

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



**EL DELITO DE LA OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO
PENAL GUATEMALTECO**

VILMA PETRONA GONZÁLEZ ESTRADA DE MENÉNDEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2009

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

**EL DELITO DE LA OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO
PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

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

VILMA PETRONA GONZÁLEZ ESTRADA DE MENÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar
Vocal: Licda. Edith Marilena Pérez
Secretario: Licda. Irma Mejicanos Jol

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Manfredo Maldonado
Vocal: Licda. Marisol Morales Chew
Secretario: Lic. Carlos de León Velasco

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

Licda. Claudina Mirtala Miranda Balcázar
ABOGADA Y NOTARIA
Avenida Reforma 8-60, zona 9
Edificio Galería Reforma, Oficina 702; Torre II; 7º. Nivel
Tel. 23325999- 23325988

Guatemala, 26 de Mayo de 2008

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



Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la resolución, emitida por la Unidad de Tesis a su cargo, en la cual se me nombra como Asesora de la investigación intitulada “EL DELITO DE LA OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”, elaborada por la bachiller **Vilma Petrona González Estrada**, ante usted me permito informar lo siguiente:

Que según lo establece el **Artículo 32** del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público, la investigación cumple con los siguientes requisitos:

- I. La investigación tiene como contribución científica demostrar, que si bien es cierto en Guatemala en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Título XIV De los Delitos Contra la Administración de Justicia, existen tipos penales que sancionan actos que van en contra de la administración de justicia. De acuerdo a la doctrina y al estudio de legislación comparada realizado se estableció que han surgido nuevos actos que van en contra de la administración de justicia que son necesarios tipificarlos y el objetivo fundamental es concentrar los mismos en un mismo título del Código Penal denominándoles de manera concreta como Delitos de la Obstrucción de la Justicia.
- II. El tema investigado cuenta con el lenguaje técnico de acuerdo al tema desarrollado, asimismo se tomo en cuenta el método científico en sus diferentes etapas, planteando el problema y enfocándolo a la realidad jurídica. Durante el trabajo realizado se prueba fehacientemente la hipótesis planteada habiéndose utilizado los métodos inductivo y deductivo, utilizando el ponente las técnicas de investigación bibliográfica y documental.
- III. El tema de investigación es de suma importancia para el derecho en materia penal, lo que se demuestra con las conclusiones a que se arribó a este trabajo, y las recomendaciones que se hacen para una futura legislación.
- IV. También se estableció el uso de bibliografía adecuada tanto doctrinaria como legislativa.

Por lo anteriormente expuesto y según lo establecido en el **Artículo 32** del mismo Normativo, procedo a emitir **dictamen favorable**, para que se nombre al revisor y en su oportunidad se ordene la impresión y examen público de tesis.

Sin otro particular,


Colegiada No. 6,127

LICENCIADA
CLAUDINA MIRTA LA MIRANDA BALCAZAR
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

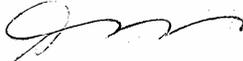
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, tres de junio de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HELDER ULISES GÓMEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante VILMA PETRONA GONZÁLEZ ESTRADA, Intitulado: "EL DELITO DE LA OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".

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


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slth

Lic. Helder Ulises Gómez
Abogado y Notario
10°. Avenida 13-58, zona I
Edificio Duarte, Nivel 3, Oficina 303
Tel. 22517587



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

Respetable Licenciado:

En atención a la resolución, proferida por la Unidad de Tesis a su cargo, en donde se me nombra como Revisor de la investigación intitulada **“EL DELITO DE LA OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**, sustentada por la bachiller VILMA PETRONA GONZÁLEZ ESTRADA, respetuosamente me permito informar:

Tal como lo establece el **Artículo 32** del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público, en la investigación se puede apreciar lo siguiente:

- I. Que la bachiller se esforzó y con esmero desarrolló cada uno de los temas que comprende el trabajo de tesis, contando éste con un contenido científico y amplio, tomando en cuenta el lenguaje técnico de acuerdo al tema desarrollado.
- II. Que el contenido científico y técnico, la metodología y técnicas de investigación, se demuestran con el uso del método inductivo, deductivo y documental, especialmente las técnicas de ficha y de cita textual, asimismo, la redacción, está de acuerdo al tipo de investigación.
- III. El tema de investigación es de suma importancia para el derecho en materia penal, lo que se demuestra con las conclusiones a que se arribó en este trabajo y las recomendaciones realizadas.
- IV. Se estableció el uso de bibliografía adecuada, tanto doctrinaria como legislativa.

En virtud que el trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el **Artículo 32**, anteriormente mencionado, considero procedente ordenar su impresión y oportunamente practicar el examen público de tesis.

Sin otro particular,

Licenciado
HELDER ULISES GÓMEZ
Abogado y Notario

Colegiado No. 5,235

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante VILMA PETRONA GONZÁLEZ ESTRADA, Titulado EL DELITO DE LA OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Eterna gratitud por permitirme alcanzar con éxito mis aspiraciones.
- A MIS PADRES: Víctor Manuel González Salguero (Q.E.P.D.), gracias por haber inculcado en mi la perseverancia y responsabilidad; siempre estarás presente en mi mente y en mi corazón, te quiero mucho. Romelia Estrada de González, gracias por tu comprensión, cariño, orientación y corrección para la dirección de mi vida, que Dios te bendiga.
- A MI ESPOSO: Compañero incomparable, a quien brindo mi agradecimiento profundo y sincero por estar siempre conmigo en la realización de mis anhelos con amor, esfuerzo y comprensión. Te amo Luisito.
- A MIS HIJOS: María Alejandra, José René y Luis Alberto, con todo mi amor y que éste triunfo sea una motivación para alcanzar las metas que se han propuesto.
- A MIS HERMANOS: Diana Lucrecia, Víctor Luis, Claudia Raquel y Romelia Guadalupe, que Dios los bendiga y los proteja siempre, gracias por compartir su vida conmigo.
- A MIS TÍOS: Gracias por sus consejos y muy especialmente a Petrona González Salguero, gracias por ser ese pilar de

bondad y unión en la familia, te extraño y que mi triunfo sea un reconocimiento de amor y gratitud a tu memoria.

A MIS SUEGROS:

José René Menéndez Martínez (Q.E.P.D.) gracias por ese legado de ejemplo de vida y de trabajo que deja en su familia. Isabel Chiu de Menéndez, gracias por ser esa guía de espiritualidad en la familia y por apoyarme cuando lo he necesitado.

A MIS PRIMOS:

Juan Diego, Ruth, Olga, Oscar Atilio, Arnaldo, Ana Dolores, Jacinto, Hugo y Juan, gracias por su apoyo.

A MIS AMIGOS:

Sergio, Herbert, Luis Alberto, Chino, Enano, Chiri, Paty, Eduardo, Marisa, Olga y Mario gracias por compartir conmigo y apoyarme en esos momentos tan difíciles en mi vida como estudiante, así como los momentos de alegría que vivimos. Hoy comparto con ustedes este triunfo.

A MIS CATEDRÁTICOS:

Lic. Iván Ochoa González.

Lic. Giovanni Orellana.

Lic. Helder Ulises Gómez.

Lic. Juan Carlos López Pacheco.

Lic. Ronald Manuel Colindres Roca.

Lic. Giovanni Molina Ayala.

Gracias por sus sabios consejos y compartir conmigo sus conocimientos.

A ASUNCIÓN MITA:

Gracias por ser el lugar maravilloso donde nací y toda su gente.

A MI UNIVERSIDAD:

La tricentenaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, fuente de profesionales con capacidad y excelencia académica, de la cual egreso con mucho orgullo y satisfacción.

A MI PAÍS:

Lugar de personas que luchan por ser cada día mejores seres humanos. Que Dios te bendiga Guatemala.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La delincuencia organizada y el derecho penal	1
1.1 Antecedentes históricos de la delincuencia organizada	1
1.2 El fenómeno de la delincuencia organizada	17
1.3 Definición de delincuencia organizada	18
1.4 Estructura de la delincuencia organizada	22
1.4.1 La gestión administrativa, contable y financiera	25
1.5 Formas de operar y principales actividades de la delincuencia organizada	27
1.5.1. Operación administrativa interna	27
1.5.2. Operaciones administrativas externas	28
1.5.3. Operación financiera	29
1.5.4. Principales actividades	32
1.6 Principios constitucionales que lo sustentan	33
1.6.1 Principio de legalidad	34
1.6.2 Principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo.....	35
1.6.3 Principio de mínima intervención	35
1.6.4 Principio de culpabilidad	37
1.6.5 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	39
1.6.6 Principio de lesividad	39

CAPÍTULO II

2. Delitos contra la administración de justicia	41
2.1 El bien jurídico tutelado	41
2.2 La administración de justicia como bien jurídico objeto de protección penal	48
2.3 El delito de obstrucción de la justicia en el derecho comparado	49

	Pág.
2.3.1 La regulación de la República de Chile	50
2.3.1.1 El delito de obstrucción a la justicia	50
2.3.1.2 Delitos de obstrucción a la investigación	63
2.3.2 La regulación en España	69

CAPÍTULO III

3. El delito de obstrucción a la justicia en Guatemala	71
3.1 Antecedentes en Guatemala	71
3.2 Delitos contra la administración de justicia	73
3.2.1 Acusación y denuncia falsa	73
3.2.2 Simulación de delito	75
3.2.3 Auto imputación	75
3.2.4 Omisión de denuncia	76
3.2.5 Colusión	78
3.2.6 Perjurio	79
3.2.7 Falso testimonio	79
3.2.8 Presentación de testigos falsos	80
3.2.9 Denegación de justicia	81
3.2.10 Encubrimiento propio e impropio	81
3.3 La delincuencia organizada	85
3.4 Marco jurídico internacional	86
3.5 La Ley Contra la Delincuencia Organizada	94
3.6 Delito de obstrucción a la justicia	109
CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES	115
ANEXOS	117
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN



La presente investigación se pretende establecer que en la práctica profesional del derecho, el crimen organizado constituye uno de los ámbitos de mayor investigación y más actividad en la creación de un marco legislativo. Esto ha venido a afectar a numerosos aspectos legales, actualmente existe una situación de explosión en todos los sentidos, mientras este mal tiende a una tasa de crecimiento en el ámbito nacional e internacional. El resultado ha sido lo que se denomina habitualmente como delincuencia organizada transnacional, un término que sirve para abarcar a diversas organizaciones que, no siendo monolíticas, muestran grados sustancialmente mayores de colaboración que de enfrentamiento.

En ese sentido, se pretende probar que el crimen organizado, es utilizado como un medio para poner en peligro la viabilidad de sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios internacionales; y que el sistema legislativo penal de Guatemala, contempla los delitos a la obstrucción de la justicia con otras denominaciones. Ningún país es invulnerable ante las redes internacionales de delincuencia organizada, que han evolucionado hasta constituirse en una amenaza de primer orden.

La presente investigación tiene como objetivo fundamental analizar la delincuencia organizada y el derecho penal, aspecto de dogmática penal que constituyen el marco del derecho penal democrático; la temática de los delitos contra administración de justicia, que es el bien jurídico tutelado al que le era asignado el delito de obstrucción de la justicia por ello se hará un análisis de las distintas posturas doctrinarias en torno a este grupo de figuras típicas, basados en legislación comparada. Por la naturaleza del tema se analizará las figuras delictivas haciendo énfasis en las que más tienen relación con el tipo penal de obstrucción a la justicia, que recientemente implementará la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en nuestro país y contenidos en el decreto 17-73 del congreso de la república, que refiere el Título XIV de los delitos contra la administración de justicia.

aspecto de dogmática penal que constituye el marco del derecho penal democrático; el segundo, se refiere a la temática de los delitos contra la administración de justicia, que es el bien jurídico tutelado al que le era asignado el delito de obstrucción de justicia, por ello se establecerán las distintas posturas doctrinarias en torno a este grupo de figuras típicas, basadas en legislación comparada y, finalmente el tercero, que contiene la parte principal de la investigación, puesto que en este se analiza la figura del delito de obstrucción a la justicia, desde la realidad y la óptica jurídica de Guatemala. Así se empieza un poco por la historia y los antecedentes de dicha figura, siendo que éstos delitos constituyen entonces el esfuerzo que ha realizado el Estado de Guatemala para tutelar el bien jurídico.

Se recurrió a algunos métodos y técnicas de investigación, entre éstos, el analítico; procediendo a estudiar ciertos casos para comprender la importancia de la exploración y también comprender la aplicación que otros países adoptaron para regular y contrarrestar los efectos de las figuras delictivas mencionadas anteriormente. Otro método utilizado fue el deductivo, toda vez que se estudió la doctrina y la legislación relativa al crimen organizado y la obstrucción de justicia, en relación al tema, con el objeto de poder concluir al respecto y determinar el grado de importancia en los sistemas legislativos de distintos países, que genera del crimen organizado y la obstrucción de justicia, en los términos estudiados.



CAPÍTULO I

1. La delincuencia organizada y el derecho penal

Para un mejor entendimiento de la problemática que investigué en el presente trabajo de tesis es necesario conocer aunque sea en forma superficial una serie de conceptos y categorías que se vinculan con el presente trabajo. En ese sentido en este primer capítulo abordaré lo relativo a la delincuencia organizada y posteriormente ciertos aspectos de dogmática penal que constituyen el marco del derecho penal democrático. Para ello se empezará con un enfoque histórico.

1.1 Antecedentes históricos de la delincuencia organizada

Los delitos transnacionales, pese a lo novedoso y elegante que pueda sugerir el nombre, no son una consecuencia surgida al hilo de la mundialización y las compañías transnacionales. "El contrabando es al menos tan antiguo como la creación de la primera frontera y de una unidad política que trató de defenderla eficazmente. Las leyes mesopotámicas sobre el contrabando y los acuerdos de extradición suscritos con otras entidades políticas son el ejemplo más primitivo que se conoce"¹.

No debe extrañar entonces que al contrabando se le califique de la "segunda profesión más antigua del mundo"². El crimen organizado es igualmente arcaico, tradicional como la propia historia de los estados. Algunos autores llegan a sugerir una relación muy estrecha entre la evolución de ambos, al punto que, según el autor norteamericano Shelley³ "las instituciones legales, un componente esencial de un estado democrático, se desarrollaron al objeto de combatir el crimen organizado y la corrupción" Lo cierto es que en ciertos periodos históricos muy prolongados, o incluso en la actualidad, ha sido problemático circunscribir crimen organizado y estado, en especial la utilización que de este último realiza la clase dirigente.

¹ Saggs, H.W.F., **The greatness that was babylon**, Pág. 235

² Green, T., **Los contrabandistas**, Pág. 3

³ Citado por Resa Nestares, Carlos, **Evolución reciente de la delincuencia organizada transnacional en España**, Pág. 1

Lo característico y novedoso de las últimas décadas, que han permitido la consolidación del crimen organizado como fenómeno de creciente preocupación para la opinión pública, ha sido el proceso de acelerada transnacionalización experimentado.

A decir del profesor Carlos Resa Nestares: "...Los desarrollos de la tecnología de las comunicaciones y del transporte que han permitido la mundialización de la economía han facilitado, de manera no intencionada, la expansión a nivel internacional de las grandes organizaciones criminales"⁴. El resultado ha sido un nuevo modelo de delincuencia organizada con tres diferencias fundamentales con fases anteriores del fenómeno: una operatividad a escala mundial, amplias conexiones transnacionales y, sobre todo, una capacidad novedosa de retar a la autoridad nacional e internacional. Es lo que se denomina habitualmente como delincuencia organizada transnacional, un término que sirve para abarcar a diversas organizaciones que, no siendo monolíticas, muestran grados sustancialmente mayores de colaboración que de enfrentamiento.

