluntad, que ostenta el hombre que actúa desde atrás sobre la persona interpuesta “Nosotros, –dice– usamos el término intermediario”⁴².

b) Mayores referencias en relación con el bien jurídico que se protege y con la colectividad que actúa; por ejemplo, para un caso específico: en una colectividad organizada de las que denominamos a nivel nacional “mara” existen distintas formas de actuar, pero no distintas de responsabilidad, si tomamos a un sujeto (niño, joven o adulto) que se inicia, que como parte del ritual es requerido para dar muerte a una persona, como para aquilatar su estado anímico en relación con grandes eventos criminales que le serán exigidos conforme desarrolle su actividad en una determinada clica. La

⁴² Villavicencio T., Felipe., *ob. cit.*, p.471.



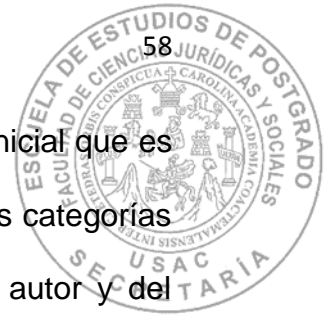
pregunta es si este iniciado sería tan responsable, o menos, que su director más cercano, el que lo llamó para iniciar una vida delictiva (ranflero), o como el jefe local o jefe de clicas o aún como el jefe de toda la organización, es decir, los personajes que actúan desde atrás.

En tales casos debe estudiarse con mayor detenimiento la naturaleza de la aportación típica al delito de cada sujeto concurrente (aportación de elementos objetivos: conducta y de elementos subjetivos: dolo) no tanto para determinar la tipicidad de la conducta, o la antijuridicidad material, siendo uno *ratio essendi* del otro sino para la determinación de la culpabilidad y de la pena, los que han de estimarse desde el punto de vista de los elementos subjetivos del delito: la intensidad del dolo emergente de la participación, según el hecho tipificado y del punto de vista de la trascendencia del hecho para el reproche social y la determinación de la culpabilidad; todo ello porque al fin de cuentas la conceptualización del autor y de los partícipes se encuentra determinada por los datos que proporciona la realidad⁴³.

Además, porque la teoría del dominio del hecho nos enseña que los partícipes punibles también actúan con dolo, pero no tienen el dominio del hecho⁴⁴. Como puede apreciarse, en la práctica la determinación de la participación en los hechos de la criminalidad organizada no debería ser analizada desde la óptica de una dogmática tradicional confeccionada para hechos ejecutados por una o por pocas personas, determinables con

⁴³ Villavicencio T. Felipe, *Derecho penal, parte general*, p.459.

⁴⁴ Villavicencio, F., *ob. cit.*, p.493.



facilidad. Por esa razón, hemos afirmado en nuestra hipótesis inicial que es necesaria una nueva conceptualización en relación con aquellas categorías penales que han sido pensadas desde el punto de vista del autor y del partícipe individual y no de la del autor colectivo y el partícipe colectivo, pues como conclusión respecto del tema podemos decir que realmente cada tipo penal requeriría una definición propia de autor de tal hecho en particular; o bien reducirse a una descripción general que contenga la mayoría de elementos mediante los que pueda ser destacado un autor específico.

Por eso, nuestra afirmación en principio se refiere a una definición de autor de los delitos de crimen organizado, pero que entrando a fondo se trataría de establecer una definición propia de cada delito del crimen organizado, tomando en cuenta la distinta actividad y características de un terrorista, un narcotraficante, o un lavador de dinero, para hablar de los delitos que desde su inicio fueron considerados dentro del crimen organizado (especialmente del crimen organizado transnacional) y no se diga de los delitos de carácter local, como la pertenencia a “maras” o clicas, obstrucción de justicia, , exacciones intimidatorias y los demás contenidos en la LCDO. Cada uno de ellos requiere características especiales que se han ido definiendo a lo largo de la aplicación tanto de la Convención de Palermo como de la LCDO.

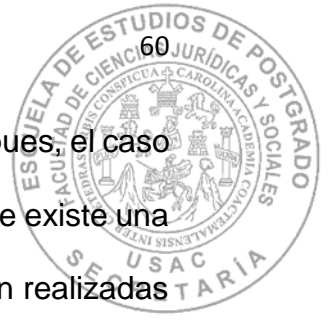


1.7.1.1 La dogmática tradicional dirigida al autor individual

A pesar del desarrollo de la sociedad moderna, en general, las legislaciones continuaron refiriéndose al autor individual de delito.

Dentro de las formas de manifestación del dominio del hecho, la manifestación como dominio de la acción es definida desde el punto de vista del autor inmediato: el autor realiza el mismo la acción típica. La manifestación como dominio de la voluntad se refiere más que todo a la actuación del intermediario y, en consecuencia, el autor domina la voluntad del intermediario, este último actúa y realiza la acción típica, dependiendo su actuación de la voluntad del autor que actúa como el hombre de atrás. En este caso no hay duda cuando se trata de actos imputables a personas individuales, pero deslindar a los autores directos de los coautores y de los partícipes a través de tal doctrina es mucho más complejo.

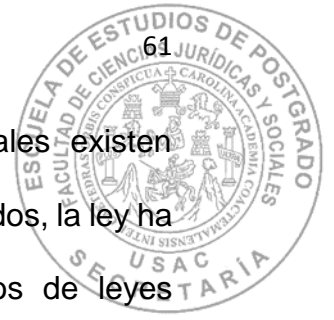
Por ello, nos parece más adaptable a la situación de los delitos cometidos por una serie de autores y una serie de partícipes, como los casos del crimen organizado, la teoría del dominio del hecho funcional que se basa en la división del trabajo y sirve de fundamento a la coautoría, en los casos en que la actividad del autor se fragmenta. Mediante esta concepción se establece en qué medida un individuo, sin realizar la acción típica ni tener el poder de voluntad sobre el actuar de otros, solo con su colaboración, puede llegar a ser considerado



como elemento central en la comisión del delito⁴⁵. Tal es, pues, el caso de las grandes organizaciones criminales en que realmente existe una marcada división de actividades encaminadas a un solo fin realizadas por sujetos considerados como el eje central del hecho, pero que no realizan la acción típica, ni tienen el poder de voluntad sobre el actuar de otros, como en el caso de los narcotraficantes, en que los jefes directos de la operación se encuentran a miles de kilómetros de aquellos que realizan las operaciones de tráfico directas, y en el cual tanto los que han planificado los hechos, pueden ser considerados como elemento central de la comisión del delito, por haberlo previsto y dado las indicaciones de su ejecución. Son otros quienes, no obstante, realizan las operaciones que corresponden materialmente al narcotraficante; aquellos pueden ser alcanzados por la amenaza penal como autores mediatos de los hechos, estos últimos como los intermediarios que ejecutan la otra parte de la acción. No es de ninguna manera un acto sencillo el poder determinar la responsabilidad del autor individual, y no se diga la responsabilidad de autores y partícipes colectivos.

Una legislación moderna debe contener todas las posibilidades de autoría, y dentro de ella, todas las de autoría mediata. Algunos legisladores y doctrinarios son partidarios de disposiciones legales concisas, sin embargo, no debe olvidarse que la ley es para todos los

⁴⁵ Roxin, cit., por Villavicencio T., p.467.

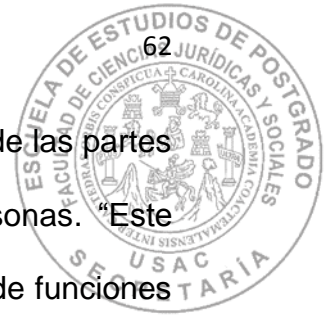


ciudadanos, y que dentro de los ciudadanos nacionales existen personas con menor desarrollo cultural que otras. Para todos, la ley ha de ser muy clara, en consecuencia, somos partidarios de leyes desarrolladas que indiquen tanto lo relativo al autor unipersonal como lo relativo al autor múltiple como al autor o autores que actúan a través de uno o varios intermediarios, y aún para lo relativo a los intermediarios únicos o múltiples que actúan dentro de un aparato de poder ya sea un grupo organizado por el Estado o una organización estructurada jerárquicamente de carácter criminal. En el caso de los aparatos de poder se dice que es admisible la existencia de la autoría mediata, sin negar que el ejecutor es plenamente responsable y, por ende, punible como autor⁴⁶. Es indispensable, también, que una futura ley prevea la coautoría en la cual el dominio del hecho es común a varias personas, coautores son los que toman parte en la ejecución del delito en codominio del hecho (dominio funcional del hecho). En este caso se presenta la coautoría como una división de trabajo. En la división de trabajo las partes que aportan a la ejecución se conjugan en una prestación colectiva total⁴⁷.

Es importante señalar en este tema que existen varios requisitos para reputar autores en la coautoría, siendo ellos:

⁴⁶ Roxin, Claus., cit., por Villavicencio, Felipe., *ob. cit.*, p.479.

⁴⁷ Pérez, Alonso., cit., por Villavicencio, Felipe., *ob. cit.*, p.481.



- i. La decisión común que determina la conexión de las partes del hecho, llevadas a cabo por distintas personas. “Este concierto de voluntades, determina la división de funciones en el proceso ejecutivo, ejemplo, el autor ataca a la víctima, el otro le sustrae su dinero. Dentro de esta división de funciones podemos diferenciar dos formas de coautoría: una coautoría no ejecutiva, donde se identifican a los autores que realizan las labores de planeación, dirección y coordinación de las funciones de ejecución; y, una coautoría ejecutiva, que comprende a los autores que realizan las labores propias de la comisión de un delito”⁴⁸.
- ii. Realización común. “Para la realización común se exige que el sujeto haga un aporte objetivo al hecho, este aporte objetivo se encuentra en una relación de interdependencia funcional asentada sobre el principio de la división del trabajo, es decir, que cada coautor complemente con su parte en el hecho a la de los demás en la totalidad del delito, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos”⁴⁹. Como consecuencia de lo anteriormente dicho: “Será coautor quien realiza parcialmente las características del

⁴⁸ Muñoz, Conde/García Arán., cit., por Villavicencio, Felipe., *ob. cit.*, p.483.

⁴⁹ Ruiz Antón, Welzel, Wessel, Bacigalupo, Citados por Villavicencio, Felipe., *ob. cit.*, p.485.



63
tipo, siempre que, considerando, todos los aportes en su conjunto, originen el tipo⁵⁰.

La complejidad y multiplicidad de acciones que se incardinan en estos grandes aparatos de poder criminal que pueden encontrarse en la criminalidad del Estado, de empresa, de traficantes, de terroristas, de bandas, etc., nos inclina a pensar que realmente es necesaria una reforma total para adecuar aún más el enfoque legal hacia lo criminal colectivo, por lo que se reitera nuestra conclusión en el sentido de las fórmulas actuales del Código Penal, en la parte sustantiva, no constituyen reglas absolutas sobre la autoría y la coautoría a nivel de tipos establecidos para cometerse por el crimen organizado a través de estructuras criminales.

1.7.2 La dogmática dirigida al partícipe

En la dogmática contemporánea hay dos formas de tratar la participación: en un sentido amplio la participación corresponde a todos los que participan en un delito, así sean autores, coautores, autores mediatos o cómplices; pero en un sentido específico se aplica únicamente a los cómplices, con lo que el término participación se contrapone al de autoría y se utiliza solamente para los cómplices, y por ello, en general se dice que

⁵⁰ Villavicencio, Felipe., *ob. cit.*, p.486.

participes son aquellos que no son autores, aun cuando algunas formas de participación alcanzan la categoría de autor, como veremos adelante.

Puede haber participación (como autor) en sentido formal, en relación con los tipos legales, o sea, de acuerdo con la descripción que existe en el tipo legal la complicidad, o algunas de sus formas pueden llegar a convertirse en una autoría. El fundamento de estas figuras puede encontrarse en razones de política criminal, es decir de la política del Estado para enfrentar ciertos fenómenos delictivos, y así tenemos que algunos tipos legales pueden describir y sancionar como autoría, formas de participación. Se estima que el ejemplo que corrobora lo dicho, en nuestra legislación, es el de los artículos 3 (párrafo primero) y 4 de la LCDO, ya analizados precedentemente, delitos que se cometen, en el primer caso, por concertarse, es decir: el hecho de acordar con otro u otros cometer cualquier delito, y en el segundo con el hecho de participar en las asociaciones del carácter criminal a que la ley se refiere. En tales casos estamos ante tipos legales que evidentemente sancionan como autoría formas de participación.

En sentido material ya sabemos que participación se da en relación con la lesión del bien jurídico, es decir, que hay participación cuando se pone en peligro el bien jurídico, lo que ocurre normalmente con los cómplices. En el análisis relativo a la complicidad estimamos oportuno referirnos al fundamento dogmático de la punición de la participación para que se tome en cuenta en una posible reforma legal. Se han esbozado, al menos, tres importantes teorías como fundamento de la punición.





Análisis de nuestra ley penal en relación con los datos anteriores:

Veamos ahora la aplicabilidad de la doctrina a lo que establece nuestra ley. Para comenzar realizamos una evaluación del contenido del artículo 36 del Código Penal que se refiere a la autoría. Vemos que dicho artículo no conforma una definición de autor, sino más bien realiza una enumeración de características que eventualmente pueden conferirse al autor de un delito. Desde el punto de vista de dicho artículo, autor es aquel que: o toma parte en la ejecución de los actos propios del hecho, o fuerza o induce directamente a otro a ejecutarlo; o coopera en su realización ya en su preparación o su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer, o bien, habiéndose concertado con otros para su ejecución, está presente en el momento de su consumación.

La descripción que hace el Código Penal es acorde a la teoría objetiva del autor, siendo obvio que hay referencia directa a los delitos de propia mano, por lo cual el Código no toma en cuenta el tratamiento del concepto de autor de un modo restrictivo y, separadamente, el concepto de participación, ya que solo menciona una forma de participación: la complicidad. Se aprecia que tampoco toma en cuenta el concepto de dominio del hecho, más amplio que el que maneja el Código, como factor predominante al menos en los delitos dolosos.

El legislador penal guatemalteco de aquel entonces únicamente se limitó a tomar en cuenta aspectos superficiales de redacción y que en su criterio se realizó innovación; así lo indica la exposición de motivos:



“Mejorando los conceptos de autoría y complicidad en los artículos 35, 36 y 37 se expresó con mayor claridad los actos que determinan uno y otro, redactándose en la forma que aconseja la nueva técnica y la legislación comparada...” indicando posteriormente: “Es de hacer notar tres nuevos tipos que la Comisión crea en el anteproyecto en los artículos 38, 39 y 40, estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, colmando de esta manera una laguna...”⁵¹. Como podrá verse dentro del análisis posterior, el hecho de legislar la responsabilidad de las personas jurídicas no colmó realmente la laguna existente pues la dejó subsistente, por lo menos en lo relativo a los actos complejos, en los actos de la empresa criminal, en los actos de ingeniería financiera de carácter transnacional, etc.

En la doctrina actual, con el encuentro del criterio diferenciador entre autor y partícipe, se abandona el criterio unitario de autor, el cual solo dejó en su momento serios problemas jurídico penales que la legislación nacional aún no resuelve, lo cual hace evidente la importancia político criminal de la redefinición de los conceptos legales atinentes para los efectos de conducir la interpretación hacia el criterio restrictivo de autor, lo que permite una correcta diferenciación entre autor y partícipe. El criterio legal que ha sido heredado a las generaciones presentes, únicamente conduce a una interpretación desde el punto de vista unitario. A pesar de tales dificultades, el criterio judicial las ha subsanado en la práctica, a través de una

⁵¹ Exposición de motivos de la comisión específica que elaboró el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República.



interpretación de carácter constitucional. Aun cuando la Constitución Política actual no se encontraba vigente al momento del inicio de vigencia del Código Penal, sus postulados permiten una adecuación a las teorías contemporáneas, por la aplicación de conceptos existentes en ciertas convenciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos los cuales tienen preeminencia sobre el derecho interno.

La importancia de la acotación del párrafo anterior radica en que las convenciones internacionales permiten la adopción de normas y doctrinas de carácter internacional también, que se pueden utilizar cuando la legislación interna no puede superar las convenciones sobre derechos humanos. Algunas normas y doctrinas contemporáneas hacen uso desde hace tiempo de conceptos como el de autor mediato, el partícipe, el coautor y otros que son útiles a la hora de analizar los hechos relativos a los delitos complejos, por la multiplicidad de partícipes. Aun cuando, en términos generales, la mayoría de los jueces de la jurisdicción penal, siguen utilizando la terminología del Código Penal, se hace necesaria una redefinición de los conceptos de autor y partícipe, a la luz de la teoría del concepto restrictivo de autor, para dar cabida a conceptos no menos importantes como los de autor mediato, y supuestos no menos importantes como la coautoría, supuestos que suelen aparecer en las actividades de la criminalidad organizada como el tráfico de drogas, tráfico de personas, lavado de dinero, etc.



Es precisamente en concurso de varios autores en la realización del hecho, que se da, dentro de la teoría del dominio del hecho, la coautoría, que se realiza según cierta división del trabajo o de funciones⁵².

1.7.3 Hacia una nueva concepción del autor y participe en los delitos colectivos y de empresa.

En este caso estamos ante lo que se llama sociedad civil criminal, es decir, ciertas sociedades o personas jurídicas societarias que se ven involucradas en actos criminales generalmente de criminalidad organizada; estamos también en el caso de que la sociedad aparece como portadora de la cualidad de autora del hecho antijurídico. En ciertos casos la determinación de efectos jurídicos por los actos cometidos pueden efectuarse directamente a las sociedades, por ser sujetos de derecho, pero también a los entes mediante los cuales las sociedades pueden expresar su voluntad es decir: los órganos de la sociedad, sus representantes, directores, gerentes, ejecutivos, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación el hecho no se hubiere realizado según lo dispone el artículo 38 del Código Penal.