Como consecuencia, un problema que por tradición había sido local o nacional, de orden público, se ha transformado en una preocupación de ámbito mundial por su capacidad para poner en peligro la viabilidad de sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios internacionales. Se trataría de un desafío cualitativamente diferente, menos aparente pero más insidioso, que no pretende subvertir el poder establecido sino ponerlo a su servicio.

Como indica el autor Carlos Resa: "...No obstante, la relación entre esta nueva dimensión del crimen organizado y su aparición como amenaza a la seguridad nacional e internacional (Estados Unidos 1996) no es ni tan inocua, ni tan directa como podrían sugerir las descripciones de muchos autores. La dinámica burocrática de las agencias de seguridad ha contribuido de manera decisiva a la preeminencia del crimen organizado en la definición de los riesgos y amenazas, actuales y previsibles. La súbita desaparición de la amenaza soviética dejó un vacío en el análisis de seguridad, que durante cincuenta años se había consagrado casi exclusivamente a la geopolítica, la escalada nuclear y el complejo militar-industrial. Para romper esta dinámica perversa que implica una reducción inminente de sus asignaciones presupuestarias estos organismos retomaron un concepto de seguridad

⁴ **Ob. Cit.** Pág. 2

menos militarizado que floreció en el periodo de Entreguerras (Baldwin 1996), analizaron los movimientos de la opinión pública y se movieron para recuperar el terreno perdido bajo la justificación de dos nuevas amenazas que en realidad eran muy antiguas: el terrorismo y el crimen organizado. No es casual, por tanto, que un fenómeno de por sí antiguo con toda la evolución que ha podido sufrir en la última década haya venido a cubrir, a escala más reducida, la ausencia de amenazas que preveía la desaparición de los regímenes del socialismo real (Naylor 1995).⁵

Si el producto de ambos factores, la evolución reciente del crimen organizado y las necesidades burocráticas de las agencias de seguridad, es capaz de explicar la supremacía de esta manifestación social en las agendas de seguridad y defensa, este modelo es difícilmente exportable a muchos países. Pero parece evidente que los efectos del crimen organizado, en especial aquel relacionado con el extraordinario potencial económico del tráfico de drogas ilícitas, ha tenido efectos sustanciales sobre algunas variables importantes de la economía y la sociedad en distintos estados. La creciente capacidad del crimen organizado ha sido decisiva para una relativa erosión de la legitimidad del estado entre algunos segmentos territoriales y poblacionales alrededor del mundo.

En ese sentido, aunque sin lugar a dudas la globalización de los mercados y la integración de los países para competir en esta nueva era, ha potencializado y facilitado el desarrollo de los delitos transnacionales, la delincuencia organizada, sin embargo, parece ser algo más antigua que el capitalismo como tal, y se inicia desde las formas y prácticas del imperialismo occidental y puede ser que en las formas imperialistas de la cultura humana en general.

“En un principio, señala Cecilia Lozano Meraz, "se dieron las prácticas del saqueo y el tráfico de aborígenes en América y África, procesos de despojo de medios de vida y de trabajo y la expropiación de tierras que usufructuaba consuetudinariamente la población campesina-sierva; y el robo o esclavización de niños para los talleres manufactureros"⁶.

⁵ **Ob. Cit.** Pág. 5

⁶ Citada por el autor mexicano Emilio Velasco Gamboa, en su artículo **La delincuencia en la era de la globalización**, Pág. 20, 2007

Por supuesto, el saqueo, el tráfico de personas, el robo y otras formas de delincuencia ya existían desde el origen de la civilización misma: recuérdense las hordas de bárbaros que asolaban Europa Central y Asia en tiempos del Imperio Romano, el legendario Atila y los Hunos es un ejemplo y aun antes.

Evidentemente, éstas ya constituían formas de delincuencia organizada puesto que existían jerarquías definidas –el jefe, su lugarteniente, sus matones personales, etc.–, funciones y atribuciones conforme a dichas jerarquías, reglas para sus integrantes, derechos y obligaciones, métodos de acción y formas de operación, cuotas, modos de impunidad, etc., aunque se hace más notoria en el colonialismo occidental posterior a los siglos XVII y XVIII.

Posteriormente, las formas de piratería dieron origen a nuevas formas de delincuencia organizada, una de ellas incluso premiada por los gobiernos de las naciones en pugna. “Así, surgió el pirata, que era un "ladrón de mar, cruel y despiadado", que destruía barcos pero que trabajaba para sí mismo y para sus propios fines, sin ley ni bandera”.⁷

Asimismo, había piratas que se hacían llamar corsarios; otros, bucaneros, y otros más, filibusteros. La palabra filibustero proviene del holandés ‘vrij bouiter’, ‘el que va a capturar botín’, que en inglés será ‘freebooter’ y en francés ‘filibustier’.

Para España serán bandidos y piratas; para las naciones adversarias del poder peninsular son bandidos... o aliados. Nada de eso preocupa a los filibusteros mismos, por esencia libertarios a quienes nada importa como no sea su condición de hombres libres, en el mar que es la libertad, y agrupados".

En cuanto al concepto de bucanero, esta palabra tuvo su origen hacia inicio del siglo XVII, en el norte de la isla de La Española (hoy Santo Domingo), explorada y ocupada desde los tiempos de Colón pero con poco valor e interés para los españoles.

Ahí se radicaron numerosos aventureros, esclavos blancos y negros, fugitivos, prisioneros huidos, que aprendieron de los indios arawacos a preparar el "bucan", la carne ahumada de jabalí y otros animales que cazaban en la boscosa región.

⁷Ob. Cit. Pág. 24

Su negocio era comerciar carne ahumada y frutos varios con los barcos en travesía. Pero en 1620 los españoles les atacaron para hacerse de ese comercio y desarticular a ese núcleo extranjero y no católico. La derrota es fácil, pero no su captura.

Un gran número cruzó el canal que separa a la isla La Española de la isla de La Tortuga (en Costa Rica) y se refugiaron allí, donde la residencia fue permanente, volviendo a la isla mayor a cazar, pero no a quedarse. El ataque trajo otra consecuencia: la necesidad de defenderse en conjunto y organizarse. Así, en la legendaria isla Tortuga nació la Cofradía después de 1620 y sobrevivió hasta 1700.

Estos, sin embargo, no eran delincuentes organizados en flotas navales con fines de pillaje y saqueo, sino una gran comunidad de hombres libres organizados para defenderse y mantener su calidad de vida en una época en la que ser diferente de los cánones requeridos por la corona española era sinónimo de ser su enemigo. Por tanto, no puede ni debe confundirse con una forma de delincuencia.

Una primera definición señala que "un corsario era aquel quien, al mando de una embarcación o grupo de ellas, se dedicaba a la piratería en nombre de su rey". Sin embargo, otras fuentes atribuyen su surgimiento al fenómeno naval de la Isla Tortuga de Costa Rica. Por ejemplo, que la consolidación del capitalismo y de los poderes imperiales europeos en el Caribe acabó con la experiencia de los Hermanos de la Costa, radicados en la Tortuga.

Entonces, "el filibustero se hizo 'corsario' –agente de potencias europeas con patente de corso para asaltar enemigos del país al que servía. Otros cayeron en un mero bandidaje naval que perdió todo matiz anarquizante. Uno de los corsarios más famosos fue Sir Francis Drake, quien incluso fue nombrado Caballero de la Reina por sus servicios a Inglaterra.

Antes de entrar en materia es importante realizar dos precisiones. La primera se refiere a la presentación habitual, tanto en los medios de comunicación como en buena parte de la literatura académica y profesional, que tiende a sobredimensionar la naturaleza extranjera del fenómeno. No es ésta una reacción novedosa.

De la naturaleza propiamente transnacional de estos grupos criminales se deriva la profusa presencia de ciudadanos extranjeros en estas actividades, ya sea como miembros de base, como elementos dirigentes o abarcando todo el universo organizativo. Las facilidades para el transporte y la pauperización de sus condiciones de vida añaden nuevo crédito a las probabilidades de que los extranjeros se vean involucrados en actos delictivos. No obstante, llegar a conclusiones de este cariz implica una cierta ignorancia dolosa que permite, aparte de criminalizar un fenómeno histórico de tan decisiva importancia como la migración económica, evitar las responsabilidades transfiriendo la culpabilidad sobre agentes externos nocivos. Las estadísticas muestran que sólo una pequeña parte de los arrestados en casos de delincuencia organizada son extranjeros en el país donde se ejecuta la aprehensión.

Pero, aparte de las cautelas acerca de la naturaleza exclusivamente foránea del fenómeno, es necesario hacer una segunda precisión para el entendimiento completo del crimen organizado.

Durante décadas el análisis del crimen organizado se basó en una configuración caracterizada por una estructura muy rígida y jerarquizada, con una división de tareas estricta y con un alto grado de cohesión interna garantizado por un código de honor que incluía la profusa utilización de la violencia.

Este enfoque se deriva de la necesidad de dar una coherencia a un fenómeno que conjuga el interés popular con el desconocimiento generalizado de su funcionamiento que es innato a su naturaleza ilegal y clandestina. Las primeras investigaciones serias acerca de la mafia Ítalo-americana dieron carta de naturaleza académica a esta concepción. La interpretación literaria y cinematográfica de *El Padrino*, de Mario Puzo (1969) y Francis Ford Coppola (1972), respectivamente, superó los límites de la creación artística para infiltrarse en la comunidad académica, judicial y policial. Esta visión alcanzó su máxima expresión en la lectura que el asesinado juez Giovanni Falcone (1992) hiciera de la Mafia siciliana, en buena medida a partir de las declaraciones del arrepentido Tomasso Buscetta. “Es de hacer notar que los estudios de la mafia y los orígenes de este fenómeno particular en Italia son de muchos más abolengo, pues como menciona el autor Giuseppe Carlo Marino en su obra, “...Solamente a partir de 1863 se hizo oficial la utilización del término “mafia”, aparecido por primera vez en un trabajo literario, el texto teatral *Los mafiosos de la Vicaria*, escrito por un autor popular, Giuseppe Rizotto”.

“El prefecto de Palermo Filippo Antonio Gualterio, en 1865 habría estado entre los primeros en intuir lúcidamente la relación entre la mafia (la llamaba mafia, con dos efes) y la política, con específicas referencias a las revoluciones políticas de 1848 y 1860”.⁸

A decir del profesor mexicano Lic. Marco A. Rodríguez Martínez “la Mafia ítalo norteamericana nació en Sicilia, isla expoliada tradicionalmente por los invasores procedentes de casi todos los rincones del Mediterráneo y Europa”.⁹

Durante el dominio árabe, las tierras sicilianas estaban muy repartidas, pero cuando los normandos conquistaron la isla, en la Edad Media, los señores feudales despojaron a sus propietarios germinando la semilla de la Mafia. Muchos campesinos, contrarios a trabajar como siervos en los enormes latifundios de los nuevos amos de Sicilia, huyeron a las montañas, donde permanecieron hasta el desembarco de los españoles, en el siglo XV. Los nuevos conquistadores no se privaron de ninguna medida represora contra los terratenientes ni contra sus esclavos. En aquella época la Mafia representaba el único baluarte para mitigar las injusticias provocadas por las autoridades y soldados extranjeros.

Durante varios siglos, la Mafia indujo a los sicilianos a buscar en el seno de la familia la reparación de cualquier arbitrariedad y conflicto. Nada de colaborar con los forasteros ni recabar el auxilio de los jueces borbones. El mutismo y la disciplina se convirtieron en una norma frente al Estado, similar a los clanes escoceses. La venganza sólo era incumbencia de la familia. En ese contexto emergió la Mafia como alternativa de gobierno hasta la conversión de Sicilia en una colonia del reino de Nápoles.

Desde entonces, los jóvenes sicilianos sólo tuvieron tres alternativas: pelear contra el nuevo invasor; emigrar a EEUU o ingresar en la Mafia. En las postrimerías del siglo XIX, cerca de un millón de isleños arribaron a Nueva York. Muchos ya formaban parte de la Honorable Sociedad con bastante aplicación. En 1890, los hermanos Mattanga, nacidos en Palermo,

¹⁵ Citando a Renda, **Historia de la mafia**, Pág. 30

⁹ Profesor de la Universidad UNIVER de Zamora en su artículo **La delincuencia organizada**, Pág. 4

controlaban el tráfico del puerto de Nueva York. “La mafia comenzó a actuar en Sicilia en la época feudal para proteger los bienes de los nobles absentistas”.¹⁰

Durante el siglo XIX se transformó en una red de clanes criminales que dominaban la vida rural siciliana. Sus miembros estaban obligados a guiarse según un rígido código de conducta, llamado Omerta, que exigía evitar cualquier contacto o cooperación con las autoridades, era un grupo de reglas y en las cuales cualquier traición a la familia se paga con la muerte.

El alumbramiento de Cosa Nostra, como se iba a conocer a la mafia de origen ítalo norteamericano, se produjo el 12 de noviembre de 1908. Inicialmente, se constituyó como una filial de la mafia siciliana, entonces dirigida por Don Vito Cascio Ferro, jefe de todos los jefes. Pero en poco tiempo llegó a convertirse en la más fabulosa organización criminal del planeta. A mediados de 1970, su poder no era inferior al atesorado por los señores de Wall Street.

Aunque con el transcurso de los años llegó a suprimirse la ceremonia de ingreso de los nuevos mafiosos, durante bastante tiempo formó parte de la leyenda de Cosa Nostra. El rito comenzaba en presencia del Padrino, quien, con la sangre del candidato a gánster, obtenida con un pinchazo en un dedo, mojaba la imagen de Santa Rosalía, patrona de Palermo, y procedía a quemarla después, las cenizas las depositaba entre las manos del neófito, quien pronunciaba el siguiente juramento: "Juro lealtad a mis hermanos; no traicionarlos nunca y socorrerlos siempre. Si no lo hiciera, que sea quemado y reducido a cenizas como esta imagen". Desde ese momento, el juramentado estaba comprometido con toda clase de vendetta o ajuste de cuentas, bien contra los enemigos de la Mafia, bien contra los clanes mafiosos rivales. “Contra todo pronóstico, el voto de silencio es patrimonio exclusivo de la Mafia”.¹¹

La mafia ante su auge e imperio, sobre todo con la mafia de la Cosa Nostra; estuvo a punto de ser erradica por el gobierno italiano a través de Benito Mussolini quien intentó controlar a la Mafia; pero dichos planes se vieron frustrados con la detonación de la Segunda Guerra Mundial, en donde la mafia jugo un papel importante y volvió a florecer con mayor imperio;

¹⁰ Lic. Marco A. Rodríguez Martínez, **Ob. Cit.** Pág. 11

¹¹ *Ibíd.* Pág. 15

empero de esto nos ocuparemos mas adelante. Debido a que Mussolini, intento erradicar y controlar a las mafias, sobre todo a la Cosa Nostra, sus miembros y operaciones de la organización, tuvieron que emigrar y mover sus intereses a los Estados Unidos en donde empezaron a manejar muchas actividades criminales especialmente durante la época de la prohibición.

Como hemos dicho anteriormente que, ante la llegada de emigrantes Italianos a los Estados Unidos y la persecución de la Cosa Nostra por el Gobierno de Benito Mussolini, la mafia había emigrado a ese país. Ya instalados, las operaciones de la mafia en los Estados Unidos comienzan a través de una serie de actos ilícitos, que a la postre haría de la de la mafia una sociedad fuertemente poderosa, y esto fue en la llamada y celebre época de la prohibición de los Estados Unidos en la que llevaron a la mafia a consolidarse como una fuerza de poder en ese país, sobre todo en la ciudad de Chicago, al realizar exitosos negocios en esta época especialmente.

Una vez instalada la mafia italiana en los Estados Unidos, se enfrento a un gran problema y este mismo era que la mafia de aquellos tiempos, no contaba con una organización centralizada ni con una jerarquía; es decir estaba formada por pequeños grupos con autonomía dentro de su propio distrito. Su modo de operar era ocupar cargos políticos en varias comunidades utilizando métodos coactivos contra el electorado rural, y de ese modo podían presionar a las fuerzas policiales y tener acceso legal a las armas.

Tal vez el gran auge de imperio económico y de poder que tuvo la mafia, fue en la época de la prohibición en los Estados Unidos. ¿Pero en que consistió la famosa época de la Prohibición de los Estados Unidos?, El 16 de enero de 1920, Estados Unidos incurrió en uno de los mayores desatinos de su historia: puso en vigor la Volstead law, (ley de prohibición) llamada así por Andrew J. Volstead, senador republicano por Maine que impulsó su sanción para prohibir la venta de bebidas alcohólicas en todo el país.

Por cierto, “las campañas de prohibición venían gestándose desde hacía mucho. Podría decirse que desde que comenzaron a descender de los barcos individuos sedientos, que parecían haber atravesado el Atlántico en 15 días sin ingerir una sola gota de agua potable o algún sucedáneo destilado, y tropezaron con quienes habían efectuado esa misma travesía leyendo la Biblia y cantando hosannas al Señor Dios de la Temperancia. Los

descendientes de los Padres Fundadores se sentían agraviados por esa gente zafia que desembarcaba en la tierra de promisión con un pequeño bagaje humilde y una suntuosa sed. Junto a la sed creció una gangrena: la del crimen organizado, la mafia, que hasta entonces había medrado con la prostitución, los secuestros, los asesinatos por encargo, el racket -la protección extorsionista-, el saqueo de sindicatos creados a su imagen y semejanza, los préstamos usurarios, los asaltos y el tráfico de bienes robados”.¹²

En ese primer año, recaudó cuatro millones de dólares -frente a los dólares de 1920, los actuales parecen la divisa huérfana de poder adquisitivo de algún país hundido en crónica recesión.

El cielo parecía ser el límite: el 16 de enero de ese año los capos advirtieron que los puritanos les entregaban en bandeja de oro las llaves de inagotables minas de diamantes. Con sorprendente rapidez, montaron una gigantesca red clandestina de producción, distribución y venta de bebidas alcohólicas. La mayoría de esos boss -jefes- eran jóvenes sin mayor experiencia en el mundo del gran negocio, pero a pura intuición hicieron en pocos meses lo que a los graduados de Harvard o Chicago les hubiese llevado años. Es así que durante esa época, la mafia de los Estados Unidos que en su mayoría estaba compuesta por capos de la Cosa Nostra y ante la ley de prohibición varias mafias comienzan los grandes negocios y vaya que si la mafia la aprovechó al máximo.

El alcohol que destilaban las bandas, estaban capacitadas para atender las exquisitas demandas de banqueros, estrellas cinematográficas, políticos y demás personas; vieron pues las mafias la manera de obtener dinero fácil, y para ello montaron una red de contrabando a gran escala con buques, lanchas costeras y camiones propios, y además con agentes del servicio de guardacostas y policías propios, porque los habían comprado al mejor postor.

En una parte de la historia podemos decir un respetable contrabandista de origen irlandés, famoso por sus temibles operaciones bursátiles en Wall Street y sus agitadas aventuras financieras y sentimentales en Hollywood, llamado Joseph Kennedy, socio del gánster Frank Costello eran quienes manejaban grandes negocios con licor en los tiempos de prohibición. Y casualmente, este mafioso era el padre de John F. Kennedy.

¹² L. Rodríguez Martínez, Marco A. **Ob. cit.** Pág. 18

Ante el gran desarrollo que tenía la mafia con la ley de la prohibición y las grandes cantidades que esta le generaba, se empiezan a organizar grupos o familias quienes controlaban a las ciudades más importantes de los Estados Unidos, entre ellas la ciudad de Chicago, los capos empiezan a fraguar el crimen organizado en la venta del alcohol. Se empieza a ver una organización criminal basta y empieza a dar paso a las organizaciones criminales. No pasaría mucho en las mafias de los Estados Unidos, para que surgiera un nuevo líder quien vendría a darle a la mafia o crimen organizado un giro total, esta figura sin duda pasaría a la historia como uno de los más grandes capos de la mafia.

Al Capone es probablemente en la historia del mundo uno de los gánster mas famoso. “Él nació en 1899 en Brooklyn, NY, el cuarto de nueve niños, de padres inmigrantes de Nápoles, Italia. Capone salió de la escuela durante el sexto grado después de tener un problema con su profesor particular. Capone fue empleado por Torrio como un bouncer en una barra seedy de la zambullida y burdel en Brooklyn. Se le conoció con su apodo famoso de ' Scarface ' después de que una lucha con otra banda dirigida por Franco Galluccio le realizo una cortada en su mejilla izquierda”.¹³

En 1927, a los 28 años, Al Capone se había apoderado de Chicago; para eso, colocó como alcalde a un político de su nómina, costo de la operación: 200.000 dólares, una inversión de altísima rentabilidad. Sus ingresos en ese año se estimaron en 105 millones de dólares: 60 millones por la venta de alcohol y licores, 25 millones por la administración de casinos, 10 millones por los burdeles y 10 millones por extorsiones.

Al Capone, modernizo y organizo a las grandes familias de las mafias de los Estados Unidos, y a quien se le conoce como uno de los pilares de las mafias modernas de los años de 1930. Las operaciones de Capone, además de contar sus gastos personales, debía pagar a policías, políticos, inspectores, verificadores que controlaban la prohibición, periodistas y abogados sumamente necesarios. Además, mantenía a cientos de sus "soldados o torpedos", como denominaba a sus sicarios, decenas de edificios, apartamentos y una numerosa flota de vehículos. Sólo en políticos, jueces y policías corruptos invertía 15 millones de dólares anuales. De todos modos, le quedaba una renta anual de 30 millones de dólares. Por esos años, el hotel american way of life o, si se

¹³ L. Rodríguez Martínez, Marco A. **Ob. cit.** Pág. 22.

prefiere, el american dream costaba unos 300 dólares mensuales, lugar donde el gran capo de la mafia se hospeda para vivir cómodamente. Al Capone organizó a las familias y su imperio de esta manera mediante claves que reflejan una estructura similar a la del Imperio Romano. (VER ANEXO A).

Pero no pasaría mucho tiempo en el que la época de Al Capone y su imperio sería desmantelado por integrantes del Gobierno Federal. El 17 de octubre de 1931, Al Capone fue condenado a prisión. La noticia de que por fin le habían echado el guante al gánster más famoso de todos los tiempos produjo gran revuelo, "El gánster más grande de la historia", como lo calificaba New Yorker en sus titulares, entró al edificio haciendo gala de una confianza que quedó plasmada en la mordida triunfal que le dio a su manzana; no contaba con que precisamente ese 17 de octubre, el juez Wilkerson, desafiando las leyes elementales de la Mafia, había intercambiado a su jurado por el de otra sala y dicho jurado, no había pasado por la terapia de soborno, por lo que este jurado iba a terminar "condenándolo a pagar 80.000 dólares y a purgar 11 años de prisión por el delito de evasión fiscal, casi una broma si se tiene en cuenta la fuente turbia de donde provenía su fortuna o las decenas de homicidios que se le achacaban, y que nadie, ni el legendario policía Eliot Ness, pudo nunca probar".¹⁶

"Enviado a prisión en Atlanta; recluido en una penitenciaría federal y más adelante en la prisión de la isla de Alcatraz en el puerto de San Francisco, Al Capone en su estancia o tiempo en Alcatraz no le era fácil. Aunque él podría ganar favor de algunos prisioneros recluidos, con sobornos de dinero, otros criminales no tomaron muy en serio al poderoso Capone. Hubo muchos intentos de homicidio en la vida de Capone en Alcatraz".¹⁷ Lo apuñalaron en la parte posterior de la espalda, trataron de envenenarlo, así mismo de estrangularlo y le pegaron en la cabeza con un dispositivo llamado peso del sash.

Al final de su vida, lo excarcelaron en 1939 y esto fue debido a la mala salud que tenía a consecuencia de la sífilis contraída por una relación marital que tuvo con una prostituta. La infección atacó a su cerebro y él era una persona fuera de sí, debido a la enfermedad y el maltrato sufrido en Alcatraz. Lo llevaron a su mansión de en Florida donde pasó el resto de su vida, en la que finalmente murió el 25 de enero de 1947. Con la muerte de Al Capone se

¹⁶ Ibid. Pàg. 8

¹⁷ Ibid. Pàg. 8

reorganizan las familias, para la mafia la muerte de Al Capone el gran capo de la mafia no significo la muerte o extinción de la mafia, tampoco lo fue cuando se derogo la ley de prohibición, las organizaciones criminales, abrieron nuevos mercados y nuevos negocios y que en la actualidad son mas redituables que la prohibición de la alcohol. Vendrían otras operaciones, donde la mafia o crimen organizado evolucionaría, pero bajo el esquema que el más grande capo de la mafia había creado.

Es difícil encontrar en la realidad organizaciones piramidales centralizadas de la ilegalidad tal y como se presentan en la literatura. Si, por una parte, la necesidad de protegerse eficazmente induciría a los grupos criminales a adoptar estructuras de este tipo, no es menos cierto que la organización al completo quedaría desprotegida ante la eventualidad de una decadencia o represión de partes relevantes del grupo. “Los esfuerzos por compartimentar la asignación de tareas que parecen haber puesto en marcha los grupos más desarrollados son leídas en la línea de asegurar este flanco. Una depuración y modernización de esta teoría fue presentada por Arlacchi”¹⁸ en 1986, que presenta el crimen organizado como el prototipo de la empresa capitalista desposeída del muro de contención que supone para la sociedad en general el estado de derecho, sobrestima los factores novedosos del mercado criminal del mismo modo desmedido que las presentaciones habituales de la Mafia tienden a cimentarse exclusivamente en aspectos tradicionales como la omertà o las relaciones de clase en Sicilia ante de la unificación italiana. Por el contrario, las organizaciones criminales tienden a organizarse de una manera más informal en la que distintos grupos de pequeño tamaño especializados en tareas complementarias de negocios complejos funcionan en forma de red a través de contratos de duración determinada que son resolubles con relativa facilidad sin costes añadidos.

En ese sentido en el Corresponsal de Roma, en el artículo intitulado “Las distintas ramas del crimen organizado” se afirma: “...La camorra napolitana es una de las variantes mafiosas que infestan el sur de Italia, que se han extendido a las regiones del centro norte y a otras partes del mundo, donde se han sólidamente implantadas. A la tradicional mafia siciliana hay que agregar la N'drangheta calabresa y en la región de Puglia la Sacra Corona Unida, que es la más pequeña de estas organizaciones criminales. La camorra nació en Nápoles hace varios siglos, en la época del dominio español. Su nombre viene de "morra", que quiere decir banda y se desarrolló rápidamente entre el "popolino" napolitano. Los

¹⁸ Arlacchi, P., **Mafia business, mafia ethic and the spirit of capitalism**. Pàg. 5,1986

camorristas estuvieron siempre imbuidos de la subcultura del "guapo", amigo del cuchillo y pependenciero. Un comportamiento destinado a consolidar el prestigio dentro del grupo y del control del territorio. La camorra se especializó en el pasado en el fraude, la extorsión, el contrabando, el juego clandestino y la prostitución.

A diferencia de la mafia la camorra no tiene una pirámide organizativa que regule el funcionamiento y medie entre los clanes. Las guerras entre las bandas son frecuentes y muy difíciles de controlar. La N'drangheta calabresa es el archipiélago de clanes mafiosos más importante hoy en Italia. Su nombre proviene del griego y quiere decir: "virilidad". Se trata de la principal organización criminal. Sus ritos se remontan a los viejos caballeros españoles que dominaron en el pasado remoto el sur de Italia durante los reinos borbónicos. Tiene una gran capacidad para enquistarse en los entes estatales, los municipios y las organizaciones sanitarias, lo que le suministra cientos de millones de euros por año.

La mafia nació en la Sicilia del siglo XIX para transformarse después en la estructura criminal y de negocios más importante a nivel internacional. Su nombre proviene de una pieza teatral en dialecto que llamaba a un "padrino" de estos clanes: "mafiuso". La principal organización es la Cosa Nostra. Los disidentes se agrupan en la "Stidda" (Estrella), otra variante mafiosa enemiga de Cosa Nostra. Cosa Nostra tiene una Cúpula y está dividida en mandamientos que cubren toda Sicilia. La organización está en crisis y reorganización. Sus principales "capos" están hoy en la cárcel, en particular los jefes indiscutidos: "Salvatore Totó" Riina y Bernardo Provenzano, ambos de los clanes de Corleone..."¹⁹Se trataría, por tanto, de "una infinidad de eslabones relativamente autónomos que cierra tratos más o menos duraderos impulsados por los jefes del cartel [del crimen organizado en general] que financian algunas operaciones y utilizan su logística para acelerar la actividad de esos eslabones"²⁰

La situación heredada tras la Posguerra Fría, se ha caracterizado por una apertura cada vez mayor de las fronteras. Los flujos de comercio y la inversión, el desarrollo de la tecnología y la expansión de la democracia, han traído consigo una libertad y una prosperidad creciente.

¹⁹ Fiscal del Ministerio Público de Chile, www.noticiasjuridicas.com

²⁰ Kopp, P., **Economía de las drogas y eficacia de la represión**, Pàg. 98

A pesar de los grandes avances en todos los órdenes resulta manifiesto que, muchos problemas continúan sin resolver y algunos han empeorado. Dentro del ámbito de las relaciones internacionales, varias han sido las transformaciones sufridas en los procesos de mundialización. En particular, cabe destacar la reconsideración del papel de los Estados, su permeabilidad territorial a través de sus fronteras y la difuminación de las barreras entre los ámbitos de Política Exterior e Interior, circunstancias que han posibilitado el aumento del radio de acción de grupos no estatales que, cada vez en mayor medida, comienzan a representar un nocivo papel en los asuntos internacionales.

El cúmulo de transformaciones por tanto, ha propiciado el surgimiento a escala internacional de amenazas a la seguridad, que si bien muchas de ellas ya eran motivo de preocupación en el orden interno de los Estados, han evolucionado hasta adquirir entidad internacional, con los riesgos que tal dimensión y capacidad de actuación entrañan. Entre todas ellas cobra preocupante notoriedad la aparición, con una fuerza en muchos casos silenciosa, de la delincuencia organizada que ha dado el salto a la esfera internacional, pasando a ser la “transnacionalidad” uno de sus rasgos definitorios.

El devenir de los acontecimientos contemporáneos demuestra que ya no estamos ante un mundo monolítico, jerárquico y burocratizado, sino cada vez más fugaz, fluido y flexible, y en consonancia, la delincuencia afronta respectivamente procesos evolutivos, adaptándose al entorno en el que pretende llevar a cabo sus actividades ilícitas, para evitar la pérdida de competitividad y eficacia.

Es pues cierto, que las nuevas amenazas se manifiestan cada vez con mayor dinamismo. Si no se atajan tempranamente, su peligrosidad tiende a ir en un aumento vertiginosamente exponencial. El riesgo de proliferación crece constantemente, multiplicando su capacidad de acción y por ende, el daño desestabilizador, más aún cuando las fronteras hoy, sólo perviven efectivamente sobre el papel, difuminándose con celeridad.

A comienzos del siglo XXI los márgenes de maniobra a nivel estatal son cada vez menores, entre otros motivos por los propios efectos de la globalización, lo que exige adoptar ineludiblemente medidas de carácter internacional. El concepto restrictivo de seguridad nacional ha quedado casi obsoleto, o al menos no responde a la nueva situación emergente como se comentaba en el capítulo anterior cuando se abordó el tema de la inteligencia.

Ningún país es invulnerable ante las redes internacionales de delincuencia organizada, que han evolucionado hasta constituirse en una amenaza de primer orden. Dado el estado actual de la cuestión, todo indica que nos enfrentamos a una crisis de largo recorrido.