Al respecto, es importante consignar la doctrina establecida por la Corte de Constitucionalidad en fallo del 19 de octubre de 1989: “Mediante

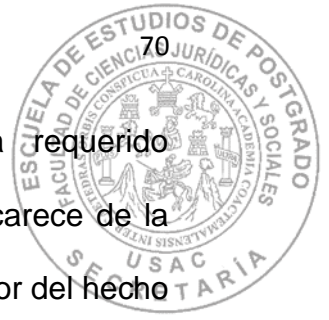
⁵² No olvidemos que para la teoría del dominio del hecho existen tres formas de manifestación: el dominio de la acción “que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo)... el dominio de la voluntad que es criterio que corresponde a la autoría mediata y que, por tanto, se manifiesta como instrumentalización de otro... y, finalmente se habla del dominio funcional del hecho, que es el criterio que corresponde a la coautoría...” Gómez Benítez, José Manuel. *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, p.109.



esta disposición legal, cuando el sujeto incriminado es una persona jurídica, se sanciona penalmente a las personas individuales que han intervenido en el hecho y sin cuya participación este no pudo haberse realizado; esta modalidad es aceptable, pues no podría concebirse restricción de libertad personal a personas jurídicas a quienes se les sinde la comisión de un hecho delictivo, por ser estas entes civiles distintos de sus miembros individuales, lo cual no sería lógico ni pertinente, ni a sus ejecutivos o representantes si no han participado en el delito y es congruente con los fines del proceso y produce un tratamiento justo y adecuado porque persigue castigar al sujeto que dio lugar al delito; es decir, al sujeto que cometió el hecho y sin cuya participación este no pudo realizarse; sin embargo, el hecho que no pueda sancionarse físicamente a la persona jurídica no significa que esté liberada de toda responsabilidad, pero tampoco podrá sancionarse a su representante legal si este no participó en el hecho delictivo, en atención al principio de que la acción penal es personalísima...⁵³.

La acción típica debe ser entonces materialmente ejecutada por las personas físicas que ocupen los mencionados cargos, pero también puede ser el resultado de la confluencia de actividades parciales de varios sujetos que han tomado parte en la realización del hecho; puede ser también que aparentemente cada acto parcial no revista importancia de carácter punible, porque cada uno de los individuos no realiza por si solo el tipo penal, y puede aparecer también que a cada uno, individualmente, no pueda conferírsele la

⁵³ Exp.158-89, 64-68., cit., por Figueroa Sarti, Raúl: Código Penal concordado y anotado, p.55.



70

calidad de autor por no llenar el concepto de autoría requerido específicamente por el tipo. Por ello es que cuando el sujeto carece de la cualidad requerida por el tipo, en el caso del sindicato como autor del hecho de empresa criminal, debe tratarse de un ejecutor inmediato que realiza conscientemente el hecho típico, incluso con conciencia de antijuridicidad. El problema se da cuando el sujeto realiza acciones no siempre conscientes de la antijuridicidad, porque realizan el cumplimiento de una instrucción de su superior jerárquico, puesto que ello podría tener efectos excluyentes de su responsabilidad.

Dicho problema puede simplificarse si se toma en cuenta que, normalmente, los tipos referidos a la criminalidad de empresa contienen elementos especiales, que limitan la probabilidad de realización del hecho por individuos que no tienen la totalidad de los requisitos exigidos por los tipos y que son aquellos considerados en el artículo 38 del Código Penal, ya que lo fundamental, estimamos, es que la actuación sea para una empresa. Es decir, se utiliza la teoría de la representación mediante la cual una vez se compruebe que se han dado las condiciones de imputación requeridas por el tipo, es necesario que el sujeto esté vinculado a la sociedad de una manera determinada. Todas estas cuestiones de representación han sido ya analizadas doctrinalmente en el tema del actuar en lugar de otro. En estos casos siempre hay una persona (normalmente la persona jurídica) que tiene la titularidad de un determinado estatus; este es un sujeto de derecho al que le corresponde el ejercicio material de las funciones y competencias de dicho



estatus, pero tales funciones y competencias las realizan sujetos distintos que reemplazan a aquel; por ello puede decirse que actúan en su lugar.

Este ejemplo puede aplicarse a empresas de carácter mercantil que realizan sus labores en relación con grandes cantidades de dinero que depositan y les son depositadas, y que en su rol de trabajo las cantidades son de procedencia lícita, cuando tales empresas se dedican lícitamente a su rama comercial. Pero, eventualmente, las empresas o sus directores realizan actos que colocan a la sociedad en situación de insolvencia, muchas veces derivadas de fraudes dentro de las mismas empresas. Las instituciones financieras y los bancos, entonces, pueden ser utilizados como intermediarios para la transferencia y el ocultamiento de dinero proveniente de actividades que se hallan al margen de la ley. Los delincuentes y otras personas inescrupulosas hacen uso de las facilidades y los servicios que les brinda el sistema financiero y se colocan dentro de las actividades denominadas genéricamente como lavado de dinero⁵⁴.

Son incontables los casos en que la dificultad para determinar la participación, ya sea de un *intraneus* o con mayor razón en el caso de los *extraneus*. En el caso de los que intervienen como miembros de la empresa es normal que la actividad de una empresa se lleve a cabo en la forma de una actuación en lugar de otro. Por eso es que ciertas leyes, como la nuestra, predeterminan la actuación de ciertas personas en representación.

⁵⁴ Transacciones financieras sospechosas. Lamas Pucio, Luis. En: *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*, p.413.

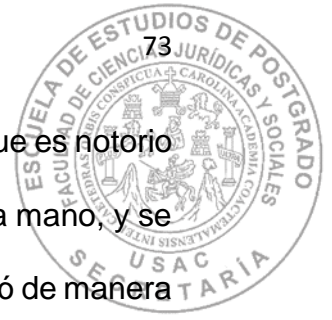


1.8 Conductas definidas como crimen organizado en nuestra legislación y la forma de abordarlas desde el punto de vista administrativo, de la tipicidad y de la autoría. (Ejemplos)

Hemos referido precedentemente que las conductas que deben entenderse como crimen organizado, son las que se encuentran referidas en los artículos, de la forma en que se abordan regularmente.

Caracterización de las conductas del crimen organizado, en relación con el tema de la conducta y los elementos anteriormente tratados.

La legislación sustantiva vigente y el análisis a la luz de la criminalidad actual. Comenzamos afirmando que el artículo 36 del Código Penal no hace una definición de autor, sino que enumera las características, que alternativamente puede conferirse al autor de un delito. En el artículo 36 se considera como autor del hecho delictivo a quien actúe con alguno de los siguientes rasgos característicos: tomar parte en la ejecución de los actos propios; forzar o inducir directamente a otro a ejecutarlo; cooperar en su realización, ya en su preparación o su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer; o bien: habiéndose concertado con otros para su ejecución, está presente en el momento de su consumación. Todo ello es acorde con el modelo positivista que en este aspecto sigue la teoría objetiva del autor del delito. Según la mencionada teoría, autor es el que lo ejecuta, induce o fuerza directamente a otro, coopera en cualquier momento en su realización con un acto sin el cual no se hubiere podido ejecutar, o bien se concerta con otros y está presente en el momento de la ejecución.



El concepto restrictivo de autor en el Código Penal vigente dice que es notorio que la referencia que se hace en la ley se reduce a los delitos de propia mano, y se debe señalar que el Código Penal (o su comisión redactora) no consideró de manera alguna:

- El tratamiento del concepto de autor de modo restrictivo y el que atañe únicamente a los delitos de propia mano; y la razón por la que lo decimos, que en general, la doctrina en nuestro medio considera que en el artículo 36 numeral 1 prevalece el criterio de que autor es quien ejecuta el hecho, con lo cual la referencia es a los delitos de propia mano.
- Tampoco considera, obviamente, el concepto del dominio del hecho como factor predominante, al menos en los delitos dolosos. El legislador únicamente se limitó a tomar en cuenta, porque así lo hace ver, aspectos de redacción y de innovación de artículos, cuando indica: “Mejorando los conceptos de autoría y complicidad en los artículos 35, 36 y 37 se expresó con mayor claridad, los actos que determinan uno y otro, redactándose en la forma que aconseja la nueva técnica y la legislación comparada...” indicando además: “Es de hacer notar tres nuevos tipos que la Comisión crea en el anteproyecto en los artículos 38, 39 y 40, estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, colmando de esta manera una laguna”⁵⁵.

⁵⁵ Exposición de motivos de la comisión específica que elaboró el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, pág. IX.



En la doctrina, con el encuentro del criterio diferenciador entre autoría y participación, se abandona el denominado criterio unitario de autor, criterio que solo dejó, en su momento, serios problemas jurídicos que no fueron resueltos, pero que hace evidente la importancia política criminal de que se maneje un criterio restrictivo de autor, que permite una correcta diferenciación entre autor y partícipe, lo cual evidentemente no permite el Código Penal vigente. La forma en que el legislador penal heredó a las actuales generaciones este concepto, únicamente conduciría a una interpretación unitaria del autor. Pero la interpretación doctrinaria de carácter constitucional puede ayudar a superar estos problemas, no obstante que la Constitución Política actual no se encontraba vigente al momento de la vigencia del Código Penal. Sin embargo, la Constitución permite la aplicación de ciertas convenciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos con preeminencia sobre el derecho interno⁵⁶.

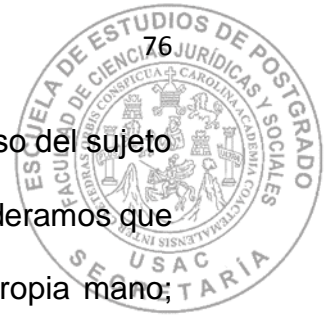
Lo importante de esto es que las convenciones internacionales permiten la adopción de ciertas normas de ese carácter, que se pueden utilizar en defecto de la legislación interna, como en este caso en que las definiciones de autor y cómplice han sido superadas. Aun cuando, en términos generales, nuestros jueces siguen utilizando los conceptos establecidos en el Código Penal, y que cuando surge algún laborioso abogado que hace ver las imprecisiones de los conceptos legales, se hace caso omiso de las mismas a través de ciertas doctrinas que son

⁵⁶ Artículo 46 de la Constitución Política de la República.



“confirmadas” por los tribunales superiores, lo cierto es que se hace necesaria una redefinición de los conceptos de autor y de cómplice en nuestra legislación penal sustantiva, la que debe hacerse a la luz de la doctrina del concepto restrictivo de autor, para dar cabida a otros conceptos no menos importantes como los de autor mediato y de coautoría que suelen aparecer en las actividades de tráfico de estupefacientes, de personas, tráfico de armas, de lavado de dinero, o bien en las actividades de grupos o empresas, etc., que dan lugar a hechos delictivos que francamente no están cubiertos en su totalidad por la legislación nacional. Si bien a criterio del legislador, en 1973, al establecerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se colma una laguna existente, no podía prever que esas personas jurídicas realizarían operaciones de ingeniería financiera tan complejas como las que en la actualidad se realizan. En estas el carácter delictivo es de difícil detección, y en otras acciones en una clara diferencia entre el autor y otras formas de participación y en estas últimas algunas son punibles como en el caso de quienes cooperan en la realización del delito. En todo caso, la participación punible se determina a través del establecimiento de los participantes que tuvieron el dominio del hecho y lo fundamental es que quien se considera autor, debe haber actuado con dolo pues quien obra sin dolo carece del dominio del hecho.

El artículo 36, numeral 1 del Código Penal contiene un concepto sobre el autor directo, pues lo identifica con la ejecución directa y por sí misma del hecho. Pero ese concepto reduce la realización del tipo a los denominados



delitos “De propia mano”. Gálvez Barrios dice que este “es el caso del sujeto que realiza la acción con su propia mano”⁵⁷. Sin embargo, consideramos que no se debe reducir la realización del tipo a la actuación por propia mano; estimamos que en este caso lo que sucede es que el autor tiene en su mano complementar la descripción típica del hecho y que para no hacer la reducción que mencionamos el punto de partida correcto debe ser remitir la investigación de la autoría a la realización del tipo correspondiente y entonces la realización del tipo debería entenderse en una forma más amplia:

Es decir, como ejecución del tipo por sí mismo o por medio de otro con lo cual se tendría acceso a la autoría mediata. De esta manera se tendría acceso también al concepto restrictivo de autor que debe estar constituido por la idea de “Realización” de la figura típica y no tanto la de ejecución física del hecho, como ha expresado Rodríguez Mourullo⁵⁸ en sus comentarios al Código Penal. El ámbito jurídico de la aplicación del dominio del hecho excluye a los delitos imprudentes, no así a los delitos dolosos de omisión, en especial los de comisión por omisión en los que el criterio del dominio del hecho se maneja como “domino potencial del hecho”. Este dominio potencial también se utiliza en los delitos de omisión propios en los cuales el dominio del hecho se hace depender de una determinada calificación personal del autor. Por ejemplo, en el caso del artículo 156 del Código Penal el dominio del hecho depende de quién encuentre perdido a un menor, a una persona

⁵⁷ Gálvez Barrios, Estuardo. *La participación en el delito*, p.19.

⁵⁸ Cit., por Gómez Benítez, José Manuel. *El dominio del hecho en la autoría*, p. 106.



herida, etc., y omite prestarle el auxilio necesario, la calificación del autor se refiere a que el sujeto activo del hecho pudiera prestar auxilio a la persona necesitada, sin riesgo personal.

Las formas que asume el dominio del hecho.

Para orientar este trabajo hacia el tema de los casos complejos, como los realizados por el crimen organizado⁵⁹, es necesario analizar el concepto del dominio del hecho y las formas que adopta: el concepto puede aplicarse en los delitos dolosos conforme a las siguientes bases:

1.8.1 Existen tres variantes en las que se manifiestan el dominio del hecho:

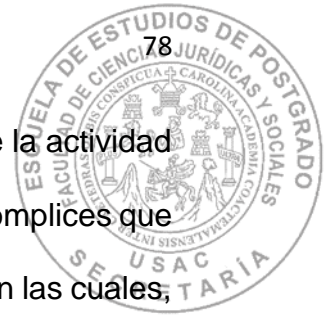
a) El dominio de la acción. Consiste en la relación directa del tipo doloso y corresponde como ya se ha mencionado a la realización final (dolo) y por propia mano del tipo.

b) El dominio de la voluntad que es el caso de la autoría mediata en que el hecho aparece como ahora de la voluntad rectora del no actuante directo y quien actúa, se manifiesta como instrumento de otro.

c) Dominio funcional del hecho, concepto que corresponde al coautor en donde se refiere el concurso de varios autores para la realización del hecho según la división del trabajo o de funciones⁶⁰.

⁵⁹ Llamándose organizaciones que puedan tildarse como complejas en primer lugar a las dedicadas al terrorismo, al narcotráfico, al blanqueo de capitales, y en segundo, a las grandes empresas multinacionales, en cuyo contexto se cometen grandes delitos económicos o medio ambientales. Del Río F. Lorenzo., La autoría en organizaciones complejas, En: *Fenómenos delictivos complejos*, p.205.

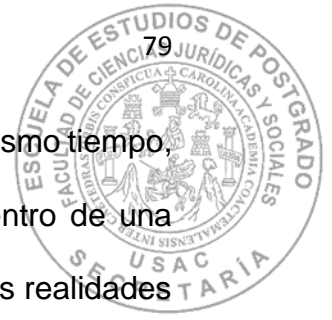
⁶⁰ Gómez Benítez, José Manuel., *ob cit.*, p. Cita de palabras de Jescheck, Tratado, II, p.899.



Este último criterio tiene una gran importancia para el análisis de la actividad delictiva en que existe multiplicidad de partícipes, tanto autores como cómplices que se dividen la realización del trabajo o funciones delictivas, actividades en las cuales, de acuerdo con lo que se evidencia en la práctica y con la definición de la ley penal, existen serios problemas para delimitar al autor mediato, al coautor, al cooperador necesario y al cómplice, especialmente en los casos complejos en que aparecen multiplicidad de partícipes, tales como los de la criminalidad organizada. Del Río Fernández⁶¹ ha indicado que es prácticamente imposible hablar de imputabilidad o culpabilidad, que son instituciones individuales, al hablar de la responsabilidad de las instituciones complejas, y que, prácticamente todos los conceptos de la teoría jurídica del delito se refieren a la persona física. No es posible hablar de tales instituciones en la misma forma en que se hace referencia a las personas físicas, pues no hay simetría con grupos de personas en que la génesis de la decisión sea producto de una confluencia de voluntades muchas veces situadas en puntos cardinales lejanos, en que la capacidad intelectual y el poder personal de decisión se encuentra diseminado geográficamente.

El Código Penal vigente, como hemos visto, tiene una referencia de carácter subjetivo hacia el ánimo del autor. Estimamos que la forma en que se debe considerar la actuación de la persona individual y jurídica que participen en hechos delictivos, debe ser separada, es decir, legislándose en forma separada lo concerniente a la actuación de las personas físicas y colectivas que participen en

⁶¹ Del Río F. Lorenzo., *ob. cit.*, p.199 y ss., citando a Quintero Olivares, Gonzalo: *Delincuencia organizada*, p.177.

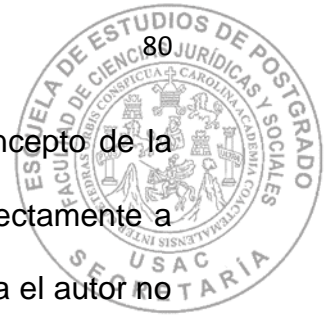


79
hechos dolosos que se han considerado tradicionalmente delitos y, al mismo tiempo, se enfrenten las realidades a las que no puede cerrarse los ojos dentro de una perspectiva distinta, hay que considerar, entonces, la presencia de tales realidades como :

a. El caso de la criminalidad que se sirve de los aparatos de poder del Estado, que se nutren de la participación de funcionarios y empleados de gobierno.

Es importante también destacar que el criterio del dominio funcional del hecho sirve en los casos complejos, porque alude a la realización del hecho típico en forma parcial entre varios participantes. Hablar de ellos en relación con grupos de personas en que la génesis de las decisiones son producto de una confluencia.