Actualmente en muchas partes del mundo, el mal gobierno, los conflictos civiles y la facilidad de adquisición de armas ligeras, han llevado a un progresivo debilitamiento del poder del Estado y de las estructuras de control social. En algunos casos, se han producido situaciones próximas al colapso de las instituciones del Estado llegando en la práctica, a una sustitución efectiva en la provisión de determinados bienes y servicios como la seguridad, que genera nuevos escenarios de impunidad, vinculados a entidades caóticas ingobernables que se sustraen a cualquier forma de legalidad y vuelven a un estado de barbarie, tal como se puede ver en países del continente africano o del medio oriente.

La fuerza prevalece sobre el derecho y sólo los grupos violentos se muestran capaces de imponer su ley, sometiendo a las poblaciones. Esta vulnerabilidad, es explotada convenientemente por múltiples actores, entre los que destacan los elementos criminales.

A este respecto, no es ningún secreto el efecto nocivo del narcotráfico internacional. Los ingresos provenientes de la droga han provocado el resquebrajamiento de las estructuras estatales en múltiples países, hasta el punto extremo de que, cuando los Estados se descomponen, la delincuencia organizada toma la iniciativa. Las actividades delictivas que se producen en estos “Estados débiles”, afectan a la seguridad del conjunto de la comunidad internacional, máxime cuando se conjugan a modo de combinación perversa, extremadamente dañina y desestabilizadora, el binomio constituido por el crimen organizado y el terrorismo, especialmente si existen posibilidades de adquirir armas de destrucción masiva.

El fenómeno delictivo organizado en su vertiente internacional, no sólo explota las vulnerabilidades en los países más desfavorecidos del planeta, sino que por igual, accede al primer mundo en busca de escenarios y mercados en los que implantarse y desarrollar sus actividades lucrativas, puesto que no hay que perder de vista que su enriquecimiento, responde a una demanda de bienes y servicios ilícitos.

Desde una perspectiva global, la delincuencia organizada transnacional ha experimentado con celeridad un salto cualitativo, transformándose hasta alcanzar la categoría de amenaza estratégica. Ante esta coyuntura, resulta necesario interiorizar que ningún país puede abordar en solitario los complejos problemas del mundo actual. Cada vez con mayor nitidez, parece indiscutible que se debe avanzar en la construcción de un orden internacional basado en el multilateralismo efectivo, superando responsablemente las etapas previas conducentes a la consecución de tal fin, entendido como un objetivo estratégico beneficioso para el conjunto global. La articulación de respuestas internacionales, comienza con la asunción de medidas de carácter regional. “Vivimos en un mundo con nuevos peligros, pero también con nuevas oportunidades. Si se parte de la premisa en la que se prima la seguridad como condición “sine qua non” para el Europeo de Tesalónica, 20 de junio de 2003”.^{21..}

1.2 El fenómeno de la delincuencia organizada

Como se ha visto la delincuencia organizada no es un fenómeno moderno, sino se remonta al inicio de la humanidad. Lo característico y novedoso de las últimas décadas, que han permitido la consolidación del crimen organización como fenómeno de creciente preocupación para la opinión pública, ha sido el proceso de acelerada transnacionalización experimentado. A decir del profesor Carlos Resa Nestares: “...Los desarrollos de la tecnología de las comunicaciones y del transporte que han permitido la mundialización de la economía han facilitado, de manera no intencionada, la expansión a nivel internacional de las grandes organizaciones criminales”²². El resultado ha sido un nuevo modelo de delincuencia organizada con tres diferencias fundamentales con fases anteriores del fenómeno: una operatividad a escala mundial, amplias conexiones transnacionales y, sobre todo, una capacidad novedosa de retar a la autoridad nacional e internacional. Es lo que se denomina habitualmente como delincuencia organizada transnacional, un término que sirve para abarcar a diversas organizaciones que, no siendo monolíticas, muestran grados sustancialmente mayores de colaboración que de enfrentamiento.

Como consecuencia, un problema que por tradición había sido local o nacional, de orden público, se ha transformado en una preocupación de ámbito mundial por su capacidad para

²¹ Solana, Javier, **Una Europa segura en un mundo mejor**, Pág. 88

²² **Ob. Cit.** Pág. 2

poner en peligro la viabilidad de sociedades, la independencia de los gobiernos, la integridad de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios internacionales. Se trataría de un desafío cualitativamente diferente, menos aparente pero más insidioso, que no pretende subvertir el poder establecido sino ponerlo a su servicio.

Como indica el autor Carlos Resa: "...No obstante, la relación entre esta nueva dimensión del crimen organizado y su aparición como amenaza a la seguridad nacional e internacional (Estados Unidos 1996) no es ni tan inocua ni tan directa como podrían sugerir las descripciones de muchos autores. La dinámica burocrática de las agencias de seguridad ha contribuido de manera decisiva a la preeminencia del crimen organizado en la definición de los riesgos y amenazas, actuales y previsibles. La súbita desaparición de la amenaza soviética dejó un vacío en el análisis de seguridad, que durante cincuenta años se había consagrado casi exclusivamente a la geopolítica, la escalada nuclear y el complejo militar-industrial. Para romper esta dinámica perversa que implica una reducción inminente de sus asignaciones presupuestarias estos organismos retomaron un concepto de seguridad menos militarizado que floreció en el período de entreguerras (Baldwin 1996), analizaron los movimientos de la opinión pública y se movieron para recuperar el terreno perdido bajo la justificación de dos nuevas amenazas que en realidad eran muy antiguas: el terrorismo y el crimen organizado. No es casual, por tanto, que un fenómeno de por sí antiguo con toda la evolución que ha podido sufrir en la última década haya venido a cubrir, a escala más reducida, la ausencia de amenazas que preveía la desaparición de los regímenes del socialismo real (Naylor 1995).²³"

1.3 Definición de delincuencia organizada.

Siendo que la delincuencia organizada es un fenómeno no convencional que aunque ha existido desde hace ya muchos años, con la era de la globalización económica y el avance de la tecnología en los últimos años ha adquirido tal desarrollo que ha sido tema de foros mundiales y regionales.

La complejidad de dicho fenómeno inicia precisamente con su conceptualización y definición. En este sentido ver en el artículo de José García Losada quien expresa: La

²³Ob. Cit. Pág. 5.

complejidad y amplitud del propio concepto de delincuencia organizada, que permite a los analistas nacionales calificar con desiguales raseros de calidad la existencia o no de un grupo delictivo organizado, de manera que "lo que para España es una banda o un grupo de esta naturaleza, para otros países no lo es".²⁴ En este sentido Lic. Marco A. Rodríguez Martínez quien indica: " ... Definir el término de delincuencia organizada, resulta muy complejo, sobre todo por la estructura con la que cuentan estas organizaciones criminales; jurídicamente el Código Penal Federal define lo que es la delincuencia organizada. Pero mas allá de eso; y para nosotros, la gente de la vida común, cuantas veces no hemos visto u oído en los diversos medios de comunicación, sobre estas organizaciones; al ver que se capturan algunas bandas de delincuentes que por ejemplo han secuestrado personas, robado automóviles o sus partes, o que han cometido alguna otra sanción en grupo, nos viene a la mente y decimos: "es que son de la delincuencia organizada", es decir asimilamos un inverso de significado para estas bandas delictivas u organizaciones criminales; sería sumamente complicado así se acierta, dar todos aquellos conceptos que asimilamos a estas organizaciones." ²³

A lo largo del tiempo y en su tratamiento por los distintos autores se le ha conocido con las acepciones de crimen organizado o bajo la denominación de delincuencia organizada. Del mismo modo Juan Rueda Menéndez afirma: "...Comienzo por proponer que para mi no existe diferencia entre las denominaciones delincuencia organizada y criminalidad Organizada, pues aluden sin duda al mismo fenómeno. Tal vez la primera ha sido utilizada hace unos años, cuando comenzábamos a conocer el problema que se nos avecinaba, pero últimamente en los foros internacionales, y producto seguramente de la traducción del idioma ingles, se utiliza más la de criminalidad organizada (Organizad rime)..."²⁴

Por estar definido el término en nuestra legislación en esta tesis se usará preferentemente la acepción delincuencia organizada.

De conformidad con la Resolución 52 / 85 de la Asamblea General de Naciones Unidad, por delincuencia organizada se entenderán: "las actividades colectivas de tres o más personas

²⁴ **Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada, casuística policial,** Pág.3

²³ **Ob. CIt.** Pág.8

²⁴ **La delincuencia organizada internacional,** Pág.38

unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permita a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto intensificando la actividad delictiva como con fines de infiltrarse en la economía legítima” Carlos Muñoz, sin definir la criminalidad organizada, se refiere a “Comportamientos criminales ejecutados desde una perspectiva plural, en la que los sujetos se organizan para un mejor logro de los resultados que persiguen en sus actuaciones al margen de la ley, especialmente en lo que respecta a la aplicación de la ley penal” reconoce que: “la criminalidad organizada cuenta con el apoyo de ciertos niveles de poder político o de personas que aprovechan sus situaciones personales para facilitar el éxito de la acción desarrolladas en beneficio de tal criminalidad”²⁵ “La investigadora jalisciense Cecilia Lozano Meraz, señala algunas características concretas de la delincuencia organizada o crimen organizado, como también se le denomina, y que a continuación se describen en forma de lista junto con otras características observadas en otro análisis sobre el tema:

"Opera bajo una disciplina y códigos de comportamiento mafioso;

1. Actúa con la finalidad de obtener, en la forma de prácticas sociales recurrentes – enraizadas en la estructura del trabajo, a nivel local, nacional e internacional- ganancias rápidas sin inversión previa de capital, de origen ilegítimo e ilegal, mediante la apropiación de objetos de uso privado y de propiedad ajena.
2. En otras ocasiones, recurriendo a las mismas prácticas, se comercializa con bienes, productos y servicios de origen ilegítimo e ilegal, con poca o ninguna inversión de capital.
3. La delincuencia organizada actúa de manera impune en la clandestinidad, protegida –y a veces también dirigida y operada– por autoridades corruptas, delincuentes de alto nivel, especialización y jerarquía, y posee capacidad para utilizar la fuerza en aras de lograr sus objetivos.
4. Con respecto a los bienes, productos y servicios ofertados por la delincuencia organizada, una vez que estos se ponen en circulación, " ²⁶, quedan definidos sus precios

²⁵ Muñoz, Carlos Enrique. **Ensayos penales**, 200. Pág. 58

²⁶ Velasco Gamboa, Emilio, **Ob. Cit.** Pág. 120

por las condiciones del mercado regional o mundial" –denominado, coloquialmente, mercado negro–, "siendo el mercado, escenario de esta criminalidad organizada".

Existen, según se ha podido observar durante la investigación, "los siguientes tipos de delincuencia organizada"²⁷:

- a. Delincuencia organizada local.
- b. Delincuencia organizada nacional.
- c. Delincuencia organizada transnacional.

a) Delincuencia organizada local. Por deducción, se puede definir como la delincuencia – consistente en una banda o varias bandas vinculadas– que opera en una escala territorial menor, ya sea una comunidad, municipio o estado, y que generalmente opera en esa demarcación y rara vez fuera de ella.

b) Delincuencia organizada nacional. Como la anterior, puede consistir en una sola banda de grandes proporciones o varias bandas asociadas, que opera dentro de una escala relativamente mayor, y ya se le reconoce como una delincuencia mayor, pues actúa en varias ciudades y provincias o estados y, potencialmente, puede llegar a tener nexos con otras bandas nacionales e internacionales.

c) Delincuencia organizada transnacional. Cuando la delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas la identifica como delincuencia organizada transnacional. También se le denomina delincuencia organizada transfronteriza, como le denomina la Comisión Europea.

Así, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial; acciones de soborno, extorsión; ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios fraudulentos y

²⁷ Velazco Gamboa, Emilio. **Ob. Cit.** Pàg.120

ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas; control de centros de juego ilegales y centros de prostitución.

1.4 Estructura de la delincuencia organizada

Cualquier sociedad secreta del crimen organizado se basa en las más modernas técnicas de dirección empresarial, desde la organización, planificación y coordinación de las actividades, hasta su ejecución y control de los resultados. Jerarquía, unidad de mando, división del trabajo, productividad, etcétera, son conceptos manejados de forma natural por la delincuencia organizada, sus miembros (capos, lugartenientes, consejeros, capitanes, soldados) tienen como máxima la solidaridad entre ellos, exactamente como sucede en cualquier empresa, en las cuales, los jefes y los obreros trabajan codo con codo por el bienestar común.

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

De igual manera, estructuran su actividad con la división del trabajo y la especialidad de la mano de obra, es decir el modelo gerencial de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, de las bandas organizadas de secuestradores, de los grupos que lavan dinero, de las organizaciones multinacionales, del tráfico de personas, del comercio de insumos para el procesamiento de la coca, de los carteles de la gasolina, de los falsificadores, etc.

Pero en realidad ¿cómo está estructurada la delincuencia o crimen organizado?, es decir, si el crimen o delincuencia organizada se rige bajo los mismos estatutos que una empresa u organización, como tal debe de tener un organigrama, políticas y funciones que dirige cada persona de la organización, es decir cada persona tiene un rol de acuerdo a su capacidad y función en la organización; evidentemente, que el crimen o delincuencia organizada esta constituida en formas de organización, puesto que existe jerarquías definidas –el jefe, su lugarteniente, sus matones personales, etc. funciones y atribuciones conforme a dichas jerarquías, reglas para sus integrantes, derechos y obligaciones, métodos de acción y formas de operación, cuotas, modos de impunidad, etc., de acuerdo a esta premisa, la

organización criminal, para obtener su fin será necesario estar muy bien estructurada, sobre todo porque la mayoría de sus operaciones son ilícitas y deberán estar muy bien ocultas para no ser descubiertas; una organización criminal funciona como un solo cuerpo y entre más organizada se encuentre, sus ganancias, poder e imperio se extenderá a largo de un país y trascenderá sus fronteras.

La estructura de cualquier organización criminal se basa en su dirección, administración financiera y capacidad de operación, es decir su dirección y administración son pilares fundamentales, la capacidad de operar es el riel o engranaje que hace que se mueven las otras dos. Podemos decirlo de la siguiente manera:

- a) La delincuencia organizada tiene un eje central de dirección y mando, y esta estructura opera en forma celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad, de acuerdo a la célula que la integran;
- b) Alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros;
- c) Tiene un grupo de sicarios a su servicio;
- d) Tiende a corromper a las autoridades; (en este punto y el anterior hay dos de los recursos conocidos para el cumplimiento de sus objetivos), y
- e) Opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores.

No obstante lo anterior debo de tener en cuenta que toda organización criminal tiene un fin lucrativo que es el de obtener ganancias a través de operaciones de procedencia ilícita; es por ello que las organizaciones criminales, deben contar no solo con una administración de personal y direccional, sino también una administración financiera con potencialidad, en el ramo financiero, esto, con el fin de trasladar sus ganancias; producto de sus actividades ilícitas; al ámbito legal.

En términos simples introducir al mercado, el dinero y sus ganancias obtenidas en operaciones legales, a estas prácticas se les conoce también como "lavado de dinero", que no es sino resultado de las ganancias obtenidas por la actividad ilegal de los cárteles así

como de su complejidad como micro sociedad, con independencia de las actividades ilícitas que realice, por ejemplo narcotráfico, contrabando, piratería, prostitución etc.

Para ellos la organización podrá desde crear empresas legales y lícitas, hasta compra de propiedades, acciones de empresas, automóviles etc. Es por ello que la parte mas fuerte y delicada de cualquier organización criminal es su Departamento de operaciones financieras, donde se basa la delincuencia organizada, requiere introducir dichos recursos ilícitos a operaciones y dinero lícitos, por ejemplo compra de propiedades, automóviles, cuentas bancarias en el país u otros países, con prestanombres, creación de empresas legales, inversiones en empresas legales todo esto con el ocultar un trasfondo para sus operaciones ilegales.

La delincuencia organizada, opera bajo esquemas de una sociedad o igual que una sociedad capitalista de objeto lícito. Es decir cuenta con normas, disciplinas, organización y estructura, la delincuencia es un complejo económico y de grandes dimensiones en sus actividades ilegales que llevara a cabo para obtener su fin.

La forma en que opera la delincuencia organizada, con independencia de las operaciones que realice, por lo regular son siempre ilícitas, por lo tanto no podrán a luz pública realizar actividades comerciales como cualquier otra empresa del ámbito legal, aunque ya hemos afirmado que muchas ocasiones las organizaciones o empresas del ámbito de operaciones legales, también operan bajo el esquema ilegal y que mas le convienen para si misma, ejemplo la evasión de impuestos, el pago de indemnizaciones en forma irregular etc.

En otras ocasiones, recurriendo a las mismas prácticas, se comercializa con bienes, productos y servicios de origen ilegítimo e ilegal, con poca o ninguna inversión de capital.

La delincuencia organizada actúa de manera impune en la clandestinidad, protegida –y a veces también dirigida y operada- por autoridades corruptas, delincuentes de alto nivel, especialización y jerarquía, y posee capacidad para utilizar fuerza en aras de lograr sus objetivos. Así Emilio Velasco Gamboa, expresa: Sin duda la nueva criminalidad que está confrontando a los países y al sistema penal en su totalidad es la criminalidad organizada, empresarial, transnacional, que utiliza instrumentos sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales. El sistema de producción

de libre mercado que se ha impuesto en el mundo desde la caída del muro de Berlín, nos ha llevado a la globalización de las relaciones económicas y con ella, a que la criminalidad relacionada con el lucro ilícito pueda moverse a sus anchas por los territorios nacionales aprovechando las redes del comercio internacional.

“El tráfico de armas, el tráfico de menores, el tráfico de mujeres, el tráfico de drogas, el tráfico de órganos humanos, el tráfico de mano de obra, el blanqueo de dinero, son todas formas de criminalidad que tienen por característica común, utilizar (o mejor sería decir, explotar) los tejidos del comercio internacional para lograr ganancias ilícitas, las cuales se acrecientan en la medida que tienen que corromper las relaciones legales y tienen que utilizar las relaciones ilegales. Existe pues una correspondencia entre aumento de las ganancias (ilícitas) con la corrupción de las relaciones económicas lícitas y utilización de las ilícitas”.²⁸

La organización criminal para llevar a cabo su fin lucrativo y obtener las ganancias deseadas, las organizaciones criminales a pesar de ser criminales deberán contar con una estructura financiera sólida. El crimen organizado no puede darse el lujo de descuidar su departamento y operaciones financieras, ya que sin dinero no hay organización, sin organización no hay poder y sin poder no existe nada.

Un estudio llevado a cabo por las autoridades de varios países nos dice que una organización criminal, cuenta con la siguiente estructura financiera:

1.4.1 La gestión administrativa, contable y financiera

El establecimiento y operación de canales y sistemas de comunicación e información interna. La especialización y división del trabajo (asesores financieros, jurídicos, personal interno y externo, soldados, consejeros etc.)

Como se puede observar, el sistema que cuenta la delincuencia organizada es similar al de las empresas privadas, su estructura, como toda organización criminal, debe estar bien organizada, no se pueden cometer errores y están bien diseñadas para llevar a cabo sus

²⁸ **Ob. Cit.** Pág. 9

fines ilícitos, una organización de este tipo no es creada con el solo fin gastar las ganancias obtenidas o cometer simples delitos, es de obtener poder y control.

Como hemos dicho con antelación de este tema, la delincuencia o crimen organizado no solo cuenta su estructura es económica sino también tecnológica y operacional, con su poderío tecnológico, armamentista y de organización es muy importante y poderoso para sus fines, conjuntado con esto, esta organización criminal puede llegar a ser una empresa suficientemente poderosa, aun en contra el mismo gobierno que en muchas ocasiones y aun con su capacidad y poder de Estado, es rebasado muchas veces por estas organizaciones.

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

Se trata pues, de una delincuencia de mayor peligrosidad que la común, pues permite el reclutamiento de individuos eficientes, entrenamiento especializado, tecnología de punta, capacidad para el "lavado de dinero", acceso a información privilegiada, continuidad en sus operaciones y capacidad de operación que rebasa en el mercado existente, a la posibilidad de reacción de las instituciones de gobierno. Se caracteriza además, porque sus acciones no son impulsivas, sino mas bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividades y así amansar grandes oportunidades de dinero y de poder real; su pretensión no es tanto el poder político, el cual le interesa mas para propósitos de protección. En caso extremo, el propósito de la delincuencia organizada no es competir con le gobierno sino utilizarlo.

En la delincuencia o crimen organizado se ha podido facilitar el comercio de sus operaciones ilícitas debido a que no solo cuenta con personal interno de su organización, sino también externo, una de las principales armas que ha motivado y facilitado dichas operaciones a las organizaciones criminales, es el soborno o la corrupción de individuos que trabajan para una institución gubernamental, es decir funcionarios públicos encargados de

un deber y que el crimen organizado ha controlado y pagado cien veces mas de lo que ganaría el funcionario público en toda su carrera, anteriormente a estos funcionarios públicos se les conocía en los años de 1930 como "asociados", a esto se le puede llamar la forma de operar de la delincuencia organizada.

1.5 Formas de operar y principales actividades de la delincuencia organizada.

1.5.1. Operación administrativa interna

Es indiscutible, que las actividades que llevan a cabo las organizaciones criminales o la delincuencia organizada, requieren en su mayoría ser actividades clandestinas, es decir ser ocultas a luz de las autoridades, de no ser así, por lógica no se efectuarían. Y esto es así porque los recursos que se generan y las ganancias que se obtienen son consideradas operaciones de procedencia ilícita o de carácter delictivo, es decir que no pueden ser introducidas esta ganancias legalmente a cuentas bancarias, a constituir empresas legales o simplemente a intercambiar su dinero por productos, bienes o servicios, es por ello que estas ganancias ilegales ocupan ser intercambiadas con recursos y operaciones lícitas es decir legales; ah estas operaciones que llevan a cabo estas organizaciones criminales se les conoce comúnmente como "lavado de dinero", actividad que esta sancionada por las autoridades de cualquier Estado gobernante del mundo que reprima dichas actividades ilícitas; por ello la delincuencia organizada, requiere introducir dichos recursos ilícitos a operaciones y dinero lícitos, por ejemplo compra de propiedades, automóviles, cuentas bancarias en el país u otros países, con prestanombres, creación de empresas legales, inversiones en empresas legales todo esto con el ocultar un trasfondo para sus operaciones ilegales.

Como he venido mencionando durante el transcurso de esta investigación, la delincuencia organizada, operar bajo esquemas de una sociedad o igual que una sociedad capitalista de objeto lícito. Es decir cuenta con normas, disciplinas, organización y estructura, la delincuencia es un complejo económico y de grandes dimensiones en sus actividades ilegales que llevara a cabo para obtener su fin.

La forma en que opera la delincuencia organizada, con independendencia de las operaciones que realice, por lo regular son siempre ilícitas, por lo tanto no podrán a luz pública realizar

actividades comerciales como cualquier otra empresa del ámbito legal, aunque ya hemos afirmado que muchas ocasiones las organizaciones o empresas del ámbito de operaciones legales, también operan bajo el esquema ilegal y que mas le convienen para si misma, ejemplo la evasión de impuestos, el pago de indemnizaciones en forma irregular etc.

Con respecto a los bienes, productos y servicios ofertados por la delincuencia organizada, una vez que estos se ponen en circulación, quedan definidos sus precios por las condiciones del mercado regional o mundial" –denominado, coloquialmente, mercado negro, siendo el mercado, escenario de esta criminalidad organizada.

La existencia de los mercados negros a lo largo de latinoamericana ha guardado un patrón similar de desarrollo, habida cuenta de problemas endémicos comunes, tales como el atraso en la legislación que ayude a frenar este tipo de practicas transnacionales de delincuencias, el aumento de la corrupción a todo nivel, la carencia y pobreza de la mayoría de la población que se surte de estos populares mercados (pues hay producto para cada estrato social) a precios muy por debajo de los que deben de pagar los comercios legales establecidos y que tributan en forma regular, como ejemplo de estos encontramos el de Tepito en la ciudad de México, los denominados pueblos en Panamá y los mercados de El Guarda y San Martín en Guatemala, sin contar con la famosa sexta avenida y la popular dieciocho calle, paraíso del contrabando y la mercadería pirata. Sin que, en el caso de Guatemala se tomen medidas firmes para acabar con este tipo de situaciones pues a lo mas que se ha llegado, es ha tomar ciertas acciones de decomisos esporádicos y captura de uno u otro vendedor, último eslabón en la estructura criminal, sin hacer una investigación que conduzca siquiera a los distribuidores o mandos medios, sin pensar siquiera en los verdaderos dueños o financistas, de los cuales incluso se saben combinan estas actividades ilícitas con inversiones en bancos del sistema, siendo incluso en algunos casos victima de organizaciones análogas, tal el ejemplo reciente del Banco del Comercio donde según los diarios se detectaron inversiones del narcotráfico dentro de los capitales estafados.

1.5.2. Operaciones administrativas externas

Una de las razones que mas beneficios ha ayudado a las organizaciones criminales a tener éxito en sus operaciones ilícitas, así como la obtener recursos y ganancias en granes proporciones, ha sido el elemento mas efectivo; la corrupción, en la que sobornan a

funcionarios públicos que laboran para el Estado, aquellos a quienes se les encarga la seguridad, el orden, la política y la paz que requiere la sociedad; las organizaciones criminales han visto en países; sobre todo aquellos que enfrentan crisis y un nivel de corrupción alto; la manera práctica para que dichas organizaciones lleven a cabo su fin, desde el soborno hasta la infiltraciones de sus miembros en altos puestos políticos o en las mismas instituciones del Estado, la protección de policías, altos mandos del gobierno a narcotraficantes etc., esto ha traído como consecuencia que las instituciones se vean más vulneradas aun en su lucha contra la delincuencia organizada.

Puedo decir que existen diferentes niveles en que opera la delincuencia organizada en la corrupción de funcionarios públicos o en la administración de sus miembros externos, siendo estos los más relevantes:

1er Nivel: Cohecho (soborno)

2do Nivel: Actos continuos de soborno ("en nómina")

3er Nivel: Infiltración en las agencias gubernamentales

4to Nivel: Infiltración en las agencias gubernamentales (alto nivel)

5to Nivel: Infiltración en el ámbito político

1.5.3. Operación financiera

Como he manifestado en esta investigación en el Capítulo II, la delincuencia organizada debe de contar con una base sólida en sus operaciones financieras, es decir tener la capacidad de trasladar sus recursos y ganancias de manera discreta e inteligente, ya que de ellos depende la organización.

La estructuración de las organizaciones y sus operaciones dependerán de acuerdo a las necesidades del cártel, no sigue un patrón específico, pues recuérdese que es, ante todo, una organización criminal y, por tanto, clandestina. No obstante, es posible, tras la observación, afirmar que tiene la siguiente distribución, más o menos aproximada:

- a) Los gestores financieros, administrativos y contables del cártel, estos trabajan directamente bajo la dirección de los jefes del cártel, y manejan las cuestiones financieras, para lo cual requieren de un consejero financiero, que es el comisionista.
- b) Los comisionistas son hombres que operan hacia fuera del cártel, y cuya función, como ya se dijo, consiste en asesorar a los jefes de esta organización sobre el empleo más eficaz de las ganancias de acuerdo a la circunstancia histórica del momento.
- c) Los cambistas, que son quienes normalmente fungen como prestanombres para legitimar la existencia de las ganancias.
- d) El lavador de dinero, los principales métodos y técnicas de lavado de dinero son virtualmente ilimitados. Dentro de esa variedad, además de los ya mencionados, puede destacarse, sin agotar las posibilidades, los siguientes:

1. Una primera forma típica general puede darse cuando, narcotraficante minorista entrega fondos a un lavador de dinero profesional, empleador de un grupo de corredores o mensajeros que llevan el efectivo a bancos en cantidades suficientemente pequeñas para evitar la obligación de presentar informes y cambiar el dinero por una orden bancaria, un cheque de caja o algún instrumento bancario similar. Estos son entonces depositados en la cuenta de una compañía de fachada operada por el lavador de dinero y a su vez transferida cablegráficamente a una cuenta extranjera secreta.

2. El dinero se vuelve disponible para el traficante de drogas que vive y trabaja en el exterior, o puede ser `repatriado' en beneficio de un narcotraficante doméstico (o un extranjero que desea depositar o invertir en el país de origen) mediante una transferencia bancaria inversa. Los fondos que fluyen de regreso al país de origen pueden incluso ser disfrazados como `préstamo', evadiendo así el impuesto sobre la renta y permitiendo deducciones impositivas respecto a los falsos pagos de `interés' sobre los préstamos.

Más que usar un lavador profesional, el narcotraficante puede adquirir control de su propio banco; tratar con un banco corrupto; establecer una fachada tal como un casino, una tienda de abarrotes o algún otro negocio generador de dinero efectivo.

El dinero ilícito puede entonces ser mezclado con el efectivo legítimamente obtenido y convertido en créditos bancarios lavados. Alternativamente, el narcotraficante o el lavador puede manejar un negocio de cobro de cheques, intercambiando dinero efectivo de la droga por cheques del cliente, que pueden entonces ser depositados en un banco, libres de los requerimientos de información monetaria.

3. Formación de empresas ficticias o de fachada, forma ventajosa para operar en países donde rige el secreto corporativo y bancario, y los requisitos de establecimiento son simples; o bien donde las empresas en cuestión usan "trabajo negro" o clandestino, o los trabajadores inmigrantes repatrian sus ahorros a través de cuentas bancarias que permiten falsos movimientos.

4. Uso de los sistemas bancarios nacionales, mediante cuentas corrientes y de depósitos que se abren a nombre de personas ficticias, o corresponden a empresarios cómplices que tienen rápidos movimientos de grandes sumas, o a testaferros sin actividades ilícitas.

5. Uso de bancos con redes internacionales de agencias y sucursales, como el Bank of Credit and Commerce Internacional. Y la exportación de moneda a instituciones bancarias del extranjero, especialmente paraísos fiscales, países con regímenes tolerantes o corruptos, o con abundancia de actividades altamente dinerarias (turismo, juego).

6. Operaciones comerciales ficticias o facturación inflada y contratos ficticios de alquiler y compra, así como la manipulación de la bolsa (v. gr. mediante insider trading (uso de información confidencial) o de otros servicios lícitos de banca e intermediación financiera y el Uso de casas de cambio.

7. Uso de sistemas informales basados en la confianza de grupos familiares o étnicos ubicados a grandes distancias en distintos países. Sobre todo, debe destacarse que dentro y fuera de otros países de América Latina y otras regiones, la delincuencia organizada latinoamericana lava y recicla billones de dólares procedentes de ingresos de la droga y sus actividades conexas, a través del nuevo sistema financiero mundial electrónicamente integrado. El profesor Hugo Jáuregui que nos sirviera como documento primordial en este apartado indica que: "...en Guatemala por ejemplo se ha denunciado por parte de las autoridades norteamericanas su preocupación por que las remesas que normalmente

mandan los inmigrantes ilegales desde Estados Unidos a sus países en este país no se este convirtiendo en una forma de lavar dinero, situaciones que han implicado el endurecer las medidas para evitar esta posibilidad..."²⁹

Las posibilidades tecnológicas abiertas por la Tercera Revolución Industrial y Científica en marcha otorgan a dicho mercado financiero una creciente capacidad para la disponibilidad de vastas bases de datos, para su complejidad y a velocidad fulminante, para su operación y culminación instantáneas pero también para la producción de diversos efectos críticos.