Opinión crítica. Volvemos al contenido del Código Penal vigente sobre el concepto de autor: dicho contenido se restringe a una visión de las características de actuación, es decir, se señala las características de su actuación desde el punto de vista del ánimo del autor, y no considera el concepto restrictivo de autor en unión con la teoría de la participación. Como consecuencia de las limitaciones de nuestra ley penal vigente pensamos que un nuevo Código Penal ha de contener las distintas referencias dogmáticas que se han establecido actualmente, no simplemente las características de tomar parte directa en la ejecución, forzar o inducir directamente a otro a ejecutarlo, cooperar en la realización del delito con un acto sin el que no se hubiere podido cometer, o concertarse para su ejecución y estar presente en el momento de la consumación, porque de estas características se escapan otras y no dan lugar a insertar correctamente la autoría mediata y otras formas de participación. Por medio del Código vigente sí han podido insertar e interpretar la



80

autoría mediata, pero en forma indirecta o derivada, utilizando el concepto de la inducción (numeral 2 del artículo 36, “quienes fueren o induzcan directamente a otro a ejecutarlo”). Sin embargo, ya sabemos que en la autoría mediata el autor no realiza de propia mano el tipo, sino que quien ejecuta el verbo típico es el instrumento. La posición de valerse de la inducción para asimilarla al autor mediato parte de utilizar una interpretación analógica de la inducción, lo cual es incorrecto no solamente por el uso de la analogía, sino porque en esta forma eventualmente algún autor mediato puede quedar sin sanción. Por eso, para la definición de autor deben considerarse las distintas clases de autor.

Por lo anterior, nuestra propuesta es que al emitirse una nueva legislación penal, dentro de la política que impulse a dicha legislación, se encuentre una definición de autor del delito que considere la doctrina del dominio del hecho, las distintas clases de autor y las diferentes formas de participación. Pero lo más importante, desde el punto de vista del presente trabajo es considerar un concepto que abarque también el dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados, lo cual equivale a prever una definición respecto de los autores de delitos del crimen organizado, a quienes debe aplicarse un concepto distinto de la denominada teoría normal del autor. Similares notas podemos referir, en cuanto a la coautoría, que también debe quedar definida en una nueva legislación penal. La coautoría se determina porque el dominio de un hecho es común a varias personas; “coautor será quien, en posesión de las cualidades personales de autor, es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito”⁶². La

⁶² Donna, Edgardo A. *La autoría y la participación criminal*, p.47

coautoría se basa en la división del trabajo y, en ella, cada autor complementa el hecho con la realización de su parte en el trabajo.

- Debe también quedar definida la actividad de los partícipes. Las formas de participación se encuentran referidas en la ley penal actual: a) partícipe que es considerado autor, a la luz del numeral 3 del artículo 36: quienes cooperan en la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- Los cómplices.





Capítulo II

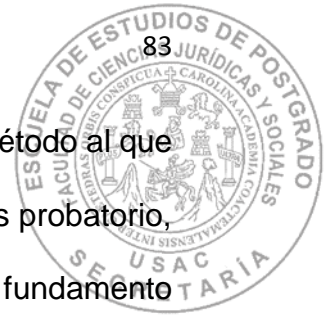
2.1 Valoración de la prueba en el proceso penal

2.1.1 Ideas generales

El derecho sustantivo aplicable en los casos del crimen organizado es útil para el análisis que, desde el punto de vista procesal, se pretende realizar en el presente trabajo. Pretendemos demostrar que, dada la naturaleza especial de los delitos de crimen organizado, es necesario que la ley procesal se oriente de manera especial tanto para la definición de las conductas, lo que ya ha quedado mencionado en la primera parte, como en el trámite procesal en sí, pero especialmente en cuanto a la valoración de la prueba.

El fundamento de la afirmación anterior reside en que, tanto el sistema sustantivo, como el procesal, se dirigen hacia el juzgamiento de una o pocas personas, como ha sido el sistema tradicional, pero en campo de la criminalidad organizada, se juzga a colectivos de personas y, en tal caso, el número de procesados puede ser considerable, de manera que un tribunal diseñado para una o pocas personas sea insuficiente, lo cual se incrementa en el caso de la criminalidad organizada transnacional, en cuyo caso el número de personas puede ser de varios cientos en varios países.

Lo anteriormente indicado implicaría pensar en un diseño físico de tribunal, distinto del que se tiene en la actualidad, es decir, dispuesto para albergar un conglomerado de imputados, pero también de defensores, acusadores y otros interesados. Asimismo, en un diseño distinto del proceso.

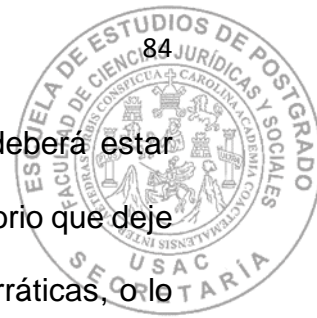


En el presente trabajo nos referiremos a un diseño distinto del método al que puede acudir y debe tener a mano el funcionario judicial para el análisis probatorio, es decir, para valorar la prueba. Ambos diseños también deben tener fundamento en las garantías procesales que deben ser estandarte de todo sistema procesal y que son reconocidas de manera general, tanto en diversas legislaciones como en las doctrinas de los publicistas tales como el derecho de defensa de todo acusado de delito, el derecho a la presunción de inocencia hasta que exista prueba en contrario, la garantía de separación de la acusación del órgano jurisdiccional, y la garantía de la carga de la prueba para la acusación, que expresan en general, que no puede existir un juicio válido, sin acusación, sin prueba y sin defensa del imputado.

Estas garantías, concebidas obviamente, dentro de un modelo de proceso penal orientado a la averiguación de una verdad empíricamente controlable y controlada⁶³ que corresponda también al modelo de un derecho penal mínimo dirigido a la “obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, y por principios como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación”⁶⁴.

⁶³ Ferrajoli, Luigi., *Derecho y Razón*, p.540.

⁶⁴ Ferrajoli, L., *ob. cit.*, p.541.



El modelo procesal, que formalmente posea tales garantías, deberá estar apuntalado, según nuestro criterio, por un sistema de valoración probatorio que deje de lado cualquier pensamiento respecto de valoraciones dudosas o erráticas, o lo que es peor, elaboración de conclusiones o criterios sin una base de conocimiento empírico o fundamento legal. Adelantamos que no será este sistema de valoración, el concerniente al sistema procesal penal guatemalteco de la actualidad, que en el capítulo respectivo hemos de comentar, sino un sistema que pueda aplicarse con mayor validez, dados los problemas que hemos analizado en la parte sustantiva de este trabajo, en los casos de criminalidad organizada, pero que su espectro de certeza alcance para aplicarse en los casos de criminalidad común.

Este sistema, que será examinado en el capítulo respectivo, en el cual presentamos un nuevo modelo de valoración, corresponde, desde luego, con los principios del sistema acusatorio. Por lo anterior, analizamos en un capítulo separado lo concerniente a la prueba y su valoración en el sistema procesal inquisitivo, que precedió al actual sistema acusatorio contenido en el Código Procesal Penal vigente, y la prueba y su valoración en la legislación vigente, para llegar como conclusión al sistema de prueba y la valoración de la misma en una legislación procesal penal del futuro. Esperamos que esta no esté lejos de promulgarse, al contar con una asamblea legislativa nacional consciente de su responsabilidad ante los ciudadanos guatemaltecos.

En el presente capítulo, relativo a ideas generales respecto de la valoración de la prueba, no puede escapar al estudioso, que ha de realizarse también un



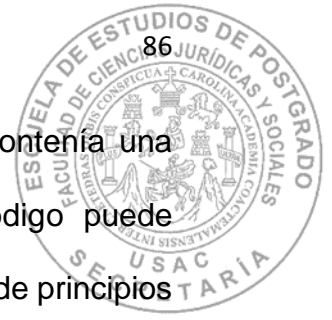
estudio, aunque breve, de la aportación de prueba en el juicio y de los medios de prueba.

2.2 Referencia a la valoración de la prueba en el proceso penal guatemalteco antes del cambio hacia el sistema acusatorio

La valoración de la prueba nos parece de extrema importancia en el proceso, al extremo que el modelo de proceso penal que se promueve en la actualidad, es decir el modelo en que puede pensarse a futuro, el modelo garantista, está encaminado al descubrimiento de la verdad sustancial y global fundada esencialmente precisamente sobre valoraciones. Pero, para caminar hacia ese futuro, debemos analizar el pasado para no repetirlo.

Para efectos de una comparación que más adelante se realiza (siguiente capítulo) se ha de señalar que en nuestro proceso penal antes del cambio al sistema acusatorio se utilizaba el sistema inquisitivo, cuyos efectos fueron sentidos también, algún tiempo después de que se proclamó oficialmente la vigencia del Código Procesal Penal (contenido en la legislación del proceso penal que actualmente nos rige Decreto número 51-92 que postula un sistema acusatorio, a partir del uno de julio de 1994), llegándose a afirmar por algunos conocedores algún tiempo después, cuando ya estaba en vigor el Código actual, que este Código se aplicaba con pensamientos inquisitivos.

El procedimiento penal regulado en el anterior Código Procesal Penal (Decreto número 52-73 vigente durante 21 años) en realidad fue la prolongación de



86

disposiciones del anterior Código de Procedimientos Penales, que contenía una normativa posiblemente procedente de la época colonial. Este código puede resumirse así: de corte inquisitivo y por consiguiente, con el contenido de principios relativos a mantener al juez como investigador de la averiguación preliminar de la verdad con una investigación sobre todo secreta, orientada con criterios discrecionales, con el juez como aportador principal de la prueba en el juicio, y como su valorador único a través de un sistema tasado por el legislador con criterios eventualmente discrecionales, pero dirigidos a un mismo resultado: la condena del procesado. Con un juicio penal, que de juicio solamente tenía el nombre y en el que el papel del defensor era irrelevante y el del acusador (oficial o particular) poco menos que inexistente y sin valor jurídico alguno, y que con tintes muy marcados de positivismo y de la escuela clásica consideró al procesado desde el punto de vista de su personalidad criminal y no de su calidad de ser humano⁶⁵. Todavía, a pesar de un cuarto de siglo de sistema acusatorio, se sienten resabios del sistema inquisitivo.

En ese Código inquisitivo a que nos referimos, el Procesal Penal de 1973 vigente hasta 1994, el sistema de valoración de prueba puede resumirse en la forma siguiente:

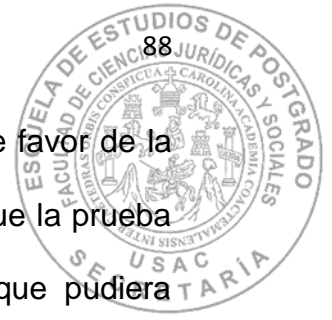
⁶⁵ Un resumen parecido al que hemos hecho, lo consigna Ferrajoli: “El esquema decisionista (que está excluido, si bien no necesariamente, de los sistemas acusatorios) acompaña con frecuencia al método inquisitivo: según este, es justo que el que juzga sea un órgano activo en la investigación de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales; la actividad instructora puede muy bien ser secreta, interesando más la decisión justa que su controlabilidad; el papel de la defensa resulta irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad criminal del reo”. *Derecho y razón*, p.541.



El sistema de apreciación de prueba, según lo establecía el artículo 638 del CPP de 1973 era el de la sana crítica: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces valorarán la prueba conforme las reglas de la sana crítica. Para tal efecto fundamentalmente usarán: de la experiencia, de la lógica, de la relación de cada uno de los medios de prueba con los restantes, del debido razonamiento sobre los motivos que pudiera tener para estimar o desestimar medios probatorios y para llegar a conclusiones de certeza jurídica”. Aparentemente era un buen avance. Sin embargo, el párrafo: “Salvo disposición legal en contrario”, escondía todo el contenido de la valoración del inquisitivo, contrario a una sana crítica de contenido amplio o restringido como pareció ser la del sistema inquisitivo anterior. Las razones para aludir a una sana crítica restringida en sistema anterior son las siguientes:

a.- Los medios de investigación logrados durante el sumario o fuera de él, tenían la misma validez de los medios de prueba. El sumario era secreto y a disposición únicamente del juez instructor, de tal suerte la sana crítica proclamada por el relacionado artículo 638 constataba con los medios de investigación que se convertían en medios de prueba por disposición legal, esto era ya un primer punto en favor de la restricción de la aplicación de la sana crítica. Por ser secreto el sumario ningún medio de investigación podía ser contrastado o contradicho.

b.- El control de la producción de los medios de prueba en la fase del juicio era optativo para las partes: los sujetos procesales podían o no, según quisieran, estar presentes en tales diligencias; algunas veces por ello, ni siquiera estaba el oferente de la prueba. Al analizar la prueba producida no se hacía relación del interés de las partes por producir la prueba.



c.- La clasificación de pruebas en plena y semiplena es otro punto de favor de la restricción de la sana crítica. Esta última nunca fue referida al peso que la prueba podía producir en el análisis del tribunal, sino en primer lugar a que pudiera obtenerse como única consecuencia la culpabilidad del procesado o en segundo, cuando concurrieran pruebas que no excluyesen la culpabilidad del acusado, a las que se denominaba pruebas semiplenas.

d. El sistema de tachas a los testigos era también causa de restricción de la sana crítica; por ejemplo, una tacha absoluta para los testigos era la imprecisión o duda en la declaración, y se sabe por sentido común, en vista de que las personas tienden a olvidar ciertas circunstancias, especiales o no de un hecho, y que una declaración normalmente presenta alguna imprecisión o duda; con ello se daba facultad al juzgador para eliminar declaraciones de razonable importancia para la averiguación de los hechos. Es importante acotar, que, no obstante, los testigos podían ser llamados para declarar sobre circunstancias que hubieren omitido.

Con lo anterior, que no son las únicas razones que pueden argumentarse, puede apreciarse que la sana crítica realmente estuvo reducida a su mínima expresión. Además, se le confirió un valor extraordinario a la confesión, que se consideró siempre plena prueba de culpabilidad, al grado que, al prestarse dentro del sumario, una vez evacuadas las audiencias por la contraparte y por el Ministerio Público, se dictaba la sentencia; en estos casos, con violación legal del derecho de defensa no se concedía audiencia al defensor del procesado. Puede concluirse que este sistema fue contrario al sistema de garantías del procesado, y que el sistema de apreciación de prueba por sana crítica, en la práctica, no funcionaba.



2.3 Metodología de la valoración de la prueba en el proceso penal guatemalteco de la actualidad. Estudio comparativo

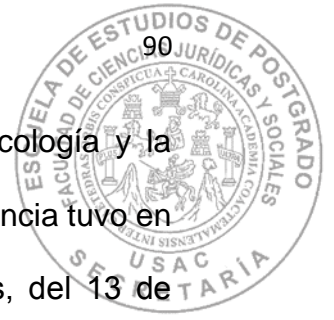
2.3.1 Valoración de la prueba conforme el CPP vigente

Estimamos que debe hacerse una aclaración previa: en este trabajo no se hace una crítica respecto de la elaboración de la sentencia judicial; ello podrá ser motivo de algún otro esfuerzo académico. Lo que postulamos es que el sistema de apreciación de prueba que se encuentra en el Código Procesal Penal, no es el adecuado a un proceso que se encuentre a la vanguardia procesal, ni es aplicado conforme los derechos fundamentales de que deben gozar los procesados.

Conforme el artículo 385 del Código Procesal Penal vigente, “el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada...”.

Como vimos, el Código Procesal Penal anterior (Dto. 52-73) además de establecer (salvo disposición legal en contrario) un sistema de valoración tasado, indica que debe utilizarse el sistema de valoración mediante las reglas de la sana crítica e indica su contenido. El CPP vigente se refiere a “las reglas de la sana crítica razonada”, pero no indica su contenido, con lo cual el intérprete en general y en particular el juzgador, deben acudir al contenido que le dan las doctrinas científicas.

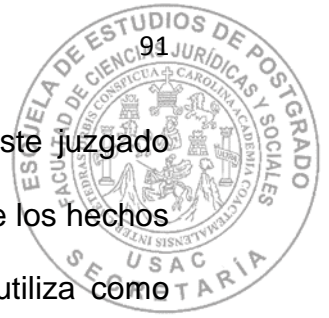
Se debió definir, primordialmente, qué es sana crítica razonada. Pero no se hizo, algunos juzgadores difieren el tema y pretenden trasladarlo a los litigantes, como en el caso de una sentencia en que el tribunal indicó: “Que cuando se trata de motivos de forma por no haberse valorado la prueba conforme la sana crítica



razonada, debe el recurrente señalar las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia que fueron violadas e indicar la influencia que tal inobservancia tuvo en la decisión...” (Sentencia de la Sala VII de la Corte de Apelaciones, del 13 de noviembre de 1997 en el expediente 336-97 oficial 1.º). Lo transcrito ha sido una constante en la conceptualización de la sana crítica razonada, integrándola los juzgadores con las reglas de la lógica, reglas de la psicología y de la experiencia, pero difícilmente se encuentra una sentencia que de manera explícita indique cuáles son las reglas utilizadas y la forma en que se utilizaron.

Otro tribunal dijo que: “Ningún medio de prueba aportado al proceso demuestra de manera contundente la participación de la acusada en el ilícito pesquisado como lo verificó el juez *a quo* al desestimar los medios de convicción, que, de conformidad con las reglas de la sana crítica, fundamentalmente de la lógica y la experiencia...” (Sentencia de la Sala X de la Corte de Apelaciones el 30 de octubre de 1995).

Un ejemplo más al respecto lo consignamos en la siguiente argumentación: “Los suscritos jueces haciendo uso de las reglas de la sana crítica razonada, la Lógica, la experiencia, la Psicología, con la finalidad de lograr el descubrimiento de la verdad histórica y legal de los hechos punibles objetos del presente juicio, y al votar en cada una de las cuestiones, y circunstancias que deben ser resueltas en la presente sentencia, por MAYORÍA acuerdan que los hechos declarados como acreditados en el numeral e incisos anteriores, se prueban en base a los siguientes análisis y razonamientos: DE LAS DECLARACIONES. A) DECLARACIÓN DEL PROCESADO XXX QUIEN...fue sometido a un interrogatorio riguroso, constante y



continuo por los sujetos procesales y los miembros del tribunal... este juzgado jurisdiccional estima que es lógico que el sindicato niegue y no acepte los hechos que se le atribuyen ya que constituyen un medio de defensa que utiliza como eximente de su responsabilidad penal en el juicio de marras, sin embargo durante el trascurso del debate se escucharon declaraciones testimoniales y existe prueba documental que será analizada más adelante en la cual queda plenamente establecida y robada su participación en el hecho..." (Sentencia del Tribunal de Sentencia Penal del departamento de Izabal del 25 de septiembre de 1998 en el expediente contra Andreas Hanggi y compañeros). Puede apreciarse que el tribunal indicó hacer uso de las reglas de la sana crítica razonada, pero en un apartado de la sentencia hace ver que desea conseguir la confesión del procesado, sometiéndose al procesado a un riguroso interrogatorio de parte del propio tribunal para conseguirla.

En sentencia más reciente el Tribunal Primero de Sentencia Penal del municipio de Mixco, del departamento de Guatemala, respecto del tema que nos ocupa indicó: "Por UNANIMIDAD se llegó a la determinación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, los cuales este Tribunal ha estimado acreditados e imputables de la forma que quedó establecida y plasmada en la parte que corresponde dentro de la presente sentencia, lo cual es producto de un pensamiento lógico y jurídico, que se relaciona con los principios clásicos del sistema de la sana crítica razonada, el cual doctrinariamente se enuncia como "la sana crítica". También se la conoce como sistema de valoración libre de la prueba. Se caracteriza porque se examina críticamente el proceso de formación de convicción, desde las



siguientes perspectivas... El fallador realiza un proceso de conocimiento que pasa, como ya se ha dicho, por una fase sensorial de sensación, percepción y representación originada en los medios de prueba que examina.

En la fase lógica elabora conceptos, juicios y raciocinios, estos últimos, eminentemente reconstructivos, con miras a rehacer, lógicamente, los hechos del pasado, para determinar si ocurrió o no el supuesto de hecho de la norma que está en ciente de ser aplicada...”. La parte más importante a nuestro juicio es la que indica dicha sentencia en su página 42: “Proceso de reconstrucción intelectual o lógico de hechos. Este es el núcleo de la actividad valorativa de la prueba. Se toma cada medio de prueba obrante en el proceso, como también los medios de prueba en su unidad y totalidad. Se examina cada medio dentro del conjunto, para establecer qué grado de credibilidad se le puede otorgar a este. Dicho examen se hace aplicando todas las reglas del proceso de conocimiento, de la razón, de la lógica, de las ciencias, de las técnicas, de las artes, de los oficios y de la experiencia. Dentro de las ciencias, son de especial relevancia las denominadas sociales, como la antropología, la sociología, la psicología social, y las ciencias humanas.

De otra parte, la psicología judicial y las ciencias forenses, son también fuentes imprescindibles en el acto de valorar las pruebas. Las normas de derecho, la jurisprudencia y la doctrina, hacen un aporte inmenso a esta labor crítica. Las reglas de experiencia en el orden físico, social, moral y subjetivo, sobre la imaginación, la inventiva, la voluntad y la personalidad, son imprescindibles en esta valoración...” (Sentencia dictada el 30 de abril de 2014 en la causa 114-2013CFR). El tribunal, como se puede apreciar, hace una explicación respecto de la forma en



que se utiliza la sana crítica razonada, y de las ciencias que la integran, lo cual no significa nada para el procesado, que bien puede querer conocer porque se le condena.

De los textos transcritos, pueden extraerse las siguientes conclusiones respecto de la valoración de la prueba en el proceso penal de la época presente:

a. Los juzgadores, al mencionar el método de valoración de la prueba según nuestro texto legal, se refieren a la “sana crítica”, a la “sana crítica razonada”, y a la “valoración libre de la prueba”, con la que la denominación como puede apreciarse *prima facie*, no es unívoca.

b. Los juzgadores, hacen referencia de manera general a que han aplicado las reglas de la sana crítica, las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia y las de la psicología. No indican, en ninguna de las sentencias que se analizan, cuáles de esas innumerables reglas fueron las escogidas por ellos para determinar el peso de cada prueba analizada.

c. En uno de los casos (sentencia del Tribunal de Izabal), se arriba a una conclusión condenatoria, sin haber analizado la totalidad de la prueba, pues se hace referencia a que la prueba documental se analizará más adelante.

d. En uno de los casos, el tribunal explica (supuestamente al procesado) de manera pormenorizada el contenido de la sana crítica razonada, a la que da el nombre de valoración libre de la prueba, haciendo cita de una obra de texto: *Pruebas penales* del autor Jorge Arenas Salazar, páginas 614 a 616. Sin embargo, no se aprecia en



el contenido de la sentencia cuál de las reglas que se citan, son aplicables al caso y la forma en que lo son.

Lo anteriormente mencionado nos hace arribar a la conclusión, que en el análisis de los medios probatorios, según el sistema que se dice consignado en nuestra ley, existe una clara violación al derecho de defensa de los procesados: estos ignoran cuáles son las reglas de la sana crítica razonada que fueron aplicadas en sus casos y consecuentemente la forma en que fueron aplicadas. En algunos casos se yerra por defecto: la referencia a la sana crítica o bien a la sana crítica razonada, las reglas que se utilizaron y la forma en que fueron utilizadas es escueta, cuando se consigna. En otros por exceso: se hace una referencia al sistema de sana crítica, de manera ampulosa y académica, que el procesado, aunque fuera letrado difícilmente comprendería, entre otras razones, porque no se conoce a dónde se llega finalmente con la explicación, pues para el caso concreto no se hace referencia a cómo la fórmula utilizada incide en el análisis probatorio del caso.

Debe señalarse también la existencia de un círculo vicioso: los tribunales de alzada, se adhieren (cuando la violación no es muy notoria) a la fórmula de los tribunales de primer grado, e indican normalmente de manera general superficial, que las reglas de la sana crítica fueron utilizadas correctamente, como en el caso de la primera sentencia que se consigna en este trabajo.

Si estamos de acuerdo con el planteamiento que se sigue en este trabajo respecto de que la aplicación del sistema de valoración de prueba produce violaciones a derechos humanos fundamentales podrá pasarse a una inquietante duda: es que la formulación legal respecto del análisis de la prueba no es correcta



o es que sus aplicadores no han encontrado una fórmula unívoca e indubitable respecto de la forma de evidenciar el peso de la prueba en el proceso.

Nuevamente insistimos en que no estamos en desacuerdo con el sistema, que fue originado por un movimiento de reforma en toda América Latina. Dicho movimiento tuvo eco en nuestro país, de ahí que se recibiera con gran esperanza, especialmente por el sector académico, no parece, dice el profesor Mayer, junto a Eberhard Struensee, que las reformas logradas (en los códigos procesal penales de América Latina actuales) en particular el juicio oral y público como base ineludible de la sentencia puedan retroceder al estado legislativo anterior⁶⁶.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, a la fecha, después de cerca de un cuarto de siglo de práctica, se ponen de relieve como factores que puede evitar su desarrollo, las siguientes circunstancias:

a) De una parte: “El aumento irracional de la violencia delictiva -al parecer directamente proporcional al desempleo y la pérdida de capacidad adquisitiva de ciertas masas de población con menores recursos, caídas en la pobreza, a veces extrema, albergadas en Estados debilitados, que han perdido su capacidad para proveer a esos habitantes de los servicios mínimos indispensables para la dignidad de todos...”⁶⁷.

b) Por otra parte, se estima que no se tomaron en cuenta, o muy poco “las nuevas formas delictivas que son hoy patrimonio de la humanidad con o sin razón de ser (drogas, terrorismo, medioambiente, economía nacional y tributos fiscales, derecho

⁶⁶ Las reformas procesales penales en América Latina, p.29.

⁶⁷ Idem, p.30



penal relativo a la informática, entre otros) amenazan con destruir el edificio de la administración de justicia penal elaborado durante casi dos siglos y criticado hoy universalmente⁶⁸.

c) Por tales razones, se ha estimado que al no haberse considerado a futuro estas y otras circunstancias intrínsecas de la legislación proveniente de la Reforma, que se hacen necesarios ciertos cambios que ayuden a mejorar esta legislación que como producto humano es siempre perfectible. Una de las circunstancias es la de la apreciación de la prueba. Por ello es que para iniciar este trabajo se ha escogido el análisis de las nuevas formas delictivas a que nos hemos referido, y que deben dar lugar a reformas, tanto en cuanto al número de personas que son perseguibles en el proceso, como en cuanto a la calidad de la apreciación de la prueba.

d) En el estudio comparativo entre la legislación procesal que precedió a la vigente, podemos apreciar que en un principio la legislación precedente influyó notablemente al procedimiento penal actual, al grado de que ha sido difícil eliminar algunas prácticas de los jueces inquisitivos, especialmente su ánimo de influir en la consecución de la prueba, ánimo que quedó impregnado en algunas sentencias de los primeros años de práctica del nuevo sistema. Con el tiempo algunas prácticas inquisitivas han ido eliminándose. Sin embargo, tal como lo hemos señalado, el sistema de apreciación de prueba no consigue desterrar los problemas ya señalados, al grado que estimamos necesario un cambio de sistema de apreciación de prueba, con bases distintas a las que el sistema actual tiene.

⁶⁸ *Ibidem*.



2.4 Problemas de valoración de la prueba en los procesos penales de la actualidad

2.4.1 Visión de nuevos medios de valoración probatoria

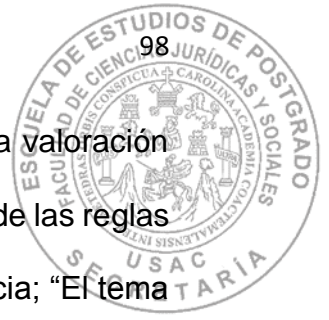
Se ha dicho que el tema de la prueba y su valoración es uno de los más complicados y confusos de la teoría del proceso⁶⁹. Algunos de los problemas que pueden señalarse respecto del tema, son los siguientes:

2.4.1.1 El tema de la prueba tiende a agotarse en la dimensión jurídica y a proyectarse fuera de ella, especialmente en el sistema de la sana crítica o sana crítica racional en cuanto a que en su apreciación se debe penetrar en los campos de la lógica, de la epistemología en general, de la psicología, de la experiencia común, y como expresa Taruffo: “La valoración de la prueba se sustrae del ámbito de las reglas jurídicas a partir del momento en que es atribuida al juez en lugar de al legislador”⁷⁰.

En el caso de nuestra legislación procesal penal, en que en general prevalecía el sistema de prueba legal (pese a la proclamación de la sana crítica y de sus reglas, que al menos establecía concretamente), el sistema estaba pensado como un conjunto orgánico, que prevalentemente tendía a la confesión del inculpado; en el espacio probatorio solo podía tener espacio una concepción jurídica de la prueba, pero al establecerse como único sistema el de la sana

⁶⁹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, p.22.

⁷⁰ *Idem*, p.23.

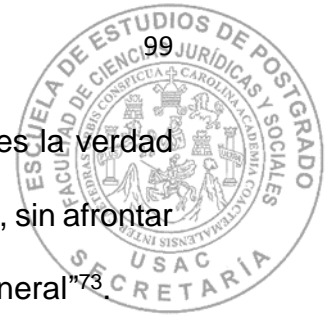


crítica razonada, por mor del sistema iniciado en 1994, la valoración de la prueba, como se ha indicado, se sustrajo del ámbito de las reglas jurídicas, para dar intervención a otros campos de la ciencia; “El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener un visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos”⁷¹.

Se presenta en seguida el problema de la determinación de la verdad de los hechos como un concepto verdaderamente problemático que ha ido encaminando a la reducción, si no a la eliminación de las reglas sobre la prueba, y posiblemente por ello, nuestra legislación procesal penal elude la referencia concreta respecto de las reglas de la sana crítica. Una de las razones es la existencia de una verdad procesal y otra extraprocesal, que son conocidas también como verdad formal y verdad material, que no pueden ser distintas e independientes una de otra, con lo cual podrá decirse que la verdad formal se obtiene con los medios de prueba formales al alcance del juez, pero la verdad material se alcanza con los otros medios que proporcionan las disciplinas epistemológicas. Sin embargo, con ello se llega a un problema mayor: la determinación de la verdad material⁷². El tema se refleja en la expresión de Taruffo: “En

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Taruffo, M., *ibid.*, p.25.



99
otros términos: el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos en el proceso, y para qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general⁷³.

Por eso, estima el autor del presente trabajo, que si bien la ley (y en ella, o como parte de ella sus autores científicos) son concedores de estos temas por su preparación académica, en alguna forma más profunda que la generalidad de los juristas, la mayoría de los jueces no han llegado al fondo del problema, y quién sabe si su preparación general les permita alcanzar a analizar la dimensión extraprocesal y extrajurídica de la determinación de la verdad de los hechos y la manera de analizarlos y exponerlos convincentemente. La otra razón en cuanto a la determinación entre prueba y verdad de los hechos, tiene que ver con la escogencia del sistema para la determinación de la verdad, o más bien, con el sistema para valorar la prueba. Desde el punto de vista teórico el proceso tiene dos finalidades: o sirve para obtener decisiones, o bien para resolver controversias.

Este último punto de vista es el que ha dotado al proceso penal de varios mini procesos penales. En nuestra legislación los procesos denominados especiales (o específicos como les denomina la ley) con el objeto de que en alguna forma sea resuelta la controversia, tales como el procedimiento abreviado, el procedimiento simplificado, el procedimiento para delitos menos graves, el procedimiento especial

⁷³ Taruffo, M., *ibidem*.



de averiguación, el juicio para delitos de acción privada, el juicio para aplicación exclusiva de medidas de seguridad, el juicio de faltas.

Existe, además, en el caso de los delitos de criminalidad organizada algunas medidas que tienen a la consecución de la verdad formal, como la utilización de los testigos protegidos y, en algunas legislaciones, los testigos sin rostro.

En estos últimos casos, el problema de la verdad de los hechos es excluido del proceso, porque lo que interesa es la resolución de la controversia, llegándose a resultados que la legislación anterior obtenía a través de la confesión, como el caso actual del procedimiento abreviado en que el imputado debe admitir el hecho descrito en la acusación y su participación en él, es decir, que la verdad que importa es la establecida por el juez en la sentencia. El quid del asunto está en la elección hecha por el legislador respecto de la verdad que se admitirá en los procesos judiciales, y si admite que la prueba es para la consecución de la verdad tanto procesal como extraprocesal tiene o tendrá que dar a los elementos probatorios una fundamentación que va más allá de lo que nuestra ley denomina sana crítica razonada. En otras palabras, la prueba y su valoración deben manifestarse en la perspectiva de averiguar “si se puede o no, si se debe o no tender a reconstruir los hechos con la máxima veracidad posible”⁷⁴.

⁷⁴ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.27.



Algunas corrientes manifiestan que no es posible reconstruir los hechos, como la de los *Critical Legal Studies*⁷⁵ que en general refieren que no hay criterios de objetividad en el razonamiento jurídico sino decisiones individuales y valoraciones subjetivas. En lo que aquí nos interesa debe señalarse que esta corriente nihilista dentro de la cual puede colocarse la del escepticismo filosófico “tiende a negar la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos partiendo de premisas de psicología o de sociología del conocimiento”⁷⁶. En lo que aquí interesa, también será interesante conocer la opinión de quienes tienen como un fundamento extremo de la deliberación por sana crítica, la existencia junto a las reglas de la lógica, las de la psicología y las demás ciencias como las sociales, es decir, la opinión en cuanto a que existen teorías que niegan rotundamente la validez de tales ciencias para la determinación de los hechos procesales, no obstante que son teorías de contenido filosófico como puede apreciarse.

Pero, por otra parte, se puede hablar de algunas doctrinas que son idealistas, que son compartidas por quienes admiten la posibilidad teórica de un conocimiento objetivo de la verdad, es decir, de que la verdad de los hechos pueda ser alcanzada en el proceso. Con ello podemos apreciar que (y con ello comprobamos nuestra tesis) la

⁷⁵ Taruffo, M., *idem*, p.33.

⁷⁶ Taruffo, M., *ibid.*, p.35.



ideología que se dirige a la búsqueda de la verdad en el proceso, es opuesta a la que lo concibe como un instrumento para resolver conflictos.

Además de lo ya indicado respecto del sistema de la sana crítica razonada, existen algunos problemas que provienen de dicho sistema.

En principio, es el sistema más utilizado en América Latina, con relación al caso de nuestro país hemos de indicar que aún no ha sido medido de manera científica cuál es la influencia que ha tenido el sistema de valoración que establece nuestra ley, en la eficacia del sistema, por lo que nuestras aproximaciones son de carácter eminentemente empírico. También hay que establecer la relación entre el número de salidas alternas versus emisión de sentencias para establecer algunas circunstancias importantes: la principal es la definición de la política criminal: en algunos momentos de la legislación puede apreciarse que se establecen las salidas alternas mediante la utilización de principios de oportunidad; en otros casos, como el del artículo 5 del Código se establece como fines del proceso exclusivamente: “La averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posibilidad de participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma...”.

El establecimiento concreto de estos fines no es dejar afuera la aplicación de criterios de oportunidad, sino hace que preponderen los objetivos del mencionado artículo 5.



A finales del siglo pasado, un estudio realizado por la organización Konrad Adenauer, indicaba que el principal problema que ha de enfrentar el sistema de justicia penal es el de su credibilidad⁷⁷; este problema, transcurridos casi 20 años del presente siglo XXI, sigue siendo el mismo, y una de sus causas es la burocratización del sistema. Esto quiere decir, que hay muchos pasos en el proceso que no dan seguridad jurídica, como para que la población crea en sistema de justicia, y como una consecuencia en el sistema implantado con el Código Procesal Penal vigente. Hablando de la burocratización, ello significa que hay muchas personas involucradas en la realización del proceso, muchos auxiliares, muchos jueces, pero pocas soluciones procesales que convenzan a la sociedad.

Lo anteriormente expuesto está conectado directamente con el problema de la valoración de la prueba mediante la sana crítica, la múltiple participación de jueces, y la poca claridad con que llegan los fallos a los procesados, al respecto son esclarecedoras las palabras de Quintero Ospina, quien expresa citando a Sentis Melendo: “En definitiva averiguar, verificar, esclarecer, son palabras que responden a conceptos bien distintos. Según el que aceptemos, el juez tendrá unas u otras facultades y la prueba se realizará de una u otra manera... Averiguar es indispensable trámite previo a la prueba, pero no es prueba, la prueba no consiste en averiguar, en saber, sino en acreditar que aquello que se sabe y por tanto se afirma, corresponde exactamente a la realidad. Pero es no quitar nada de su importancia a la función averiguadora, que es la base o el origen de la prueba, el sustento de esta, pero que no es la prueba. No se puede probar lo que se ignora, lo

⁷⁷ *Las reformas procesales penales en América Latina*, p.503



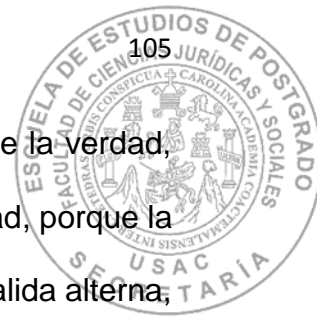
que se desconoce, hay que averiguar para afirmar, por eso el concepto de heurística no debe confundirse con el de prueba, y tampoco debe dejar de percibirse el desdoblamiento de ese concepto, una cosa es averiguar lo que ha ocurrido para obtener la propia convicción, y otra cosa es buscar elementos para determinar la convicción ajena”⁷⁸.