1.5.4. Principales actividades

Las "sociedades criminales" como tal, tienen objetivos específicos, la obtención de ganancias a través de actividades ilícitas.

Es por ello que dichas sociedades por lo regular para obtenerlas tienden a comercializar sus productos en el mercado negro, ya sea en la venta de drogas, prostitución, automóviles piratería y hasta cuadros de arte valiosos.

Es así, que las organizaciones criminales, a la par del desarrollo de nuestra sociedad, se modernizan y se vuelven cada vez más eficaces y sus radios de acción se extienden progresivamente. Hoy sus mercados han traspaso fronteras y su actividades se han "globalizado".

La sub-economía que han generado produce aproximadamente en todo el mundo entre los 500 y 800 mil millones de dólares al año (más que el presupuesto combinado de la mitad de los países del mundo), teniendo como principales fuentes de ingresos, en orden de importancia los siguientes:

- Narcotráfico
- Trafico de Personas
- Prostitución

²⁹ Jáuregui, Hugo R., **Apuntes de derecho penal I, nociones fundamentales**, Pág. 33

- Piratería
- Contrabando y venta ilegal de armas y automóviles

Contrabando y mercado de obras de arte y piezas arqueológicas.

Delitos ecológicos tales como, tales como contrabando de sustancias químicas peligrosas, mercado de maderas preciosas taladas ilegalmente, tráfico de especies animales en peligro de extinción.

Es así pues, como la delincuencia organizada encuentra su forma de actividades en las antes citadas, basta pensar que la delincuencia organizada opera a gran escala y con grandes ganancias que como lo hemos visto superan a veces el presupuesto de algunos países del mundo, basta el imperio de red con la cuentan para tales fines.

1.6 Principios constitucionales que lo sustentan

Uno de los principales aspectos a considerar dentro de la política criminal para América latina en los últimos años fue el poder después de una inestabilidad política por regímenes militares y problemas de corrupción, inestabilidad económica y política, garantizar un orden democratizo constitucional que les permita salir del subdesarrollo. En el caso del área penal, el configurar un derecho que efectivamente respeto los límites constitucionales que se han reconocido al IUS PUNIENDI o poder punitivo del estado.

Un sector de la doctrina ha establecido que: “los principios del derecho penal pueden reducirse a la vigencia formal y material de los principios de mínima intervención, legalidad y culpabilidad”.³⁰

En este trabajo se abordaran en su orden los siguientes:

³⁰ Véase en ese sentido Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Derecho penal parte general**, Pág. 104, 2001 y Mir Puig, Santiago, **Derecho penal parte general**, Págs. 75-102, 1998. En cambio, Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal parte general**, Pág. 70, (s.f.), agrupa los principios del derecho penal en aquéllos que derivan del Principio de Legalidad y los que derivan del principio de Mínima Intervención.

1.6.1 Principio de legalidad

El principio de legalidad es la piedra angular del derecho penal su máxima en latín NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, que prescribe que no hay delito ni pena sin ley anterior, es una norma que se encuentra plasmada en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el artículo 1 del Código Penal.

Su origen se remonta a la época de la revolución francesa y a la obra de Francesco Carrara el máximo exponente de la escuela de los Juristas.

En este sentido de dicho principio se deduce en primer término una legalidad formal, esto quiere decir que por el principio de legalidad tanto la descripción de la conducta, tipo penal, como la sanción a imponer y su monto deben estar previamente establecidos en ley. (Lex Previa.)

Además de este aspecto la Corte de Constitucionalidad reformuló el principio de legalidad adoptándolo a la doctrina en el sentido de que, no basta solo con que el delito (descripción de la conducta y sanción) estén previamente descritos, sino que además la descripción de este delito debe ser taxativa, agotar todos los elementos de la conducta recriminada tipo y ser clara en su descripción. Con el fin de ahondar en este tema se cita la resolución aludida:

“...II. Artículos 251 y 254 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

En cuanto al Artículo 251 de la citada ley también es acertado el enjuiciamiento que hace el Honorable Tribunal Supremo Electoral, en tanto la cobertura de la definición legal es demasiado extensa, como puede colegirse con la simple lectura del mismo, que dice: "Constituye delito electoral todo acto u omisión que afecte, en cualquier forma, el proceso electoral."

La excesiva vaguedad del tipo conduce a la directa conclusión que viola el principio de legalidad, porque la legalidad exige un control formal -el tipo o la sanción deben estar preestablecidos en una norma con rango de ley- y, además material no basta que el tipo

figure en una ley, sino que debe contar con los elementos necesarios que permitan prever la conducta susceptible de sanción.

De esta manera es como el principio clásico *nullum crimen nulla poena sine lege* ha sido reformulado posteriormente a que en ciertos sistemas políticos se penalizara hechos indeterminados e imprecisos, agregando ahora a la dicción *lege* las palabras *stricta y scripta*.

En el caso analizado, los límites descriptivos son sumamente laxos, que no permiten salvar su constitucionalidad ni siquiera acudiendo a otros artículos de la ley para tratar de concretar el contenido del tipo. De permitirse la excesiva vaguedad se dejaría, en este caso, al acto administrativo o a la sentencia de los tribunales, y no a la ley. La definición de las conductas punibles, con el consiguiente resultado de incertidumbre e inseguridad.

Como consecuencia de la inconstitucionalidad del Artículo 251 comentado se extrae la del Artículo 54 de la ley, porque la normativa de éste resulta por exclusión de lo previsto en aquel.

Consiguientemente, es correcta la afirmación del Honorable Tribunal Supremo Electoral acerca de que las disposiciones legales contenidas en los citados Artículos 251 y 254 contravienen a la Constitución Política en normas que contienen los Artículos y 17 como también pugnan con el principio establecido en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.” (Expediente No. 96-86. Gaceta Jurisprudencial N° 2 –Dictámenes).

1.6.2 Principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo.

Este principio se explicará en el apartado de la ley penal en el ámbito temporal, por lo que solo baste decir por ahorita que se deriva del principio de legalidad.

1.6.3 Principio de mínima intervención

Por el Principio de mínima intervención, de extrema ratio o de subsidiariedad que puede enunciarse como: “Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios

menos lesivos que el derecho penal previo a acudir a éste que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria...”³¹

Esto se explica porque el estado, por la carga de violencia que se ejerce contra el ciudadano, no solo cuando se le impone la pena, restricción de bienes jurídicos definitiva, la condena en prisión, sino además la violencia procesal, que incluye la prisión preventiva, o el pago de una caución económica y los gastos del proceso, por ello si existe otra vía se debe preferir esta.

En este sentido se pronuncia Dr. Alejandro Rodríguez citado por el preclaro profesor guatemalteco Hugo Roberto Jáuregui quien expresa: “El principio de mínima intervención pretende condicionar la prohibición de conductas penales única y exclusivamente a aquellas circunstancias imprescindibles para mantener la vida en comunidad. Siendo la ley penal una norma que restringe derechos fundamentales de la persona, (en algunos casos hasta la vida) se requiere que sean las legítimas en una sociedad democrática.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el dictamen OC-5/85 del 13 de noviembre señaló, a este respecto: Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación de las instituciones democráticas”.

De ahí que las normas que restringen derechos fundamentales y las normas penales constituyen por esencia normas que restringen los derechos fundamentales- únicamente pueden ser aquellas que son “estrictamente necesarias en una sociedad democrática”. No se pueden crear normas penales más allá de lo estrictamente necesario, para preservar el legítimo y pleno goce de los derechos a todos los ciudadanos.

“Las prohibiciones penales por ello sólo pueden ser aquellas que tengan por objeto asegurar otros derechos fundamentales de otras personas, pues, ésta es la única restricción legítima a un derecho fundamental.

³¹ Mir Puig, Santiago, **Derecho penal parte general**, Pág. 74

La idea de necesarias implica para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la “existencia de una necesidad social imperiosa”.

Para lo cual no es suficiente que la restricción sea útil, razonable u oportuna: tienen que ir orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar este objetivo se deben escoger aquellas que restrinjan en menor escala el derecho protegido.”³²

1.6.4 Principio de culpabilidad

Este principio que en latín se enuncia *Nullum actio sine culpa*, puede enunciarse como: “no se puede imputar un delito a una persona si el mismo no puede ser reprochable a este, a título de dolo o culpa”³³

El principio no hay pena sin culpabilidad sigue siendo, junto al principio de la legalidad, uno de los pilares fundamentales del derecho penal.

Su fundamento es la protección y la garantía constitucionales de la persona y de sus derechos fundamentales (Art. 1 de la Constitución).

Con respecto al derecho penal, esto supone que sólo será castigada penalmente la persona que, al momento de actuar, podía captar y comprender el sentido del mandato legal y, en virtud de su capacidad de controlarse, de optar, entre las diversas posibilidades que percibía, por aquella conforme con el orden jurídico.

De las capacidades personales (volitivas e intelectuales) que hacen de un sujeto el destinatario idóneo de los mandatos normativos y de la constatación normativa que podía obrar de acuerdo con el derecho, se deduce la culpabilidad del agente que comete un acto típico (que esta en la ley descrito como delito) e ilícito (que no se puede justificar por ninguna causa).

A pesar de reconocer la primacía del principio "no hay pena sin “culpabilidad" algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin

³² **Módulo de derecho penal I.** Escuela de estudios judiciales, Pàg. 38

³³ Ibid. Pàg. 65

culpabilidad. Un ejemplo muy claro es el de la severa agravación de la pena en razón de la reincidencia y de la habitualidad, al ser consideradas como circunstancias agravantes en el Artículo 27 del Código Penal.

En ambos casos, la pena que merece el delincuente de acuerdo con la culpabilidad por el hecho cometido será agravada teniendo en cuenta hechos anteriores que ninguna vinculación tienen con el hecho cometido. La agravación está basada en la manera de ser del agente y no en el acto que ha cometido.

Esto resulta evidente en la medida en que se establece: "el delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena" (Artículo 27, inciso 24).

Otros casos de violación a este principio en nuestro Código Penal lo encontramos en manifestaciones del VERSARI IN RE ILICITA, (responsabilidad por el resultado) este principio medieval refiere que "quien realiza un acto inicial ilícito responde de todas sus consecuencias, aun de aquellas no queridas y fortuitas, en nuestra ley en las siguientes situaciones"³⁴:

- a) El Artículo 12 CP que establece que para considerar un delito como culposo, el acto inicial debe ser lícito.
- b) El Artículo 22 CP que exige que el acto inicial sea lícito para apreciar la existencia de caso fortuito.
- c) Los delitos cualificados por el resultado, en donde se incrementa la pena por el resultado, sin exigir dolo o culpa en la realización del resultado.
- d) El Artículo 21 que establece que el autor responderá aunque el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar.
- e) La atenuante de preterintencionalidad del Artículo 27.
- f) Los delitos preterintencionales (homicidio Artículo 127; aborto; Artículo 138.

³⁴ Dr. Rodríguez, Alejandro. **Ob. Cit.** Pág. 23

1.6.5 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Los Bienes jurídicos tutelados son valores considerados socialmente relevantes para una sociedad en un momento determinado.

De esa cuenta tienen mucha relación con los derechos humanos y por ello el valor vida, libertad, honor, libertad y seguridad sexuales, patrimonio, entre otros han sido elevados a la categoría de bienes jurídicos tutelados, para que el Estado los proteja sancionando aquellas conductas que puedan ponerlos en peligro, ejemplo para proteger la vida crea los homicidios, el medio ambiente los delitos de contaminación, el patrimonio, los delitos de robo, hurto etc.

Es por ello que un requisito para que se pueda crear una figura delictiva es que exista un bien jurídico que se vea afectado, y que eso afecte a la sociedad en que se comete.

En el actual código hay delitos que no tienen un bien jurídico concreto y determinado ante los cuales podría incluso iniciarse una acción constitucional.

1.6.6 Principio de lesividad

Un derecho penal democrático respeta la máxima de que:

Para que una conducta pueda calificarse como delito debe haber provocado un daño socialmente relevante.

Este límite al poder punitivo del estado deriva en la necesidad de solo castigar aquellas conductas que efectivamente causen un daño al bien jurídico tutelado.

Dejando fuera del derecho penal todas aquellas mínimas infracciones que por su escasa importancia no ameritan la intervención del estado.

Ejemplo:

La práctica que se realiza en algunas regiones del país de obsequiar a las autoridades algún plato típico o animal regional como agradecimiento a su ayuda por alguna gestión, sin

que esta práctica pueda tipificarse como el delito de cohecho activo contenido en el Artículo 442 del Código Penal. (VER ANEXOS B Y C).

CAPÍTULO II

2. Delitos contra la administración de justicia

En el presente capítulo abordaré la temática de los delitos contra administración de justicia, que es el bien jurídico tutelado al que le era asignado el delito de obstrucción de la justicia por ello se hará un análisis de las distintas posturas doctrinarias en torno a este grupo de figuras típicas.

2.1 El bien jurídico tutelado

Usualmente se hace hincapié en que la función primordial del Derecho Penal es la tutela de bienes jurídicos; es decir, que el Derecho Penal es una ciencia que debe concentrar toda sus energías en la protección de los bienes jurídicos de modo extremo y subsidiario (ya que es el medio de control social que interviene en última instancia, cuando no quedan a disposición otros medios menos lesivos: esto es lo que se denomina última ratio).

El bien jurídico tutelado es el valor, derecho o bien social trascendente que al existir la posibilidad cierta de ser afectado por las conductas sociales, para su protección debe ser elevado a la categoría de Bien Jurídico, en ese sentido los distinguidos juristas guatemaltecos José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal De León Velasco expresan: "El bien jurídico tutelado o protegido es de vital importancia para la constitución de las figuras delictivas, a tal extremo que no se puede concebir un delito que no pretenda la protección de un bien jurídico, todos los delitos tienen un interés jurídicamente protegido (un objeto jurídico), lo que no ocurre en el objeto material, que como ya dejamos apuntado sólo existe en los delitos de resultado. Sin embargo, cuando se dice "Bien Jurídicamente Protegido", se está advirtiendo que no se trata de proteger la mera lesión o puesta en peligro de cualquier clase de bien como tal, sino sólo cuando el mismo está elevado a categoría jurídica por parte del Estado. La lesión de los intereses de la sociedad, derivada de la conducta del hombre, por reprobable que sea, ninguna consecuencia penal acarrea si el Derecho Punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. Con la creación del tipo penal (la descripción que hace la ley penal de una conducta), el interés pasa a la categoría de bien jurídico y la lesión respectiva es ya una lesión puesta en peligro de un bien jurídico.

Desde otro punto de vista, el objeto jurídico protegido por la norma penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo, sirve como elemento directriz de ordenación de las figuras delictivas o tipos penales dentro de un Código Penal sustantivo en su parte especial, tal es el caso de nuestro Código Penal vigente en el cual las figuras delictivas está agrupadas atendiendo al bien jurídico protegido, de la manera siguiente:

Título I	De los Delitos contra la Vida y la Integridad de la Persona.
Título II	De los Delitos contra el Honor.
Título III	De los Delitos contra la Libertad y la Seguridad Sexuales y Contra el Pudor.
Título IV	De los Delitos contra la Libertad y Seguridad de la persona.
Título V	De los Delitos contra el Orden Jurídico Familiar y Contra el Estado Civil.
Título VI	De los Delitos contra el Patrimonio.
Título VII	De los Delitos contra la Seguridad Colectiva.
Título VIII	De los Delitos contra la Fé Pública y el Patrimonio Nacional.
Título IX	De los Delitos de Falsedad Personal.
Título X	De los Delitos contra la Economía Nacional, el Comercio, la Industria y el Régimen Tributario.
Título XI	De los Delitos contra la Seguridad del Estado.
Título XII	De los Delitos contra la Orden Institucional.
Título XIII	De los Delitos contra la Administración Pública.
Título XIV	De los Delitos contra la Administración de Justicia
Título XV	De los Juegos Ilícitos.