Se cita lo anterior para volver al mencionado artículo 5 del Código Procesal Penal que establece como objetivo del proceso la averiguación de un hecho señalado como delito. Conforme el criterio expuesto anteriormente, la función averiguadora es origen de la prueba, PERO NO ES LA PRUEBA, por lo tanto, estimamos y confirmamos que nuestra ley procesal no contiene una política coherente, que influye en la valoración de la prueba, pues como se indica por los autores citados, no debe confundirse averiguar con probar. Ese aspecto se ve reflejado en la valoración: porque no se ha deslindado legalmente cuáles son los elementos que ha de valorar realmente el principal actor jurisdiccional; según su formación, resulta a veces valorando lo que realmente fue objeto de investigación y no objeto de prueba. Los resultados influyen también en la falta de credibilidad en el sistema.

2.5 El tipo de proceso utilizado

En un principio, al proponerse (por medio de la Corte Suprema de Justicia y el Organismo Judicial presidido en su momento por el Dr. Edmundo Vásquez

⁷⁸ Quintero Ospina, Tiberio. La prueba en materia penal. Editora Leyer, Bogotá, 1996, 2a. Edición.



Martínez) a la legislatura un proceso que se dirigiera a la búsqueda de la verdad, todo parece indicar que el enfoque era hacia la persecución de la verdad, porque la resolución del conflicto era buscada excepcionalmente en calidad de salida alterna, tal el caso de la aplicación del criterio de oportunidad y otras alternativas.

No debe olvidarse que resolución de conflictos significa a nivel general: “Encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto”⁷⁹, desde ese punto de vista, tenemos que considerar la existencia de un proceso penal dirigido a los casos de excepción, no trascendentales para el contexto social en el que surge el conflicto, y uno dirigido a los procesos comunes, de trascendencia, y de los cuales el contexto social espera como finalidad la búsqueda de la verdad de los hechos relacionados con dichos procesos. Pero en este punto la Política Criminal del Estado debe decidir, porque es su responsabilidad en cuanto a los procesos ordinarios de los que la sociedad espera lo que denomina “justicia”, si busca un proceso penal para resolver conflictos o uno para buscar la verdad de los hechos sometidos al proceso.

En la práctica aplicación de los procedimientos establecidos en nuestra legislación procesal penal, ya tenemos planteada esta oposición, porque lo que ha surgido como una excepción, que es la solución del conflicto en los casos de escasa trascendencia social, quiere volverse una regla, o por lo menos han surgido casos en que la excepción es la regla, como cuando se aplican salidas a procesados involucrados en casos de gran trascendencia, utilizando de alguna manera, cierta

⁷⁹ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.38.



condescendencia judicial. En esos casos, la salida alterna o el procedimiento abreviado, por ejemplo, se utiliza no porque alguien quiera conocer la verdad de los hechos, sino porque es necesario eliminar un conflicto, con ello eliminar un proceso, y estadísticamente establecerlo como un caso más resuelto por la administración. En tales casos la verdad no queda establecida, salvo respecto de la aceptación de la participación del imputado en el hecho, pero solo como un producto eventual del acto procesal y cuando tal aceptación queda reducida a los límites aplicables para el procedimiento abreviado.

Sin embargo, las corrientes procesales contemporáneas arriban a la conclusión de que no es cierto que haya incompatibilidad entre la solución del conflicto y la búsqueda de la verdad de los hechos “ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia”⁸⁰ aunque para llegar a tal determinación haya que realizar previamente análisis de carácter probatorio, con lo cual naturalmente la búsqueda de la verdad tiene ciertos costos en cuanto al tiempo, incorporación de pruebas y otras actividades procesales que tengan conexión con las mismas.

El autor estima que deberá tenerse gran cuidado en nuestra legislación procesal penal en la introducción de un mayor número de mecanismos de solución de conflictos, puesto que ya existen suficientes.

⁸⁰ Taruffo M., *ob. cit.*, p.38.

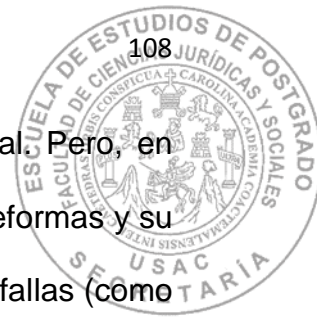


2.6 Los sistemas en general

Ante la existencia del sistema inquisitivo, de manera generalizada en América Latina, en el que la valoración de la prueba era tasada, es decir, determinada en la ley, surge en América Latina el sistema acusatorio. El sistema inquisitivo fue el fruto de la colonia española. Las disposiciones de procedimiento criminal tuvieron una larga tradición. En Guatemala, los ecos de la inquisición procesal penal duraron hasta muy entrado el siglo XX. En toda esa época la valoración de la prueba era inexistente pues todo el esfuerzo judicial se centraba en los dictados legales al respecto; era entonces una prueba determinada cuyo valor era tasado por la ley. Nuestro país inició vientos de remodelación de la legislación procesal penal hasta 1990 en que fue entregado el proyecto de Código Procesal Penal que nos rige.

Existe una línea de pensamiento compartida en general por los autores de América Latina a cuya cabeza estuvieron, en su momento, autores argentinos (Soler y Vélez Mariconde por ejemplo) que iniciaron sus trabajos tomando como punto de partida el Código de Procedimiento Penal para la Provincia de Córdoba, que continuó con la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que proporcionó a los estudiosos las bases uniformes para Iberoamérica y que en 1988 inspiró a Latinoamérica con la emisión en Río de Janeiro del Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica. Este ha servido de orientación en los países para la reformulación de su legislación procesal precedentemente inquisitiva, dando lugar, en el siglo XX, a un movimiento de reforma procesal.

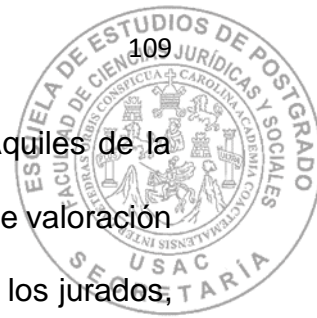
En ese contexto las reformas se fundaron en el juicio oral y público como base de la sentencia, juicio que por lo menos en Guatemala no existía hasta la



reforma iniciada en el año 1994 con el actual Código Procesal Penal. Pero, en menos de un cuarto de siglo, esta legislación ha sufrido más de cien reformas y su espíritu original ha cambiado. En sus inicios el juicio oral tuvo algunas fallas (como la de que los jueces querían ser más protagonistas), y por ello muchos detractores. Con el tiempo ha ido tomando como modelo otros juicios orales, especialmente los de Estados Unidos de Norte América, y algunas veces los de Canadá, tal como se refleja de los programas de cooperación internacional. Tales programas hicieron ver que lo aconsejable era reproducir en la mejor medida posible los juicios de los países norteamericanos mencionados, salvo lo relativo a los jurados, que nosotros no tenemos en la legislación, ya que el juzgamiento se sigue encargando a jueces profesionales en la mayoría de casos.

Estimamos que la derivación hacia la tendencia de imitación del juicio norteamericano ha sido sana. En Latinoamérica también existen tribunales escabinados, es decir, compuestos por jueces profesionales y por ciudadanos legos, por ejemplo, en Bolivia. Nuestro sistema, que podemos identificar como tendiente al acusatorio, y el norteamericano, tienen diferencias y similitudes. La principal similitud podemos encontrarla en el examen oral y público (en general) de la prueba, especialmente la de testigos. La gran diferencia (aunque hay otras) se encuentra en el método de apreciación de prueba.

El sistema norteamericano, clasificado como *Legal Adversary System*, carece de la valoración judicial de la prueba, previo a que se dicte sentencia; en nuestro medio la valoración se hace por el juez o jueces de la causa; en el juicio por jurado la valoración la hace el jurado, aunque se trata de jueces legos, ciudadanos



que son escogidos por sorteo. Parece ser dicha forma un talón de Aquiles de la justicia norteamericana, en el sentido de la inexistencia de un método de valoración de la prueba (más que el de la apreciación en conciencia por parte de los jurados, si es que se le puede llamar método), valoración que, a nuestro entender, debe ser la base de la sentencia dictada con un juicio oral y público previo.

2.7 Problemas que presenta el sistema actual

i. La definición del sistema. El sistema de valoración de prueba actual ha presentado como su sistema de valoración el de sana crítica razonada. Sin embargo, en la legislación no se dan elementos de apoyo que le guíen sobre la aplicación de tal sistema.

ii. Los elementos del sistema. Estos elementos han de buscarse, como veremos más adelante, en los que proporciona la doctrina, tales como la lógica, la experiencia y la psicología. Sin embargo, tampoco existe determinación alguna sobre los elementos concretos que han de tomarse de tales ciencias; posiblemente por ello, las sentencias o una gran cantidad de ellas, no les mencionan.

iii. La forma de valoración de los elementos del sistema. Como se verá más adelante, la ley no proporciona una orientación sobre la valoración racional que ha de darse a los elementos de la sana crítica, por ello postulamos en esta tesis una reforma legal que contenga los puntos que adelante mencionaremos.



Capítulo III

3.1 Propuesta de un nuevo sistema de valoración a la criminalidad organizada y sus alcances para el sistema de criminalidad común

3.1.1 Un nuevo sistema valorativo con el mismo procedimiento

Desde luego, que un nuevo sistema de valoración de prueba implica un nuevo procedimiento, sin embargo, no es el afán del presente trabajo postular un nuevo Código Procesal Penal, sin embargo, sí lo es, el de proponer las bases para un nuevo sistema de valoración de prueba.

3.1.2 La sana crítica razonada en nuestro ordenamiento jurídico

Abordamos ahora el tema de la interpretación que requiere la disposición legal que indica: “El tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada”.

En este punto interesan dos vertientes: la doctrinaria y la de estimativa legal. La vertiente doctrinaria integrada por las doctrinas acerca del tema se examinará a continuación.

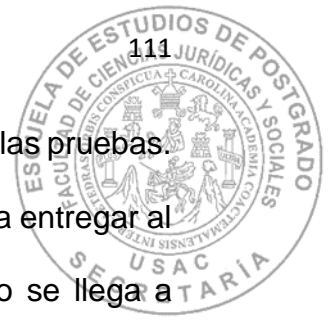
3.2 Doctrinas sobre la sana crítica razonada

En términos generales se ha estimado que la sana crítica es la: “Fórmula leal para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas...”⁸¹, con lo que en principio se le considera una fórmula, o sea, siguiendo la definición de la

⁸¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*, p.341.

expresión fórmula, un medio práctico para que el arbitrio judicial aprecie las pruebas. Como vemos en la descripción general se dice mucho: una fórmula para entregar al arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, pero concretamente no se llega a expresar la forma en que ese arbitrio judicial tiene que analizar las pruebas. Por ello, es necesario recurrir, si se quiere obtener una solución doctrinaria, a lo que se indica en forma específica sobre la sana crítica.

- A. El autor Vicente Gimeno Sendra expresa que: “Una vez realizada la actividad probatoria, debe, tal como se ha reiterado, el tribunal apreciar según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral... Lo que viene a consagrar el referido precepto, como es sabido, es el sistema de libre valoración de la prueba, el cual no significa libre arbitrio, ni posibilidad de entrada a la ciencia privada, sino que, antes al contrario, la valoración ha de versar, en primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral (aunque excepcionalmente, tal como se ha señalado, pueda el tribunal fundamentar su sentencia en actos de prueba instructora anticipada o preconstituida pero, en modo alguno, sobre meros actos de investigación); en segundo lugar tampoco puede basar su sentencia en la prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales; finalmente, la valoración de la prueba se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la ‘sana crítica’, lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la ‘declaración de hechos probados’” (citando sentencias del Tribunal Supremo del 21-04-1987, 14-07-1987 y 14-09-1087).





Agrega que el tribunal de instancia es, “con las anteriores limitaciones, soberano en la apreciación de la prueba, sin que pueda el TS ni el TC sustituirlo en la función de valoración de la prueba, la cual, como exigencia del principio de inmediación, ha de corresponder exclusivamente a quien ha presenciado la actividad probatoria, esto es, al tribunal sentenciador...”⁸².

Lo expuesto por el magistrado español nos lleva a apreciar que para él como para la jurisprudencia española de finales del siglo pasado y principios del presente, la sana crítica es parte integrante de un método de análisis de la prueba, el de la libre valoración de la prueba y que, además, la considera un sinónimo de las máximas de experiencia.

B. El autor guatemalteco Calderón Maldonado indica al respecto: “Este sistema posee ciertas características como por ejemplo la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor con el que se puede acreditar el mismo. De tal manera que el juez puede admitir cualquier medio, es decir existe libertad probatoria y lo contempla nuestro actual Código en su artículo 182. Se pueden probar cualquier hecho o circunstancia con toda clase de medios que se estimen útiles y pertinentes para comprobar el objeto de conocimiento, ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de la amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, es decir según las leyes del correcto entendimiento humano. Esto quiere decir que no se

⁸² Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho procesal penal*, p.632.



puede fundar la decisión en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indican las leyes de psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica que hacen el recto entendimiento humano”⁸³.

Como vemos, por una parte, se mezclan conceptos respecto del principio de libertad probatoria establecidos en nuestra legislación procesal penal, por otra parte, se alude a la sana crítica racional como equivalente a leyes del correcto entendimiento humano, y finalmente que tales leyes se integran con las de la psicología, la experiencia y las reglas de la lógica.

C. Tijerino Pacheco identifica la expresión: Criterio racional, con el de sana crítica, basándose en que se trata de expresiones surgidas en España a mediados del siglo XIX, llegándose a constituir, según sus propias palabras en un “híbrido monstruoso de “criterio racional” y “sana crítica” porque si la crítica no fuera racional no podría ser sana”⁸⁴. Este mismo autor, citando a Couture expresa que este último diferenció la sana crítica de la arbitrariedad al señalar: “El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a su voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente... La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos

⁸³ Calderón Maldonado, Alexis. *Materia de enjuiciamiento criminal*, p.242.

⁸⁴ Tijerino Pacheco, José María. *La prueba en general. Manual de derecho procesal penal nicaragüense*, p.288.



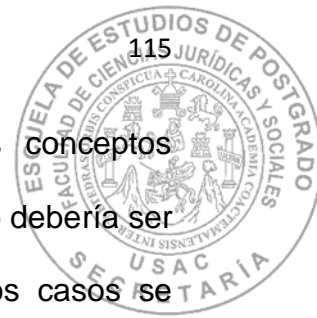
llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”⁸⁵.

Este autor comienza por un comentario respecto de la denominación sana crítica racional o razonada como indica nuestra ley, que a su criterio es un híbrido monstruoso por lo indicado en el sentido de que si la crítica no fuera racional no podría ser sana. Llega a la conclusión de que en este sistema la prueba se valora a la luz de la razón “cuando se excluye todo prejuicio, emotividad y arbitrio y se sigue un criterio acorde con la lógica, el sentido común, la experiencia y las reglas de la psicología en cada eslabón de la cadena de pensamiento que conducen a la decisión del juzgador”.

Al proceder al análisis de la doctrina, que es la que en términos generales se sigue en nuestro medio para conceptualizar la denominación “sana crítica razonada”, expresada por nuestra ley procesal penal en el artículo 385, podemos apreciar que resulta conveniente y de acuerdo con lo que en la práctica se realiza en nuestros tribunales, puesto que la generalidad de las sentencias pronunciadas por ellos, hacen una referencia más o menos en el mismo sentido, en cuanto a que están aplicando las reglas de la lógica, de la experiencia y de la psicología para arribar a la conclusión de que se trate.

Sin embargo, apreciamos en la elaboración de la generalidad de las sentencias, y como muestra hemos analizado algunas en el presente trabajo de investigación, que si bien se hace referencia a las reglas de las ciencias que las

⁸⁵ Cit., por Tijerino Pacheco, J. M., *idem*.



definiciones mencionan y que se encuentran contenidas en los conceptos doctrinarios, la referencia es de carácter general y no específico, como debería ser en cuanto a cada caso particular. Por ejemplo, si bien en algunos casos se menciona que se ha utilizado alguna regla de la psicología, no se indica cuál de las reglas de dicha ciencia se ha utilizado y menos, indicar a cuál de las secuelas psicológicas existentes pertenece dicha regla; lo mismo puede decirse en la aplicación de la lógica: no se menciona a qué clase de lógica se hace referencia.

Para reafirmar lo indicado tomamos otra muestra: la sentencia dictada el 20 de agosto de 2008 por el Tribunal quinto de sentencia penal, en el caso que identificó como GP 743-07 (C-35-2007 Of. 1º.) que se siguió por el delito de homicidio culposo; en ella, en la parte IV que corresponde a “Los razonamientos que inducen al Tribunal a condenar o absolver”, citó el módulo instruccional: Valoración de la prueba, que dice que: “es indispensable que (las) sentencias sean públicamente motivadas, para que se exhiban ante el pueblo los fundamentos de sus decisiones, que es la forma de justificar su conducta, y esto significa, desde luego la necesidad de que en esa motivación se ajusten a las reglas de la lógica, de la experiencia y de la psicología”.

Lo anterior significa, aunque sea una cita de un módulo, que el juzgador va a utilizar las denominadas reglas de la sana crítica: lógica, experiencia y psicología. Lo hace al principio de la sentencia, lo cual puede ser una garantía para el procesado. Más adelante el juez reduce tal garantía al indicar que solo utilizará una de esas reglas: “Este Tribunal a efecto de establecer los aspectos primeramente señalados entra a hacer el análisis de las pruebas aportadas al debate, de



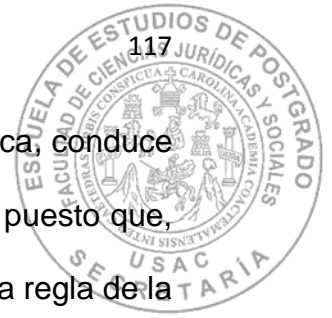
conformidad con las reglas de la sana crítica razonada de la siguiente forma: "...".

Sin embargo, en el texto de la sentencia no aparece la forma en que conforme las reglas de la sana crítica hayan analizado los medios de prueba.

La conclusión que podemos obtener de lo anteriormente analizado es la siguiente:

- a) Nuestra ley es incompleta en el artículo 385 por las siguientes razones: primera, no indica el contenido concreto que desea se le dé al método de la sana crítica; si bien puede concederse un solo contenido a la sana crítica, la forma en que se ha evaluado la prueba en el proceso (conforme las muestras que se han analizado), da a entender que los jueces tienen conocimiento de diversos contenidos de la sana crítica. Como consecuencia de lo anterior, algunos, en sus sentencias, no indican el método de valoración de prueba, dándolo por conocido; otros solo se refieren a la lógica, otros a la lógica y la experiencia, y otros a la lógica, la experiencia y la psicología. En cuanto a la lógica no todos se refieren concretamente a la regla que han utilizado, ni la forma en que la han utilizado; en otros casos se mencionan las reglas de la experiencia, sin aludir concretamente a cuál; el peor de los casos se encuentra en los que se refieren a la psicología, puesto que nunca mencionan a qué regla o ley psicológica aluden, y menos a qué escuela psicológica pertenece tal regla o ley⁸⁶.

⁸⁶ Es más, en cuanto a la lógica no se indica nunca si se refieren a la lógica general o la lógica jurídica, ni se indica nunca tampoco a qué escuelas de lógica se hace referencia; además, se hace referencia a principios supremos de la lógica, pero no se concreta si los mismos son de la lógica general o de la lógica jurídica, pues en algunas escuelas tienen las mismas denominaciones. En cuanto a las escuelas psicológicas son conocidas

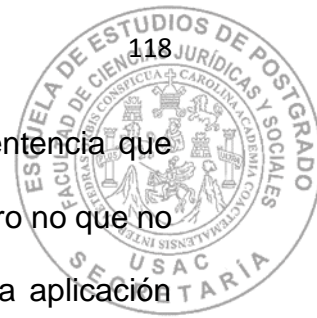


- b) Lo anterior, además de infringir de manera evidente la sana crítica, conduce a la violación de derechos fundamentales, como el de defensa, puesto que, en tales circunstancias, el procesado por lo general desconoce la regla de la sana crítica en la que descansa la valoración de la prueba que permitió al tribunal arribar, en su caso, a una sentencia de condena.

El fondo de la reforma procesal planteada con el Código vigente, era que existía un modelo procesal malo, por tener fundamento en el sistema inquisitivo y que, frente a ese modelo, se colocó el sistema bueno que es el acusatorio, con un juicio oral y público. Sin embargo, a las quejas y críticas que los abogados hacen del sistema actual, que no viene al caso enumerar en este trabajo, se agrega el problema de la valoración de la prueba. No es tampoco, objeto de este trabajo, el analizar cuál de los modelos procesales utilizados hasta ahora es el mejor, o el más puro, máxime teniendo en cuenta que no existe un modelo procesal puro y por ello existen tendencias hacia modelos procesales mixtos. Estimamos que, en realidad, el problema no se encuentra tanto en el modelo utilizado, sino en la disyuntiva en que se encuentra todo proceso de si en realidad busca la averiguación de la verdad o lo que busca es la solución del conflicto.

En ese orden de ideas, vemos cómo la búsqueda de la verdad tiene en el sistema de valoración de la prueba un escollo, al encontrarse en la práctica una aplicación algunas veces nula, algunas veces incierta y algunas veces deficiente.

el estructuralismo, el psicoanálisis, el conductismo, el humanismo y la Gestalt, por lo menos; en las sentencias nunca se hace referencia a la ley psicológica que se menciona ni la escuela a que pertenece.



En este último caso nos encontramos cuando aparece una sentencia que menciona que se entrará a valorar con el sistema de la sana crítica, pero no que no menciona alguna de las reglas que constituyen este sistema. En una aplicación deficiente nos encontraremos cuando se establece el sistema de valoración por sana crítica, pero se indica de una manera superficial que se aplicarán las reglas de la lógica, sin mencionar concretamente alguna, y en otros casos cuando se menciona o se hace de una manera incorrecta, o bien se hace sin dar una motivación suficiente sobre su aplicación. Pero parece más importante cuando se hace una aplicación nula, es decir, indicando que se está aplicando una (o varias, cuando se indica: con base en las reglas de la psicología) regla de tal o cual ciencia, sin mencionar concretamente dicha regla o, por su nombre o por su contenido, negando al procesado la posibilidad de defenderse por tal motivación, ya que su contenido es inexistente.

Esas fallas estructurales de la valoración del proceso nos hacen pensar con Taruffo que: “El problema de la capacidad del proceso de alcanzar la verdad de los hechos no puede, pues, resolverse negativamente *a priori* y puede tener respuestas positivas distintas en función del tipo particular de proceso que se tome en consideración. Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tasada; en cambio, esa capacidad es máxima en un



proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez⁸⁷.

Dicho lo anterior, estamos ante el problema de si el proceso debe perseguir la verdad o si esta es irrelevante, al menos en el proceso civil. En esta área conceptual impera la idea según la cual el problema de la verdad de los hechos del caso se considera absolutamente irrelevante⁸⁸.

En cambio, los penalistas indican que la fundamentación del proceso sobre la verdad es la fuente de legitimación específica de la jurisdicción penal en un Estado de derecho⁸⁹. El profesor Ferrajoli indica que esto supone que se conciba el derecho penal, no solamente como instrumento de prevención de delitos, sino también como técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito⁹⁰. Llegando a una tesis más plena sobre la consecución de verdad en el proceso indica que el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las libertades de los ciudadanos a través de la garantía de la verdad, frente al abuso y el error⁹¹.

⁸⁷ Lo dicho por Taruffo (*la prueba de los hechos*, p.47) relativo al proceso civil, puede valer en relación con el proceso penal por las razones que se han dado en cuanto a las deficiencias de aplicación de la sana crítica. Nota del autor.

⁸⁸ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.48.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi., *ob. cit.*, p.546.

⁹⁰ Ferrajoli, L., *idem*.

⁹¹ Ferrajoli, L., *ibidem*.



3.2.1 Reglas de la sana crítica razonada

a) La lógica formal: Esta se aplica a través de los principios que le son propios y que actúan como controles racionales en la decisión judicial conforme a la concepción clásica, los cuales son:

1. Principio de identidad: Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero.

2. Principio de contradicción: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser verdaderos.

3. Principio de tercero excluido: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible).

4. Principio de razón suficiente: Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad.

b) La psicología

Por esta debe entenderse como el elemento interior que preside nuestra vida, desde los actos más simples a los más sublimes, y que se manifiesta en hechos de conocimiento, sentimiento y voluntad; juega un papel muy



importante y de la cual el juez no puede apartarse en la valoración de la prueba.

c) La experiencia común

Puede mencionarse que la misma comprende las enseñanzas que se adquieren con el uso, la práctica o solo con el vivir, y que se encuentran en cualquier persona de nivel cultural medio, integrando el sentido común.

3.2.2 La prueba científica

Noción. Aplicación de la valoración en la prueba científica

Los medios de prueba científicos se relacionan con los avances de la ciencia y de la tecnología. Estos medios de prueba científicos no suelen estar incorporados en las legislaciones, pero esta situación se relaciona con el problema de si debe existir libertad de prueba o enumeración taxativa de la misma en tales legislaciones, puesto que los avances no son previsibles, pero sí es necesario contar con ellos. Una mayoría de legislaciones admiten la libertad de prueba, tanto en cuanto a cuáles puedan ser los medios de prueba que pueden aportarse como en cuanto a la forma de apreciación de la prueba del juez en cuanto a cuales medios deben valorar y cuales excluir, y la forma de hacerlo. Tijerino Pacheco expresa que la preocupación por el riesgo de no poder hacer uso de descubrimientos científicos modernos y de la



tecnología en constante avance no tiene fundamento pues pueden utilizarse en el proceso a través de la prueba pericial⁹².

En nuestro medio, el Código Procesal Penal, establece que: “Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, por cualquier medio de prueba permitido...” (art. 182) y en cuanto a los medios de prueba permitidos establece que “para sea admitido (un medio de prueba) debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad” (art. 182). De aquí podemos extraer dos importantes consecuencias: a) por un lado, que los medios de prueba deben referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación, b) por el otro, que el objeto de la prueba es el descubrimiento de la verdad, con lo cual apreciamos que la ley se decanta en la utilización de la prueba, para la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y las circunstancias en que pudo haberse cometido.

En cuanto a los medios de prueba la limitante establecida se refiere a cuando tales medios resulten manifiestamente abundantes. Se limita por el número, es decir, que sean abundantes, o sea ya existentes y que no conduzcan a nada más que lo que conduce los ya existentes. Pero en especial son inadmisibles, los obtenidos por un medio prohibido (art. 183 *in fine*).

De tal manera, que los medios científicos, y aun otros que no estén nominados pueden aportarse libremente, además de los medios previstos

⁹² Tijerino P., José M. *La prueba en general. Manual de derecho procesal penal nicaragüense*, p.278. Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.



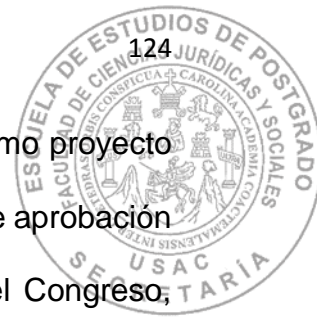
normalmente en la ley, con la limitación que no afecten las garantías y facultades de las personas establecidas en la ley o afecten el sistema institucional (art. 185).

No es, pues, novedad alguna que los litigantes aporten, como ya lo hacen verdaderos documentos o instrumentos científicos de prueba, tales como memorias usb, videos, archivos de discos duros de computadoras, intervención de las comunicaciones telefónicas, electrónicas, el control por medio de cámaras, la grabación fonográfica, y otros. Especial utilización tiene en la actualidad el aporte de archivos electrónicos, mediante la consignación del archivo original o una certificación del mismo. También es de interés respecto de estos medios la denominada cadena de custodia, que se refiere a la conservación de las fuentes de prueba en estado bruto, es decir, pruebas materiales, que deben llenar ciertos requisitos en observancia de procedimientos técnicos de recolección, identificación y conservación.

La valoración de tales medios científicos siempre está al alcance de la metodología establecida en el Código Procesal, que es la sana crítica razonada, de la cual haremos el análisis en la parte correspondiente de este trabajo.

3.3 El sistema de sana crítica en Guatemala

La reforma procesal penal se inició con la formulación al proyecto de Código Procesal Penal, que fue entregado al Dr. Edmundo Vásquez Martínez en calidad de presidente del Organismo Judicial por los doctores Julio B. J. Mayer y Alberto M.



Binder, de nacionalidad argentina. Dicho anteproyecto fue remitido como proyecto de ley al Congreso de la República, por la propia Corte. Ya pendiente de aprobación en tercera lectura, se requirió la aprobación de la Junta Directiva del Congreso, quien dispuso nombrar al Dr. Alberto Herrarte González, guatemalteco, como asesor específico para el estudio de las iniciativas de ley relativas a la reforma procesal penal⁹³. El doctor Herrarte procedió a revisar el Código, pero “con las modificaciones que considerara oportunas, tanto en su redacción como en su contenido”⁹⁴.

Consideraremos tanto el proyecto como la revisión para llegar al sistema de la sana crítica. De la valoración de la prueba se encarga ahora el Código, en el capítulo II sección tercera (Sentencia) en el artículo 385. Además de lo ya indicado, de acuerdo con los epígonos de la aplicación de este sistema, tanto desde la capacitación inicial de los proveedores del proyecto, como de la capacitación de la Escuela Judicial, las principales características de la aplicación del sistema son las siguientes:

- i. Íntima convicción del juez o tribunal basada en la sana crítica, es decir, las conclusiones a que se arribe deben ser el resultado racional del análisis de valoración.
- ii. Las reglas a las que el sistema sometió a los operadores de justicia son las de la sana crítica racional, siendo ellas: las normas de la lógica, las de la psicología y las

⁹³ Así consta en oficio dirigido por el Dr. Alberto Herrarte G. al presidente de la comisión de Legislación y puntos constitucionales del Congreso, del 8 de agosto de 1991. En: Proyecto de Código Procesal Penal, Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República, 1991, p.1.

⁹⁴ *Ibidem*.



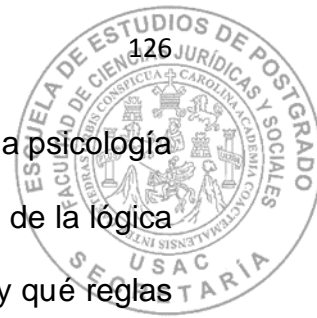
de la experiencia común. Siguiendo la definición del procesalista uruguayo Couture, pero sin dar el contenido en la ley a que se hace referencia a las reglas mismas, ya que el artículo 385 hace referencia al sistema, pero no a sus reglas.

iii. Este sistema fue completado después del inicio de su vigencia con una reforma del Código del año 1996 (El Decreto 32-96) consistente en el ahora vigente artículo 11 Bis, que se refiere a que los autos y las sentencias deben contener una clara y precisa fundamentación de la decisión, pues su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. Con la presencia de dicha disposición legal, no es solamente de mencionar que se utiliza la sana crítica razonada, ni que se utiliza alguna de las reglas de la definición de Couture, sino que deben expresarse los motivos de hecho y de derecho, así como el valor que se hubiere asignado a los medios de prueba.

En cuanto a esto último, tenemos dos aspectos fundamentales:

- a) La motivación de hecho y la motivación jurídica de la sentencia, son aspectos de los cuales no debe carecer, en primer lugar.
- b) Una vez realizado el primer aspecto, el segundo es ineludible: la valoración que se ha asignado a los medios de prueba. De ahí el planteamiento de esta tesis: que la valoración es deficiente ya en sí en el proceso actual, sobre todo, que no se tomó en cuenta por el legislador que con el tiempo los procesos se multiplicarían de manera exponencial.

Así, en el proceso actual, la valoración a veces no se efectúa, puesto que se sustituye por copia de disposiciones legales o de citas de autores, a veces se efectúa de manera arbitraria, es decir, sin hacer referencia a las reglas dadas como



integrantes de la sana crítica razonada, como el caso de las reglas de la psicología que solo se mencionan, pero nunca se dice cuál se utilizó, o las reglas de la lógica que indica la doctrina contemporánea, o las de la experiencia común, y qué reglas concretamente son y de qué fuente. A veces se efectúa de manera incompleta, se mencionan las reglas utilizadas, pero no el contenido de ellas y la forma en que se utilizaron en relación con la prueba en particular, y menos el valor que dieron una a una como consecuencia de ese análisis. Es decir, el peso de la prueba, como quedó demostrado con las sentencias analizadas precedentemente. Se estima que el problema de la valoración actual de la prueba es una falla de origen.

En el proyecto Binder Mayer se hizo referencia a la sana crítica y el revisor nombrado por el Congreso, el Dr. Herrarte, hizo la adición con la palabra “racional”. Esto lo expresa en la explicación que el propio revisor del proyecto presenta al Congreso: “Se estableció que todo elemento de prueba incorporado se valorará conforme el sistema de la sana crítica racional, a efecto de que los jueces, por ser letrados, expongan las razones que tuvieron en esa valoración. Se ampliaron algunas disposiciones relativas a la prueba que no estaban contempladas”⁹⁵. No hay ninguna explicación más al respecto, ni sobre el contenido de la sana crítica racional o razonada, ni la forma de explicación de la misma.

⁹⁵ Herrarte, Alberto., *idem*, p.5.



Capítulo IV

4.1 Problema de valoración de la prueba en los procesos actuales

4.1.1 El modelo de los Estados Unidos de Norte América

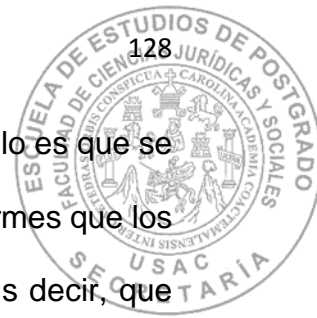
Al tratar la teoría de la prueba, los procesalistas, tanto civiles como penales, usan los mismos conceptos y el mismo lenguaje, por la sencilla razón de que en Estados Unidos existe un solo derecho probatorio, común para los aspectos civiles y penales, al grado de que los estudios universitarios sobre derecho son comunes a todos los tipos de proceso⁹⁶; por lo cual, en apariencia no hay reglas propias de cada sistema procesal. Lo anteriormente expuesto significa que cada ordenamiento procesal puede ser construido de forma que favorezca u obstaculice la búsqueda de la verdad sobre los hechos⁹⁷. Tenemos a la vista, proporcionado por el Prof. Len Cavise, titular de la Universidad de Chicago, que nos proporciona el texto: *Federal Rules of Evidence for United States Courts*⁹⁸, que son reglas comunes de prueba para las Cortes de todos los Estados. En este proceso, se destaca la existencia de múltiples reglas de exclusión de pruebas, aunque en general una multiplicidad de pruebas, todas ellas definidas perfectamente en la ley, así como su forma de exclusión.

Se concluye, por la más reciente doctrina, que un proceso en el que existan muchas reglas de exclusión es un en el que no ingresan muchos elementos de prueba que podrían ser relevantes para la determinación de los hechos, con lo cual

⁹⁶ Taruffo, M. *ob. cit.*, p.527.

⁹⁷ Taruffo, M., *idem*.

⁹⁸ Federal Rules of Evidence. For United States Courts. Also including: Uniform rules of evidence. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1993.



la búsqueda de la verdad es más lejana que los otros procesos y por ello es que se buscan cada vez más los arreglos que terminan el caso. Se tienen informes que los arreglos evitan que se llegue a sentencia en un 95 % de los casos. Es decir, que prevalece la búsqueda de la solución del conflicto. El Prof. Taruffo llega a la conclusión que un proceso en el que existan numerosas reglas de prueba legal está menos orientado a búsqueda de la verdad que uno en que se haga prevalecer el principio de la libre convicción del juez, pero también es cierto que un proceso en que se busca la obtención de pruebas orales a través del examen del testigo por las partes, profundizando en el análisis de los conocimientos del testigo, como en el *cross examination*, es mejor que el examen que puede realizar el juez, que no está interesado en verificar la credibilidad de las declaraciones del testigo⁹⁹.