“Es evidente pues, la importancia que reviste el bien jurídico tutelado, no sólo como objeto jurídico del delito, sino como elemento ordenador de las figuras delictivas en los diferentes códigos penales que parten del valor jurídico que el Estado protege en la norma penal, para estructurar adecuadamente el derecho penal sustantivo en su parte especial.”³⁵

Siguiendo este orden de ideas, puedo, siguiendo la línea de los distinguidos profesionales del derecho ya antes citados decir que: “...la doctrina contemporánea del derecho penal,

³⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal, José Francisco De Mata Vela, **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**, Págs. 235 y 236

distingue dos clases de objetos jurídicos en el delito: uno que es genérico y que está constituido por el bien o interés colectivo o social que el estado como ente soberano tiende a su conservación y en tal sentido aparece indistintamente en toda clase de delitos; el otro que es específico y que está constituido por el bien o interés del sujeto pasivo. y que cada uno de los delitos particularmente posee, en cuanto se lesiona o pone en peligro el particular interés del agraviado.

Algunos tratadistas como Rocco, hacen referencia a un objeto jurídico formal, como el derecho del Estado a la observancia de los preceptos legales; tal consideración, entendemos, no es adecuada por cuanto que ese objeto jurídico formal del cual es titular el Estado se refiere a la mera constitución o conformación del delito, para hacer referencia en sentido amplio al derecho de castigar (jus puniendi), del cual es poseedor exclusivamente el Estado, por tal razón no puede considerarse como bien jurídico protegido en el delito.

Los intereses que en un momento determinado pueden resultar lesionados, disminuidos o puestos en peligro por la conducta delictiva del sujeto activo, pueden pertenecer según el caso: a las personas individualmente consideradas, a las personas jurídicas o colectivas, al Estado y a la sociedad misma.

Los intereses o bienes jurídicos tutelados que corresponden generalmente a una persona individual son: la vida, su integridad personal, su honor, su seguridad y libertad sexual, su libertad y seguridad persona, su patrimonio, su orden jurídico familiar, su estado civil, etc.; en tanto que las personas jurídicas o colectivas pueden verse lesionadas o puestas en peligro en su patrimonio o en su honor. El Estado particularmente puede verse amenazado, tanto en su seguridad interna como externa, y la sociedad se protege de los delitos que atentan contra la seguridad colectiva.

“Para cerrar el presente tema, sólo resta advertir que los sujetos (activo y pasivo), el objeto (material), y el bien jurídico tutelado (objeto jurídico), juegan el papel de presupuestos indispensables para la conformación real de delito, por cuanto éste no podría existir sin concurrencia de cada uno de ellos.”³⁶

³⁶ De Mata Vela, José Francisco/Héctor Aníbal De León Velasco, **Ob. Cit.** Pág. 238

Sin embargo existen respecto a este tema otras interpretaciones como la expuesta por el profesor alemán Günther Jakobs, citado por Javier de la Torre se pronuncia en el sentido de que: “El maestro dice que el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, “el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona”. Así se entiende que el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. Ejemplificativamente sería así: la propiedad no debe ser lesionada, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban mandar al titular a salvarlo.”³⁷

El maestro dice que el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, “el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona”.³⁸ Así se entiende que el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. Ejemplificativamente sería así: la propiedad no debe ser lesionada, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban mandar al titular a salvarlo.

Entonces, según este razonamiento el bien jurídico no ha de representarse como un objeto físico, sino como norma, como expectativa garantizada. Porque así se representa el derecho en cuanto a estructura de la relación entre personas y no puede representarse como un objeto físico. La consigna será “el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos”. No es posible esquematizar la cuestión enfrentando bien contra moral. Pues la supervivencia de ciertos bienes se deberá adecuar a ciertas condiciones, así razona “sólo en un Estado con una Administración de Justicia segura podrá haber propiedad segura”³⁹. El funcionario, como el padre o el administrador, al abandonar su rol, ha lesionado expectativas que existían frente a él en cuanto a titular de ese determinado rol, cual es “realizar una institución” (precisamente por lo que representan). afirma: “Junto con el ordenamiento en función de la posesión de bienes, que implica para

³⁷Günther, Jakobs, **El bien jurídico tutelado**, Pág.1, (s.f.)

³⁸ De la Torre, Javier, **Ob. Cit.** Pág. 5

³⁹ *Ibíd.* Pág. 5

los demás el deber negativo de no lesionar tales bienes, existe aquél de las instituciones positivas, es decir: que los padres han de ocuparse de sus hijos; que los jueces deben pronunciar sentencias justas, y no injustas; que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes; que una confianza especial, como la que existe cuando se asume la administración de un patrimonio ajeno, no sea defraudada; que el servicio estatal de emergencias esté en condiciones de operar en caso de necesidad, etc.”⁴⁰. Se insiste entonces en “buscar la referencia a la infracción de un rol”.

El profesor de Bonn se apoya en la “imputación objetiva”, tesis que ha demostrado que “no existen prohibiciones genéricas de lesión ni tampoco mandatos genéricos de salvamento”. Siempre que se indica una intervención se estará de cara a una competencia asumida o a asumir, y de allí la responsabilidad, dado que puede existir culpa (competencia) de la propia víctima o de otra persona (un tercero). Finalmente puede darse la posibilidad que nadie haya cometido un error y en ese caso se trata de una desgracia (casum sentit dominus), lo que sería inocuo para el Derecho Penal. Así la causación de la pérdida de un bien jurídico no significa nada respecto de la competencia por esa pérdida.

El contenido de un rol queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva. Por eso “quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza.

En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquel al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete. La regla será: “no quebrantes tu rol como ciudadano

⁴⁰ De la Torre, Javier, **Ob. Cit.**. Pág. 8

fiel al derecho”. Admite el profesor de alemán que el concepto de bien jurídico en la zona jurídico penal, tiene una justificación parcial, “pues una relación personal puede obtener su caracterización esencial por el hecho de que contiene una relación hacia el titular de un bien o una relación entre titulares de bienes. Pero es que esto no es todo, y sólo adquiere una configuración operativa mediante las normas que fijan los roles de las personas intervinientes”.⁴¹

Hay una manía de anticiparse al delito en la moderna concepción del Derecho Penal y esto es un problema que guarda relación con la teoría del bien jurídico protegido. Así es oportuno aclarar que “la pena nunca ha recompuesto un bien jurídico lesionado”. Quizá para tener una opinión autorizada y prestigiosa, damos a conocer el análisis que formula el profesor Carlos Lascano sobre esta tesis. Dice Lascano que Jakobs entiende que “correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y efecto... Resumiendo: “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”⁴².

Continúa Lascano diciendo que “la función del Derecho Penal para Jakobs es restablecer en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, cuando existe un procedimiento a causa de la infracción misma. La protección y confirmación de las normas, que configuran la identidad social, se logra a través de la pena, que sirve para ejercitar a los ciudadanos en la confianza hacia la norma, a tener fidelidad al derecho y a aceptar las consecuencias de la infracción a sus preceptos. Esto se vincula con el fin de la pena, entendido como prevención general positiva.... Tal configuración de la identidad social no se realiza a través de bienes jurídicos sino de normas. Por ello, en Jakobs se desdibuja y pierde relevancia el discurso de bien jurídico, calificado como metafórico de la vigencia de las normas, y ésta es el bien jurídico del Derecho Penal ”⁴³.

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 8

⁴² Citado por Bustos Ramírez, Juan, **Manual de derecho penal parte general**, pág. 58

⁴³ *Ibíd.* Pág. 58

Entre las tantas críticas que Jakobs recibió por esta idea daremos una referencia. Así se ha dicho: “Para Jakobs el bien jurídico penal es la validez fáctica de la norma, residiendo en la garantía de que la expectativa del funcionamiento de la vida social, en su configuración establecida y exigida legalmente, no admite condicionamiento. Lo importante en el pensamiento funcionalista sistémico no son los bienes jurídicos sino el sistema y por ello lo trascendente no es el bien jurídico, sino la desconsideración con el sistema, la falta de respeto: las personas no importan, lo que importa es el sistema (con cita de Bustos Ramírez)”.⁴⁴ Volviendo a nuestro investigado autor, éste nos enseña entonces lo siguiente: “si se pretende que la sociedad tenga una configuración de libertades, no se puede prescribir todo acto a realizar, sino que el legislador ha de contentarse con la indicación de unos objetivos y confiar por lo demás en la autodirección de las personas, dicho de otro modo, ha de permitir que la consecuencias de los objetivos se administre de modo descentralizado, por parte de la persona”. En la idea jakobiana las normas son la estructura de la sociedad.

Uno de los más ilustres discípulos de Jakobs: Bernd Müssig, cuestionando la tesis del bien jurídico (al que llama “relicto dogmático”) y manteniendo la idea central de “protección a la norma” expresa de este modo su idea: “la problemática de la legitimación del Derecho Penal siempre es idéntica a la cuestión de la determinación concreta de la configuración de una sociedad”. Como relaciones entre personas, Jakobs entiende que las normas son un asunto social y al estabilizarlas se estabiliza la sociedad. Para que la sociedad exista realmente sus normas tienen que tener vigencia, es decir deben ser respetadas. La culpabilidad es falta de fidelidad al ordenamiento jurídico de acuerdo con un juicio objetivo. Es falta de fidelidad al derecho, es desautorización de la norma... es un asunto social. El corolario de la cuestión, Jakobs lo expone de esta forma: “el derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representarse como titulares de determinados roles. La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”.⁴⁵

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 60

⁴⁵ De la Torre, Javier. **Ob. Cit.** 12

2.2 La administración de justicia como bien jurídico objeto de protección penal

No obstante que en la actualidad, es reconocida prácticamente por toda la doctrina y las legislaciones vigentes la necesidad de que los delitos contra la Administración de Justicia cuenten con una protección por parte de la normativa penal, no es menos cierto que, tal como lo afirma el penalista José Luís Guzmán Dalbora, "reina una visible inseguridad a la hora de acotar el objeto de la tutela y diseñar el sistema de las infracciones que le atañen."⁴⁶

La multiplicidad de opiniones que existen en la doctrina penal respecto a que debe entenderse por "administración de justicia", la complejidad respecto al carácter pluriofensivo que estas figuras pueden presentar, la falta de uniformidad en el tratamiento legislativo de este tipo de delitos en los códigos del ramo, tanto americanos como europeos, entre otras dificultades, se manifiestan en la gran complicación de que adolece la elaboración de las hipótesis delictivas.

En lo que respecta particularmente a la definición por parte de la doctrina de la expresión "Administración de Justicia", se acostumbra usar su sentido más amplio, entendiendo que a ésta le compete no solamente la declaración del derecho, sino también velar por la posibilidad eficaz de ejecución. En este sentido amplio, entonces, la Administración de Justicia abarca o comprende todas las actividades que tengan relación con la finalidad última del Poder Judicial. Después de todo, si la finalidad de la jurisdicción "obedece a la exigencia de dotar de seguridad al Derecho ante asuntos controvertidos determinados y garantizar la certeza de los justiciables merced a la efectividad del ordenamiento, es natural que esos imperativos de seguridad y certeza no queden plenamente servidos con el mero pronunciamiento formal de las resoluciones"⁴⁷, ya que "únicamente el cumplimiento de las sentencias hace reconocible la voluntad concreta de la norma al entendimiento del ciudadano, proporcionando una eficacia, otra manera de llamar a la seguridad jurídica, y al otro certeza en cuanto a lo que el Derecho permite o interdice".⁴⁸

⁴⁶ Guzmán Dalbora, José Luis, **Introducción a los delitos contra la administración de justicia: objeto, sistema y panorama comparativo**, Pág. 9, (s.f.)

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 11

⁴⁸ Sentís Melendo, Santiago, **Soliloquios y coloquios de un jurista**, Pág. 299, 1971

En este mismo sentido- escribe Satta- "no puede haber duda de que la limitación de la jurisdicción a la declaración del derecho es fruto de error. El ordenamiento se arma ya sea con la declaración de certeza (del Derecho), ya sea con la reintegración del derecho (declarado cierto). Esta última es incluso la máxima expresión del ordenamiento, puesto que en ella el ordenamiento se hace acción"⁴⁹.

Otorgando entonces a la Administración de Justicia el sentido que se viene explicando, podemos entender que la figura delictiva que se propone crear, atenta contra este bien jurídico, en cuanto se trata de un delito que frustra u obstruye la ejecución o cumplimiento de la sentencia condenatoria de término en el proceso penal.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de tutelar penalmente los atentados mas graves a este bien jurídico "Administración de Justicia", no puedo sino argumentar que si una de las finalidades prioritarias de la jurisdicción es servir de última garantía de los intereses individuales y colectivos, y en definitiva posibilitar el imperio del derecho en la comunidad, es inevitable que los delitos que la ofendan hayan de poner "en riesgo la propia existencia de la protección jurídica; lo que todo individuo percibe cuando se verifican es un trastorno que amenaza las garantías fundamentales, que constituyen la esencia de esta institución . De ahí su repercusión profunda y, también, la mayor intensidad de sus efectos. La confianza pública es herida en su punto nuclear. Extinguida la fe en la intangibilidad de la justicia y en la regularidad de su administración, desaparece una de las condiciones fundamentales de la tranquilidad pública".⁵⁰

2.3 El Delito de obstrucción de la justicia en el derecho comparado

Por tratarse de una figura delictiva poco conocida en el medio se hace necesario acudir al derecho comparado para poder tener un concepto de cómo se ha configurado el tipo penal de obstrucción a la justicia.

⁴⁹ Ibíd. Pág.300.

⁵⁰ Covello, Saulo, **Ensayo de teoría sobre los delitos contra la administración de justicia: objeto, sistema y panorama**, Pág.343

2.3.1 La regulación de la República de Chile

Por las similitudes culturales, y en especial por el hecho de que en este país se cuenta con una historia legislativa que permite estudiar la figura de la Obstrucción a la Justicia, y su posterior reforma, de conformidad con los requerimientos del Ministerio Público, para conseguir una reforma legislativa que le permitiera tener un mecanismo más eficaz para el combate del crimen organizado.

En ese sentido analizaremos primero la norma que contenía el delito de obstrucción a la justicia y luego la reforma que impusiera el delito de obstrucción a la investigación.

2.3.1.1 El delito de obstrucción a la justicia.

El Artículo 269 bis del Código Penal chileno contiene el delito de obstrucción a la justicia, y al respecto prescribe prescribe:

“El que se rehusare a proporcionar a los tribunales de Justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan establecer la existencia de un delito o la participación punible en él, o que, con posterioridad a su descubrimiento, destruya, oculte o inutilice el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito, será sancionado con la pena señalada para el respectivo crimen o simple delito, rebajado en dos grados. Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del Artículo 17 de éste Código y los Artículos 302 y 303 del Código Procesal Penal.”⁵¹

Este delito, está ubicado en el título “De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares”, aunque el mismo “Fiscal Nacional reconozca que el mismo constituye un atentado contra la recta administración de justicia”.⁵²

Puede ser cometido por cualquier persona, siempre que no se trate de aquellas exceptuadas por la propia ley. El Artículo 269 bis inciso final se refiere, como sujetos exceptuados, a las personas indicadas en el inciso final del Artículo 17, esto es: cónyuge,

⁵¹ **Instrucciones sobre delitos contra la recta administración de justicias.** Emitidos por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, mediante los oficios N° 273 de 18 de junio, N° 304 de 18 de julio, N° 344 de 5 de agosto, todos del año 2004. Pág. 1

⁵² *Ibíd.* Pág. 2

parientes legítimos (hemos de entender matrimoniales) por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos (no matrimoniales), como se desprende del texto del citado artículo del Código Penal de la República de Chile que a continuación se transcribe:

“Art. 17 Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1° Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3° Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.

4° Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.