Otro punto no menos importante que se puede cuestionar de acuerdo con análisis de eminentes procesalistas (se menciona como ejemplo al Prof. Taruffo), es que el sistema de valoración de prueba en dicho ámbito, queda reducido a la opinión, no siempre basada en los principios de las reglas de evidencia, de un jurado que generalmente es lego, y que el peso de la prueba también queda reducido a la declaración de culpable o no culpable.

4.2 Problemas de valoración de la prueba en otros países de América Latina.

En relación con América Latina realizamos una pequeña muestra relativa a los siguientes países:

⁹⁹ Taruffo, M., *ibid.*, p.528.



a.- Bolivia: El artículo 359 del Código Procesal Penal vigentes establece: “El tribunal valorará las pruebas producidas durante el juicio de un modo integral conforme a las reglas de la sana crítica...”. Puede apreciarse que se sigue la tendencia de nuestro país en el sentido de referirse al método de la sana crítica, pero no a su contenido.

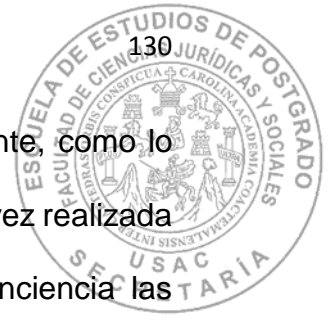
b.- Nicaragua: En este país se utiliza la expresión “criterio racional” en los artículos 15, 153, IV, 193, 194, 331, 316 y 387.4: “Criterio racional es una expresión que tiene como equivalente a “sana crítica”, otra expresión surgida en la misma época y en el mismo país. Otras frases de igual significado serían “recto raciocinio”, “adecuado razonamiento”, “prudente valoración”, “prudente criterio”, “crítica racional”... Todas ellas indican un razonamiento sin vicios lógicos, sin contrarias lo que comúnmente sucede, la naturaleza y el curso ordinario de las cosas”¹⁰⁰.

En los demás países la tendencia es la misma, indicar en general la forma de valoración inscrita dentro de la sana crítica, pero sin indicar el contenido y, menos, el peso que el tribunal ha de asignar a los medios de prueba.

4.3 Problemas de valoración en Europa continental

Asignaremos un valor general, aunque probablemente existen diferencias en los países de Europa oriental, a la forma de valoración de la prueba en España y Alemania.

¹⁰⁰ Tijerino Pacheco, José María. *La prueba en general. Manual de derecho procesal penal nicaragüense*, p.288.



6.3.1 España. En este país, como ya se ha referido brevemente, como lo prescribe el art. 741.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez realizada la actividad probatoria debe el tribunal apreciar según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral. El comentarista Gimeno Sendra indica que esto “viene a consagrar... el sistema de la libre valoración de la prueba... la valoración de la prueba se ha de realizar con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica, lo que conlleva la obligación... de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados...”¹⁰¹.

6.3.2 Alemania. En este país la valoración de la prueba se establece en el artículo 261 del Código Procesal Penal: “Sobre el resultado de la práctica de las pruebas decide el tribunal según su libre apreciación del juicio oral”¹⁰².

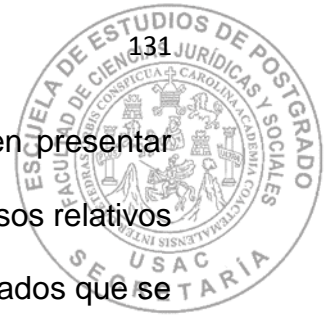
4.4 Problemas de la apreciación de la prueba en relación con los delitos de la criminalidad organizada

Referiremos este tema conjuntamente con el de la apreciación de la prueba en relación con los delitos de criminalidad organizada en nuestro país, por ser de la misma naturaleza tales problemas.

Ya hemos indicado, que los problemas de apreciación se presentan en diferentes variantes, pero podemos aquí referir las siguientes:

¹⁰¹ Gimeno Sendra, Vicente, Derecho Procesal Penal, p.632.

¹⁰² Código Penal Alemán, Código Procesal Penal alemán, introducidos por el Dr. Claus Roxin., p.321.



Una primera, referida a la cantidad de procesados que pueden presentar tales delitos. Ejemplos en nuestro medio pueden presentarse en los casos relativos a criminalidad organizada, cuando se ha procesado a grupos estructurados que se dedican al narcotráfico, en los cuales algunas veces se ha procesado a veinte o treinta personas al mismo tiempo. Sin embargo, también han aparecido procesados grupos mayores, como en los casos en que se ha procesado a colectividades políticas enteras, que en su oportunidad ejercieron el gobierno del país, y en esos casos ha habido expediente relativos a cien o más procesados. Desde luego, la cantidad de actos procesales es innumerable y el espacio físico, así como el personal, ha sido insuficiente. Deben realizarse, entonces, prevenciones por parte de la administración judicial en tales casos para que, llegado el momento, se encuentren los juzgadores con espacio físico adecuado para las audiencias, así como con personal suficiente y debidamente entrenado para estos casos.

Una segunda se refiere a la naturaleza de los delitos a juzgar. Nos parece que no será lo mismo el contenido procesal en los delitos de narcoactividad, que en los delitos de lavado de dinero y, además, algunos medios de investigación son específicos, por ejemplo, el análisis de organización del grupo delictivo organizado, que posiblemente requiere de tiempo y de personal especializado.

La tercera se refiere a la escasa previsión legislativa; no se encuentran en la legislación nacional mayores disposiciones previendo la forma de efectuar el procedimiento en estos casos, y en cuanto a la valoración de la prueba, se sigue el procedimiento de la sana crítica razonada, es decir, el mismo. Se estima que para

la delincuencia organizada debe asignarse un método de mayor seguridad para la sociedad, como podrá determinarse en el análisis del siguiente capítulo.





Capítulo V

5.1 Propuesta de un nuevo sistema de valoración de prueba en el proceso penal guatemalteco

5.1.1 Integración de la propuesta

Un nuevo sistema de valoración de prueba debe estar inscrito dentro de la política criminal que el Estado adopte respecto del fundamento de su proceso penal. Este punto no ha sido discutido convenientemente y sería importante tomarlo en cuenta a la hora de una reforma legislativa. A veces se ha mencionado el sistema de valoración, pero como se ha podido demostrar a lo largo de las páginas precedentes, el problema se incardina en la mayoría de legislaciones, (aun en las que declaran estar inscritas dentro de la sana crítica razonada, o la libre convicción basada en la sana crítica, o aun en la íntima convicción deducida de reglas de la lógica), primero dentro del concepto de prueba, es decir, si es sobre la verdad de los hechos o sobre la resolución del conflicto y, segundo, en la valoración o preponderancia que ha de dársele a cada prueba en cuanto a la veracidad de los hechos.

En cuanto a lo primero es importante definir el concepto de prueba por el cual postulamos. Aun cuando tradicionalmente nos hemos conformado con una concepción lata de la prueba, consistente en que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente, como lo ha hecho Cafferata Nores¹⁰³ resultaría que estamos ante una definición que realmente no define su

¹⁰³ *La prueba en el proceso penal*, p.3.



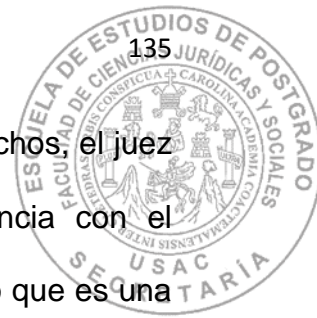
elemento central, sino que se refiere a un acto confirmante de otro. Creemos más completo pensar que “es prueba todo elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho”¹⁰⁴ siendo importante advertir “que el nodo fundamental de esta concepción de la prueba no es la individualización *a priori* de cosas o hechos a los que atribuir la etiqueta de prueba, sino la determinación de la inferencia en función de la que (una proposición referida a) una cosa o un hecho puede constituir un elemento de confirmación racional de una aserción concerniente a un hecho”.

Se debe partir, entonces, para definir la prueba desde el punto de vista de la idoneidad de cada elemento. Estas afirmaciones no están exentas de algunos problemas que deben ser resueltos antes, como el caso de la prueba científica. Por ejemplo: a) el caso de la prueba científica, es decir, cómo puede hacer un juez promedio para resolver problemas que contienen asuntos científicos especiales. Este caso es resuelto a través de orientaciones que indican que el juez no necesita ser a su vez un científico, sino disponer de esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica a los efectos de la determinación del hecho o en su caso, de los hechos¹⁰⁵.

Otro de los problemas es determinar que las nociones y métodos científicos se utilicen de modo correcto en la determinación de los hechos del caso. Lo importante es que el juez asuma su papel de juez y no el papel de científico. Otro problema ha sido el de asimilar el papel de juez con el de historiador; si bien el juez

¹⁰⁴ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.328.

¹⁰⁵ Taruffo, M., *idem*, p.334.



se asimilará en cierto momento al de historiador por reconstruir los hechos, el juez lo debe hacer con pruebas jurídicas concretas, esa es la diferencia con el historiador. Por eso tampoco puede hacerse una comparación entre lo que es una prueba jurídica con lo que pueda denominarse prueba en otros ámbitos y por otros sujetos. La prueba que interesa al juez, entonces, ha de ser la prueba jurídica. Para la determinación de lo que es la prueba jurídica han existido al menos dos concepciones:

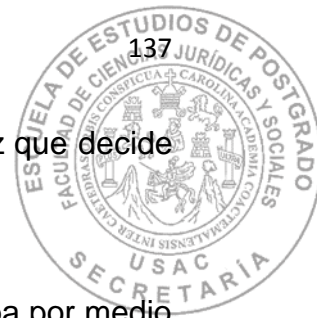
- a) La concebida por el sistema del denominado *civil law* que sostiene que todo lo relativo a la prueba se encuentra en las normas que se ocupan del tema, con lo que estamos ante el sistema positivista, es decir, todo lo relativo a la prueba se deriva de la ley que la concibe.
- b) La que se presenta en el denominado sistema del *Common Law*, que se refiere a que todo lo relativo a la prueba se encuentra contenido en la racionalidad.
- c) Al tiempo de estas vertientes, tenemos también que hay una que indica que hay que definir la prueba por su objeto, es decir que las anteriores tendencias se refieren a un objeto de la prueba: demostrar, que, sin embargo, en esencia el objeto de la prueba realmente sería persuadir. Por ello tenemos el caso en las escuelas de derecho norteamericanas en que en la enseñanza de la prueba se matiza la persuasión como un punto central de la misma. En este caso, la dimensión lógica de la prueba se orienta a una dimensión retórica de la misma. Esta concepción retórica tiene raíces históricas por sus



precedentes en Grecia y Roma de la Antigüedad y alcanza su recepción en el derecho inglés y estadounidense.

La regulación jurídica de la prueba debe basarse, conforme los criterios que se expresan en la actualidad, en un concepto de prueba libre, con exclusivos límites de relevancia y admisibilidad. Esto es, dar a las partes la posibilidad de utilizar todos los medios de que disponen con el único límite de que sean admisibles conforme lo dispuesto en el ordenamiento y, relevantes, es decir, razonablemente relevante para el esclarecimiento de los hechos.

El punto esencial del presente trabajo es cómo el juez controla cuál ha de ser prueba del caso y cuál es el peso que debe darle en cuanto a cada elemento para formar su convicción. Esto no se le dijo nunca al juez el sistema positivista; pero tampoco, pese a la introducción de variantes racionalistas, se lo dijo el sistema de la sana crítica. La existencia de formulaciones que den pautas en ese aspecto, en el sistema de prueba reglada, tanto como la inexistencia de las mismas que dan paso a la discrecionalidad en caso de los sistemas de prueba libre, tienen como resultado en el primer caso, una total cobertura de la ley, pero que posibilita la arbitrariedad objetiva, y en el segundo, existe el riesgo de que la discrecionalidad se convierta también en una arbitrariedad subjetiva. Estas circunstancias nos han llevado a la conclusión de que puede existir un tercer sistema que sea más cercano a la inexistencia de subjetividad y a la de objetividad exagerada. La determinación de un tercer sistema no estaría exenta de este peligro, que como dice acertadamente un autor “podría leerse como la historia de los intentos del legislador



o de la doctrina por prevenir o al menos, limitar la arbitrariedad del juez que decide sobre los hechos en la valoración de las pruebas”¹⁰⁶.

Con respecto a los criterios racionales de valoración de la prueba por medio de la inferencia, se presenta el método que no es una invención del sustentante; sino en un 90 % son ideas extraídas de la obra del procesalista italiano Michelle Taruffo, pero en el restante porcentaje se ha complementado con ideas del autor como fruto de la experiencia personal y de algunas conferencias sobre el tema.

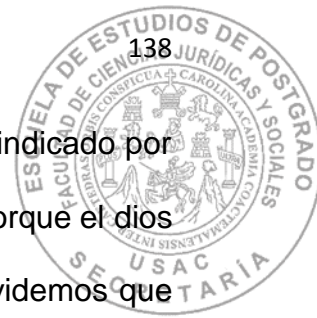
El sistema que se postula se denomina como el de criterios racionales de valoración de la prueba por medio de la inferencia. No significa que sea un método de carácter completo o perfecto. Las obras humanas, a lo más, son perfectibles, y en ese sendero se postula el sistema de la inferencia, que puede ser apuntalada a través de ponderación determinada numéricamente para mejor concreción. Se requiere que el juzgador llene el mayor número de las condiciones que a continuación se enumeran; la ausencia de tales condiciones significa en un

momento dado que no podrá hablarse de una valoración racional de la prueba. Tales condiciones, a nuestro entender, y de alguna manera parafraseando las palabras de Taruffo son:

i. La valoración de la prueba no debe realizarse con métodos alejados u opuestos a la racionalidad que es común en un momento en una cultura determinada. El ejemplo de irracionalidad citado por Taruffo (del caso del juez que decidiese sobre el hecho afirmando que está iluminado por alguna divinidad)¹⁰⁷ lo trasladamos a

¹⁰⁶ Taruffo, M., *ibid.*, p.421.

¹⁰⁷ Taruffo, M., *ibid.*, p.423.



nuestro medio en el sentido de que el juez expresara que confirma lo indicado por los sacerdotes mayas en el sentido de que se decidió sobre el hecho porque el dios maya Ah Puch, determinaba un castigo corporal de ese modo. No olvidemos que en algún momento algunos de los jueces nacionales han hecho suyas sentencias de las comunidades indígenas; para ellos podemos indicar que deben prevalecer los derechos humanos y la utilización de la inferencia racional.

La Corte de Constitucionalidad ha expresado en ese sentido que “acorde con el entorno normativo oficial e internacional que admite la existencia del sistema jurídico maya, los órganos jurisdiccionales nacionales con competencia en materia criminal tienen el deber de tomar en consideración las costumbres, instituciones, y métodos tradicionales que rigen la vida social de las comunidades étnicas, siempre y cuando las mismas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”¹⁰⁸.

ii. Una segunda condición de valoración debe ser la utilización de todos los datos empíricos posibles. Estos reciben normalmente el nombre de elementos de prueba. La utilización de los datos empíricos disponibles hace que la prueba sea racional y *a contrario sensu*, no será racional la valoración que no toma en cuenta tales datos o que se oponga a ellos¹⁰⁹.

iii. Es necesario que en la valoración se utilicen esquemas adecuados de argumentación. “para fundar la validez racional del paso de un punto a otro del

¹⁰⁸ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad en el expediente 3300-2009 del 21-10-2010.

¹⁰⁹ Taruffo, M., *ibidem*, p.423.



razonamiento”. De ahí la validez inferencial del paso de uno a otro razonamiento. Tendrán que haber entonces “inferencias deductivas y más a menudo inductivas, con sus respectivas condiciones de validez lógica en función de la naturaleza de las proposiciones que entren en juego...”¹¹⁰. La argumentación jurídica, basada en la lógica racional, tendrá aquí un valor muy importante. En este sentido, es importante llamar la atención en cuanto a que no se considera por la legislación nacional una fundamentación racional, la simple relación de los documentos del proceso o la mención de las solicitudes de las partes. Desde luego, es importante que el juez tome en cuenta la apreciación de las partes en cuanto a la prueba, por ejemplo, tanto de la propia como de la parte adversaria, pero tales requerimientos no sustituyen en ningún caso la fundamentación.

iv. Cuando se utilicen máximas de experiencia, debe hacerse con un criterio de racionalidad, o sea “deben utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media del lugar y del momento en el que se formula la decisión”¹¹¹. En este punto es importante advertir que se debe dejar de utilizar la práctica de mencionar máximas que solo sean conocidas en una región determinada o en una localidad, y menos que sean únicamente conocidas por el tribunal o el juez.

v. En cuanto a las inferencias inductivas y su utilización en relación con conceptos de probabilidad, deben utilizarse conceptos de probabilidad que sean aplicables a la materia probatoria. La probabilidad debe ser inferida de una manera cierta, más

¹¹⁰ Taruffo, M., *ibidem.*, p.424.

¹¹¹ Taruffo, M., *ibid.*



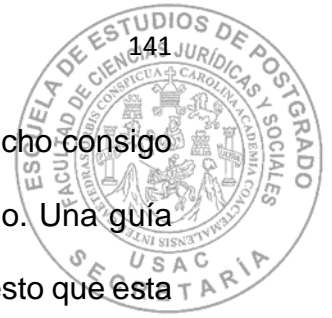
allá de toda duda, basándose más que todo en la probabilidad estadística¹¹². Aquí es relevante señalar la importancia de los datos estadísticos, que deben ser emitidos por órganos especializados.

vi. Se deben establecer condiciones de racionalidad para determinar el control de las inferencias concretas a que se arribe; no es solamente acreditar la existencia de las inferencias, se debe determinar un control cierto de las inferencias concretas a que se arribe; esas condiciones de racionalidad permiten establecer la fundamentación de la eficacia atribuida a cada prueba. Una inferencia se obtiene como consecuencia o deducción de un hecho concreto. La ley debe proporcionar una guía cierta para establecer las condiciones de racionalidad de la inferencia.

vii. Debe ser requisito establecer en la ley que la valoración de la prueba se base en un razonamiento internamente coherente, con ello se quiere decir “que no hayan contradicciones como las que se producen cuando la misma circunstancia se considera contemporáneamente verdadera y falsa o si el mismo elemento de prueba es considerado contemporáneamente aceptable e inaceptable”¹¹³. En la práctica puede apreciarse la falta de una norma que contenga este requisito, ya que suelen aparecer consideraciones en las que para ciertas cosas, una circunstancia es verdadera, pero para otras es falsa, en relación con los mismos hechos y la misma relación de temporalidad. Esta precariedad de valoración se advierte también cuando un elemento de prueba es considerado aceptable en relación con ciertos aspectos del hecho, pero inaceptable en relación con otros, pero la relación de

¹¹² Taruffo, M., *ibid.*, p.425.

¹¹³ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.426.



temporalidad de apreciación es la misma. La coherencia interna del hecho consigo mismo es importante, no puede servir para unas cosas y para otras no. Una guía lógica sobre la coherencia interna debe ser proporcionada por la ley puesto que esta debe existir tanto para valorar la prueba como para valorar los hechos y toda la sentencia.

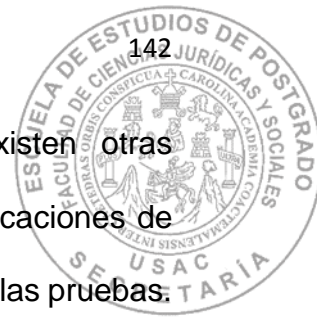
viii. Como consecuencia de lo anterior es necesario que en los resultados de la valoración conjunta de las pruebas no se presenten contradicciones. Es razonable que en un principio se encuentren contrastes en la valoración de la prueba, sin embargo, es “irracional la valoración que no resuelve los contrastes y, por tanto no identifica una solución unívoca”¹¹⁴.

Debe aclararse que aun utilizando de manera cuidadosa los principios anteriormente relacionados, no hay una garantía de eliminación total de la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas; ello permite la aplicación de los mencionados principios que consisten en “trazar una distinción entre la discrecionalidad absoluta, que como tal carece de criterios y de controles y es, pues, sustancialmente equivalente a la arbitrariedad subjetiva, y la discrecionalidad guiada, es decir, vinculada por el empleo de criterios racionales de control”¹¹⁵.

ix. La importancia de la utilización del principio de contradicción entre las partes. La utilización del contradictorio entre las partes conlleva una serie de implicaciones que tienen trascendencia tanto en el proceso como en la sentencia. En términos generales, el contradictorio permite a la parte adversaria contradecir la prueba

¹¹⁴ Taruffo, M., *ibid.*

¹¹⁵ Taruffo, M., *ibid.*, p.427.



presentada por los demás sujetos procesales. Sin embargo, existen otras implicaciones a las que aludimos en adelante. En el proceso las implicaciones de trascendencia también se relacionan con la adquisición y valoración de las pruebas.

En relación con la utilización de pruebas las modalidades con las que dicho principio puede funcionar son las siguientes: a) como control en la identificación del material probatorio; b) como un control en la formación de las pruebas, c) cuando influye en la valoración que hace el juez.

En lo relativo a la formación de las pruebas puede indicarse que, las reglas procesales no siempre aseguran la contradicción entre las partes y la función que de control que tal contradicción pueda tener en relación con la calidad de la prueba. En este caso, una carencia legislativa permite a las partes enfrentarse personalmente, lo cual no debe ser permitido. Como ejemplo de lo indicado anteriormente se tiene el caso del *cross examination* o interrogatorio cruzado del testigo de la parte adversaria, que algunas veces comienza como “un instrumento para la búsqueda de la verdad acaba a menudo siendo una oportunidad para un enfrentamiento”¹¹⁶. En otras palabras, es necesario que la tarea de la contradicción ha de tener la connotación de ser guiada por ciertas referencias de la ley.

Es importante rescatar de la legislación vigente la posibilidad de la contradicción entre las partes, previa a la decisión final, oportunidad que puede verse en las Conclusiones finales, ya que sin duda tienen por objeto influir en la valoración de las pruebas que más adelante realizará el juez o tribunal. Nuestra ley escuetamente indica que: “Terminada la recepción de pruebas, el presidente

¹¹⁶ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.431.

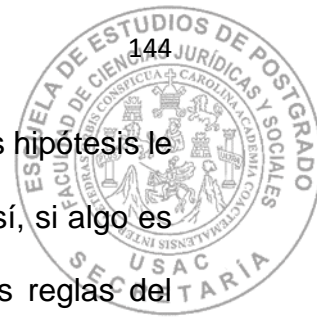


concederá la palabra al Ministerio Público, al querellante, al actor civil, a los defensores del acusado y a los abogados del tercero civilmente demandado para que, en ese orden, emitan sus conclusiones” (artículo 382 del Código Procesal Penal). Sin embargo, nos parece, que la misma legislación debe dar la posibilidad de controlar antes, tal valoración, dando la posibilidad a las partes, en el desarrollo del proceso, de desarrollar argumentaciones sobre la eficacia que debe atribuir el juez a las pruebas. No existe tal posibilidad, en el proceso actual, salvo la audiencia de elaboración de conclusiones que ya mencionamos, pero la misma obviamente aparece solo al final del proceso y se refiere a una valoración general de las pruebas y el criterio de las partes respecto de la responsabilidad del o de los procesados.

Deberá existir, entonces, alguna regla o disposición relativa al poder del juez de escoger discrecionalmente el material probatorio, así como los elementos que considera relevantes de los mismos y de las argumentaciones de los sujetos procesales para la decisión final. Parece necesario, nos indica Taruffo, que se asegure la contradicción entre las partes, antes de la decisión, precisamente sobre las elecciones con las que el juez determina los elementos de prueba con los que pretende fundar la decisión”¹¹⁷. Aunque el juez no está vinculado a las hipótesis valorativas de las partes, alguien podría decir, que su escogencia por una de ellas es discrecional, y queda supuesto el riesgo de que esa discrecionalidad degenera en arbitrariedad¹¹⁸, sin embargo, por el principio general de imparcialidad, es obvio que el juez no está vinculado con ninguna de ellas, ni constreñido obligadamente a

¹¹⁷ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.433.

¹¹⁸ Taruffo, M., *ibid.*



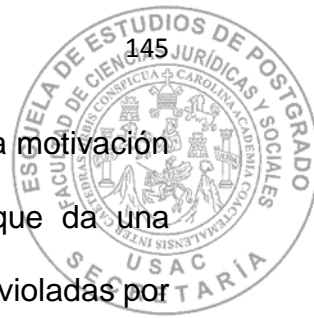
elegir necesariamente una de ellas, pero lo que sí es cierto es que tales hipótesis le pueden aportar elementos de juicio no considerados anteriormente. Así, si algo es seguro, es que “si son especialmente, las partes las que utilizan las reglas del análisis racional de las pruebas”, (reglas que han sido resumidas anteriormente) “entonces la contradicción puede ofrecer realmente al juez los elementos para una valoración racional” si ello no sucede “se abren espacios indefinidos de discrecionalidad incontrolada, siempre que la contradicción entre las partes se transforma en una lucha sin exclusión de golpes o en un ejercicio de retórica dirigido a influir en el juez más que someterle argumentos racionales”¹¹⁹.

5.2 Alcances del concepto de motivación, en relación con la valoración de la prueba

La motivación de la sentencia es objeto de una garantía específica tanto a partir de normas constitucionales como ordinarias. La Corte de Constitucionalidad considera que la motivación de la sentenciase incardina dentro de tales garantías, específicamente dentro de la denominada tutela judicial efectiva; así lo manifestó expresamente en reciente fallo: “La decisión que asuma la autoridad judicial al resolver sobre las alegaciones realizadas por el recurrente, debe ajustarse a lo prescrito en el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, es decir, con una motivación fáctica y jurídica suficiente que haga sostenible el fallo emitido, caso contrario, vulneraría el derecho a una tutela judicial efectiva”¹²⁰.

¹¹⁹ Taruffo, M., *ibid.*, p.434.

¹²⁰ Sentencia de la CC en el expediente6046-2017 del 9-07-2018.



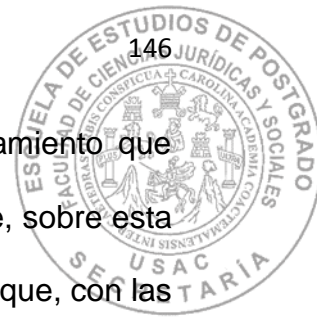
También existen otras normas de carácter ordinario que dan a la motivación una connotación constitucional, como el Código Procesal Penal, que da una referencia concreta en cuanto a las garantías constitucionales que son violadas por la carencia de motivación: “Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal”.

De lo anterior se deduce que es plenamente aceptada la tesis de que “la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable”.

Sin embargo, el concepto de motivación abarca otros aspectos del proceso: la valoración de las pruebas y el juicio que emita sobre los hechos. La motivación sobre los hechos es necesaria tanto como la motivación sobre el derecho aplicado, como garantía de la racionalidad y la controlabilidad de la valoración realizada sobre las pruebas¹²¹.

El problema de la motivación nos parece un punto esencial definitivo en cuanto a la valoración de la prueba. Sin embargo, el asunto no atañe solamente a la valoración de la prueba sino también a la valoración de los hechos, porque en la práctica sucede que las sentencias solamente hacen relación de hechos, o bien relación de hechos que consideran probados, y en la motivación de los hechos también hay aspectos trascendentales, porque motivar “los hechos significa

¹²¹ Taruffo, M., *idem.*, p.435.

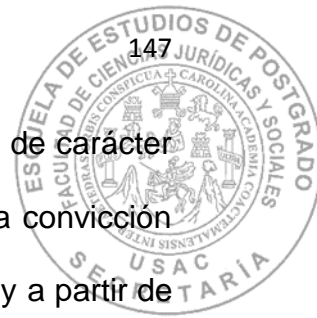


explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tienen un grado de confirmación lógica más elevado”¹²².

Sin embargo, muchos son los problemas prácticos que ofrece la motivación de las decisiones en el proceso penal, porque a menudo las denominadas motivaciones son efectivamente justificaciones respecto de hechos o pruebas, pero no las justificaciones adecuadas; y, aunque existan tales justificaciones, las mismas no contienen los criterios respecto de las cuales fueron emitidas, y a veces la motivación se reduce a afirmaciones de carácter general, de las cuales no es posible extraer conclusión alguna en relación con el caso. En especial las motivaciones no contienen las razones de la utilización de pruebas o las razones de la elaboración de presunciones. Estas afirmaciones, que son producto del conocimiento práctico de los procesos penales, no quitan desde luego validez a lo expresado en relación con que la motivación es esencial para el control de la racionalidad de la convicción del juez.

Con la existencia del problema relacionado, las legislaciones han asumido distintos roles: algunas dan la espalda al mismo, como la nuestra, asumiendo que “la racionalización no puede ser llevada a extremos”, en consecuencia, la racionalización de los medios de prueba no puede llevarse a cabo en tales direcciones. Nosotros pensamos que, apoyándonos en las directrices ya indicada, puede llegarse no solo a la racionalización de las pruebas, sino a la de los hechos

¹²² Taruffo, M., *idem.*, p.436.



y, en consecuencia, a la de las sentencias a través de una motivación de carácter racional. La oposición a la posibilidad de controles racionales sobre la convicción del juez parte de la constatación de los defectos que arroja la práctica y a partir de los mismos se sugiere la inutilidad de teorizaciones sobre la racionalidad del juicio sobre los hechos.¹²³

Sin embargo, la existencia de una práctica en la que los yerros y las imperfecciones son minimizados por legislaturas anodinas, no quiere decir que sea imposible la existencia de controles racionales adecuados en el proceso penal.

No significa, tampoco, que estemos a favor del regreso hacia un sistema de prueba legal, pues ellos significarían un retroceso.

Lo que el presente trabajo postula es la existencia de un procedimiento penal provisto de los controles racionales adecuados tanto en la apreciación de los hechos como en la obtención y análisis de las pruebas, en las que se pueda asegurar un buen uso de la discrecionalidad del tribunal o juez, porque ello, además de dar un perfil moderno al sistema procesal, lo dota de posibilidades para la lucha contra el crimen en general, pero en particular, contra el crimen organizado, que es un fenómeno de aparición formal en todas las sociedades contemporáneas.

¹²³ Taruffo, M., *ob. cit.*, p.438.

5.3 Alcances de la propuesta en cuanto a la criminalidad organizada

La aplicación de las anteriores ideas no es la panacea de todos los problemas existentes en el proceso penal guatemalteco, aunque pueden sentar las bases para una correcta formulación del enfoque de la lucha contra la criminalidad organizada.

El tema de la libre convicción del juez a través del sistema de la sana crítica nos enfrenta a problemas que no están cubiertos por regulaciones normativas como ya se ha demostrado a lo largo del trabajo. La amplia porción regulatoria en cuanto a determinación de hechos, valoración de prueba, motivación de sentencias, nos hace ver la discrecionalidad existente en cuanto a tales temas y evidencia la posibilidad de arbitrariedades subjetivas de los tribunales y jueces, en términos generales, en cuanto a la criminalidad ordinaria, pero no puede dejar de observarse que algunos casos de criminalidad organizada, han sido puestos en duda, precisamente por las carencias que arroja nuestra legislación tanto desde el punto de vista sustantivo, por la carencia de figuras típicas adecuadas o por las erróneas definiciones o alcances de las mismas, o en lo procesal por la existencia de una amplia zona reservada a la sana crítica, que no está cubierta por regulaciones que eviten que la discrecionalidad que el sistema procesal tiene, se traduzca en arbitrariedad, y se favorezca con ello ese fenómeno criminal.

Como política criminal del Estado debe preverse, en un futuro inmediato la formulación de una legislación que contenga una respuesta a dicho fenómeno, a través de reglas concretas que guíen la discrecionalidad o los razonamientos, es decir, que se formulen criterios de control racional de la discrecionalidad que proporciona la libre convicción.





Estos criterios, como pueden formularse de dos maneras:

- 5.3.1 Una primera situación en que el juez realice cada paso procesal controlando el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas; a) a través del control de la motivación del juicio de hecho; b) a través de la valoración razonada de los elementos de prueba que admite y luego valora con un contenido para la decisión, en este caso no es posible elaborar una lista de criterios que pueden servir de controles, pero es suficiente que sirvan de control racional; c) a través de la elaboración motivada de la decisión final.
- 5.3.2 Desde luego, para una reformulación de tipo legal debe formularse también una reorganización administrativa, que alcance todos los ámbitos del Organismo Judicial y que tenga presente la numerosa actividad de los miembros de las pandillas y grupos de criminalidad organizada. La falta de previsión administrativa hace que se los grupos organizados puedan incluso organizar trifulcas en los propios tribunales.
- 5.3.3 Debe realizarse, al mismo tiempo, una evaluación interna del sistema judicial total, a efecto de que las mejoras que se implementen tengan eco en los demás integrantes del sistema de justicia, tales como el Ministerio Público, la Policía, el sistema penitenciario, es decir, que la evaluación interna debe realizarse también en los demás ámbitos del sistema judicial.

Conclusiones



1.- El fenómeno criminal ha avanzado en el medio nacional como lo demuestran las estadísticas oficiales y las de agrupaciones especializadas. Tanto el fenómeno criminal que puede denominarse común, como el fenómeno de la criminalidad organizada deben tomarse en cuenta dentro de los planes de la política criminal del Estado, como de las instituciones involucradas en la lucha contra el delito. La criminalidad organizada incrementa el costo de la lucha contra el delito, porque dicha criminalidad por las facilidades que le da el uso de grandes cantidades de dinero, mantiene tecnología de punta y de personal calificado tanto como la sociedad jurídicamente organizada.

2. La legislación sustantiva penal no contiene tipos penales para la imputación de figuras delictivas atinentes a la criminalidad organizada; esta se nutre de imputaciones que deben obtenerse en la Ley contra la Delincuencia Organizada, que ha surgido como una ley específica, pero en algunos casos no coherente con el Código Penal.

3.- El Código Procesal Penal debe ser actualizado para apoyar, de mejor forma, la lucha contra el crimen organizado. En materia de valoración de prueba el sistema necesita de la designación específica de criterios de control racional. La designación escueta del sistema de valoración que contiene nuestra ley procesal vigente, la sana crítica razonada, debe fortalecerse incluyendo en el Código Procesal Penal, elementos que coadyuvan a la toma de decisión por parte del juez.

4.- Es necesaria una nueva legislación de carácter sustantivo y de carácter procesal en materia penal, pues a los muchos motivos ya existentes, deben agregarse la falta de idoneidad de dichas legislaciones para afrontar el fenómeno de la criminalidad organizada.





Referencias

A. Textos escritos. Libros

1. Arenas Salazar, Jorge. *Pruebas penales*. Librería Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, Colombia. 1996.
2. Arocena, Gustavo Alberto. Balcarce, Fabián Ignacio. Cesano, José Daniel. *La prueba en materia penal*. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires Argentina. 2009.
3. Cafferata Nores, José I. *La prueba en el proceso penal*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina. 1998.
4. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta. Buenos Aires. 2008.
5. Consejo General del Poder Judicial. *Fenómenos delictivos complejos*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, España, 2000.
6. Cornejo, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. 1960.
7. Jauchen, Eduardo M. *La prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. 2009.
8. Evidence rules. Federal Rules of Evidence and California Evidence Code. West Publishing Company. St. Paul, Minnesota, USA. 1995.
9. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Editorial Trotta. Madrid, España. 2010.
10. Gorphe, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas. Ensayo de un método técnico*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1989.



11. *La prueba en el proceso penal*. Ediciones de Palma. Tercera Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. 1998.
12. *International Review of Penal Law. The criminal justice systems facing the challenge of organized crime*. Association Internationale de Droit Penal. Editions Eres. Toulouse, France. 1999.
13. Quintero Espina, Tiberio. *La prueba en materia penal*. Editorial Bogotá. 1991.
14. Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Trotta, editores, Madrid, España. 2011.
15. Tijerino P., José M., *La prueba en general. Manual de derecho procesal penal nicaragüense*. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2005.

B.- Discos compactos

1. Fassone, Elvio. La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. En CD: *Revista del Poder Judicial*, Edición especial para Iberius, Madrid, España, 2004.

C.- Material por Internet

Taruffo, Michelle. La valoración de la prueba, conferencia dictada el 15 de junio de 2017. Universidad de Pamplona, Navarra España,
<https://www.youtube.com/watch?v=EQ-5599cluo&feature=share>