“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de éste artículo.”⁵³

Así mismo la disposición excluye a las personas facultadas a no declarar por motivos personales, señaladas en el Artículo 302 del Código Procesal Penal, y aquellas que pueden

⁵³ **Código Penal de la República de Chile.** Biblioteca del congreso nacional, Pág. 58,

abstenerse de hacerlo por razones de secreto del Artículo 303 del mismo Código, que literalmente prescriben:

Artículo 302.- Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.

Si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si el representante interviniere en el procedimiento, se designará un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo. La sola circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configurará necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso.

Las personas comprendidas en este artículo deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración. El testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración. Tratándose de las personas mencionadas en el inciso segundo de este artículo, la declaración se llevará siempre a cabo en presencia del representante legal o curador.

Artículo 303.- Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto. Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.”⁵⁴

Del juego de los preceptos citados, tampoco quedan comprendidos como sujetos activos del delito de obstrucción a la justicia, entre otros, el conviviente del imputado, el pupilo, guardador, adoptante o adoptado. Por otra parte, el imputado no se considera como sujeto

⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 18

activo de este delito, ya que para estar en su presencia es menester que se trate de antecedentes que recaigan en causa ajena.

Dos son las hipótesis que se distinguen en el Artículo 269 bis del Código Penal, a saber, la de rehusar entregar antecedentes a los tribunales de justicia y la de destrucción, ocultación o inutilización del cuerpo, efectos o instrumentos del delito.

a) Primera modalidad comisiva: rehusarse a proporcionar antecedentes o documentos.

Antes de entrar en el análisis de esta primera modalidad del delito, es preciso señalar que, para estar frente a la obstrucción a la justicia, pero sólo en esta forma comisiva, la solicitud de proporcionar antecedentes o información debe ser efectuada por un Tribunal, sea éste unipersonal o colegiado, con lo que se excluyen las solicitudes hechas por otras autoridades.

Esta modalidad supone que la persona requerida por el Tribunal a la entrega de los antecedentes que obran en su poder o que conozca de ellos, se rehúsa a proporcionarlos. Rehusar implica no querer entregar tales antecedentes, por lo que se trata de una actitud deliberada, consciente, del sujeto activo, y no de una situación en que se encuentre imposibilitado de hacerlo o desconozca o dude sobre los hechos por los que se le requiere.

Comprende tanto que el sujeto no entregue los antecedentes como que no declare, habiendo sido llamado a hacerlo, sobre un hecho que conoce.

a.i Testigo que no declara:

En el caso de la declaración se estará frente a la presencia de un testigo. Siendo así, para la configuración del delito se requiere en esta modalidad, que la persona declare cumpliendo las formalidades que establece la ley procesal, esto es bajo la fe de promesa o juramento. De lo contrario, no sería posible apreciar el delito ni aún en grado de tentativa.

a.i.i Testigo que declara una parte, omitiendo antecedentes sustanciales:

Se debe tener presente, en este punto, que la obligación de la persona llamada a deponer comprende no sólo el hecho de prestar declaración, sino que poner a disposición del tribunal todo lo que conoce o tiene sobre el caso. Por lo tanto, se podría presentar en esta modalidad, sancionable a título de obstrucción a la justicia, la situación en que un testigo sólo señale una parte de los antecedentes que conoce y omita el resto.

Tanto los antecedentes que se omiten declarar o no se proporcionan deben ser de aquellos que acrediten la existencia del hecho punible o la participación culpable de una persona. Además, han de tener un carácter substancial, debe tratarse de antecedentes serios y concretos y no de meras sospechas.

Por otra parte, tales antecedentes deben estar referidos a la perpetración de un crimen o simple delito con lo que se excluye el delito de obstrucción a la justicia en las faltas.

A continuación, siendo este un análisis de derecho comparado sobre la legislación chilena, nos apoyaremos sobre todo en dos autores de ese país que han comentado al respecto de este particular delito de obstrucción a la justicia y que son enriquecedores para la comprensión del tipo penal y los riesgos de traslape con otras figuras que atentan contra la Administración de Justicia también reguladas en Guatemala. Guillermo Piedrabuena Richard al referirse a la primera modalidad delictiva que anteriormente se explicó afirma: “nos referiremos a situaciones de ordinaria ocurrencia en el contexto de la reforma procesal penal, analizando la posibilidad que constituyan el delito de obstrucción a la justicia, en esta primera modalidad comisiva. Tales son los casos de:

a.1 El testigo renuente a declarar y

a.2 “Negativa a la entrega de antecedentes o documentos.”⁵⁵

a.1 Testigo que no declara

⁵⁵ Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, **Instrucciones sobre delitos contra la recta administración de justicia**. Ooficios N° 273 de 18 de junio, N° 304 de 18 de julio, N° 344 de 5 de agosto, todos del año 2004. Pàg.1

Con respecto del testigo citado a declarar en un procedimiento, la regulación sobre este medio de prueba al igual que en el resto del mundo se rige por el ordenamiento Procesal Penal, y en ese sentido tal normativa establece una regulación expresa para el testigo renuente a declarar sin causa justificada, lo que se aplica a la persona que comparece al tribunal, pero no presta declaración.

Sobre este aspecto el Fiscal Nacional de Chile señala: “En efecto, el Artículo 299 del Código Procesal Penal de Chile señala que se sancionará con las penas que establece el inciso segundo del Artículo 240 del Código de Procedimiento Civil de Chile que indica: “el testigo que se negare sin justa causa a declarar”.

La pena a que se remite la disposición es la del delito de desacato, esto es, reclusión menor en su grado medio a máximo, lo que no resulta menor si se compara con la sanción del delito de obstrucción a la justicia, que establece la pena a partir del crimen o simple delito con respecto al cual se efectúa la conducta obstructiva, rebajada en dos grados.

“Por lo tanto, en las situaciones de testigos que comparecen a declarar ante el Tribunal, pero omiten hacerlo es necesario tener presente que de acuerdo a lo dispuesto por el Código Procesal Penal, la regla que se aplica, por su especialidad, es la establecida en el Artículo 299 del mismo código, vale decir, el delito sancionado con la pena del desacato y no el de obstrucción a la justicia del Código Penal.”⁵⁶

En el caso de Guatemala, también el Código Procesal Penal establece las consecuencias de negarse a comparecer o a declarar, siendo en el primer supuesto aplicable la conducción por la fuerza pública contenida en el primer párrafo del Artículo 217 del cuerpo legal citado que estipula: “...Compulsión. Si el testigo no compareciere, a pesar de haber sido citado personalmente, se procederá a su conducción sin perjuicio de su enjuiciamiento, cuando corresponda. También se ordenará su conducción cuando haya motivos fundados de que no asistirá al debate del juicio oral, asegurándose su presencia. Si después de comparecer se negare a declarar, se promoverá su persecución penal. Si el testigo expresare que su negativa obedece a temores por su seguridad personal o que su vida

⁵⁶ Piedrabuena Richad Guillermo, **Ob. Cit.** Pág. 3

corre peligro en virtud de amenazas, coacciones o intimidaciones de que hubiere sido o fuere objeto, así se hará constar...” y dependiendo del caso su persecución penal por el delito de desobediencia, contenido en el Artículo 414 del Código Penal que regula: “Quien desobedeciere abiertamente una orden de un funcionario, autoridad o agente de autoridad, dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones, será sancionado con multa de cinco mil a cincuenta mil quetzales.” O en su caso, por figura de encubrimiento propio tipificada en el Artículo 474 del Código Penal que establece:

Artículo 474. Es responsable de encubrimiento propio quien sin concierto, connivencia o acuerdo previo con los autores o cómplices del delito pero con conocimiento de su perpetración, interviniere con posterioridad, ejecutando alguno de los siguientes hechos:

1°. Ocultar al delincuente o facilitar su fuga;

2°. Negar a la autoridad sin motivo justificado, la entrega de un sindicato, perseguido o delincuente que se encuentre en la residencia o morada de la persona requerida;

3°. Ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la pesquisa de ésta;

4o. Recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar, en cualquier fama, objetos, efectos, instrumentos, pruebas o rastros del delito.

Los responsables del delito de encubrimiento serán sancionados con prisión de dos meses a tres años.

a. 2 Testigo que declara una parte de lo que conoce, pero omite información substancial.

En este mismo sentido Guillermo Piedrabuena Richard manifiesta: “...Esta misma disposición, es decir, el Artículo 299 del Código Procesal Penal podría ser aplicado al testigo que declara sólo una parte de lo que conoce, omitiendo deliberadamente un aspecto substancial.

Con respecto a este caso, se debe tener presente que, tratándose de los procedimientos regidos por el Código Procesal Penal, la situación de los testigos renuentes queda regulada por el Artículo 299 de ese Código y no por el delito de obstrucción a la justicia.

“Esta disposición viene a ser una suerte de obstrucción a la justicia especialmente regulada para testigos en régimen del nuevo Proceso Penal, de tal manera que, dichas conductas, en principio subsumibles en el Artículo 269 bis del C.P., quedarían comprendidas en esa norma del Código Procesal.”⁵⁷

En esta primera regulación del delito de Obstrucción a la Justicia, anterior a la reforma procesal penal de Chile, cuyo ordenamiento procesal, al igual que el nuestro deriva del Código Tipo para América Latina, por lo que son muy similares, pues en el Artículo 207, se establece el deber de decir la verdad que se refuerza con la promesa solemne que se le toma al momento de la protesta previa a su declaración, así o en caso de su negativa a prestarla. En ese sentido, El Código Procesal Penal de Guatemala establece: Artículo 207.- Deber de concurrir y prestar declaración. Todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial. Dicha declaración implica:

- 1) Exponer la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación;
- 2) El de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de la misma. Se observarán los tratados suscritos por el Estado, que establezcan excepciones a esta regla.

Artículo 219. Protesta solemne. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de las penas de falso testimonio. A continuación se le tomará la siguiente protesta solemne: ¿ " Promete usted como testigo decir la verdad, ante su conciencia y ante el pueblo de la República de Guatemala? ". Para tomarle declaración el testigo deberá responder: " Si, prometo decir la verdad". Situaciones que darían como resultado, de ser descubierto que algo se ocultó, la certificación de lo conducente y el inicio de la persecución penal por

⁵⁷ **Ob. Cit.** Pàg.4

el delito de desobediencia antes relacionado. El testigo podrá reforzar su aseveración apelando a Dios o a sus creencias religiosas.

a.3 Participación de terceros en la conducta

Ante la posible comisión de la conducta estipulada en el Artículo 299 del Código Procesal Penal, un testigo que se negare sin justa causa a declarar, sería recomendable que indagaran si el testigo actuó espontáneamente o si hubo terceras personas que influyeron en éste para que no prestara declaración en el Tribunal.

Especialmente en aquellos supuestos en que ha cambiado de actitud, habiéndose mostrado previamente colaborador con el fiscal y, en la audiencia del juicio omitió declarar en alguno de los términos ya señalados. Pues aquí estaríamos en caso de ser una amenaza por alguna persona en caso de que declare en un supuesto de falta de culpabilidad por miedo invencible de conformidad con el Artículo 25 inciso 3 del Código Penal guatemalteco.

a.4 Negativa de entrega de antecedentes requeridos por un fiscal.

Con respecto a la solicitud de entrega de antecedentes o documentos que obren en poder de terceras personas hay que distinguir algunas situaciones ante la negativa de éstas a dar curso a la solicitud:

a.4.1 El fiscal solicita antecedentes o documentos a autoridades u órganos del Estado.

Conforme a lo previsto en el Artículo 19 del Código Procesal Penal, las autoridades y órganos del Estado deben realizar las diligencias y proporcionar sin demora la información que les requieren el ministerio público y los tribunales con competencia en lo penal.

Ante la negativa de entrega por la parte requerida, el fiscal debe dejar constancia de la misma y utilizar la vía que resulte apropiada a la situación de hecho para insistir en que sean proporcionados:

- a) Puede solicitar nuevamente los antecedentes o documentos por conducto del Tribunal de Garantía.
- b) “Puede dar aplicación al procedimiento establecido en el Artículo 19 del Código Procesal Penal, si se dan los supuestos para ello.”⁵⁸

Si la autoridad u órgano requerido persiste en su negativa, no obstante que el Tribunal de Primera instancia, en Chile denominado de Garantía o la Corte de Apelaciones, según corresponda, acoja la petición del fiscal, se estaría frente a la conducta del delito de obstrucción a la justicia del Artículo 269 bis, primera parte: “rehusar a proporcionar a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan establecer la existencia del delito o la participación punible en él”, salvo que el fiscal tenga los elementos necesarios para estimar que dicha conducta se aparta de la negativa y se encuadra en algunas de las conductas de la “segunda modalidad comisiva, a saber, ocultar, destruir o inutilizar el cuerpo, efectos o instrumentos del delito”.⁵⁹

Esta circunstancia es destacada por Guillermo. Piedrabuena Richad, Fiscal de la Nación de Chile quien en el oficio de Instrucción respecto a estos delitos les indica a los fiscales del país: “En consecuencia, se sugiere a los fiscales que, ante el requerimiento de antecedentes o documentos y la demora en la entrega por la parte a quien se le soliciten, provoque la intervención de los Tribunales de Justicia, sea a través del Tribunal de Garantía o la Corte de Apelaciones, según el procedimiento por el que se haya optado. Si la negativa persiste, se podría calificar la conducta de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 269 bis del C. P.”⁶⁰

a.4.2 El Fiscal solicita antecedentes o documentos secretos a autoridades u órganos del Estado.

⁵⁸ Etcheberry, A: **Derecho procesal penal**, Pág. 104

⁵⁹ Piedrabuena, Richad, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 3

⁶⁰ **Ob. Cit.** Pág. 5

En este mismo sentido en la Instrucción enviada a los Fiscales se indica: “Si se tratase de antecedentes o documentos secretos, conforme a lo previsto en el Artículo 19 del Código Procesal Penal, el requerimiento se atenderá observando las prescripciones de la ley respectiva, si la hubiere, y, en caso contrario, adoptándose las precauciones que aseguren que la información no será divulgada.

La misma norma establece el procedimiento a seguir cuando la autoridad requerida retardare el envío o se negase a efectuarlo, con el pretexto de su carácter secreto o reservado.

El conducto a seguir es enviar los antecedentes al Fiscal Regional, quien evaluará la situación y si comparte la apreciación del fiscal sobre el carácter indispensable de la actuación, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que resuelva la situación. Existiendo una regulación expresa para ese caso, en que se invoque el secreto o reserva de la información solicitada, es menester recurrir ella antes de examinar cualquier otra posibilidad.

Por lo tanto, ante una solicitud hecha a autoridades u órganos del Estado donde se presentase demora o negativa de entrega de antecedentes o documentos, con el pretexto de ser secretos o reservados, se debe recurrir a la regulación del Artículo 19 del C. P. P.

“Resuelta la controversia por la Corte de Apelaciones respectiva en el sentido que la autoridad u órgano requerido debe entregar la información o documento y, sin embargo, éste persiste en su negativa, se configuraría el delito de obstrucción a la justicia del Artículo 269 bis del C. P.”⁶¹

⁶¹ Ibíd. Pág. 6

a.4.3 El fiscal solicita antecedentes o documentos a particulares.

Tratándose de antecedentes o documentos en poder de terceros, que no tengan la calidad de funcionarios públicos ni sean representantes de órganos del Estado, los fiscales deben hacer dicha solicitud por conducto del Tribunal de Primera Instancia Competente, en Chile el denominado Tribunal de Garantía, si en virtud de ésta se pudiesen afectar derechos garantizados por la Constitución, disposición que regula el Código Procesal Guatemalteco de la siguiente forma:

Artículo 46. Ministerio Público. El Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este Código le asigna, con intervención de los jueces de primera instancia como contralores jurisdiccionales. Asimismo, ejercerá la acción penal conforme los términos de éste código.

Artículo 47.- Jueces de Primera Instancia. Los jueces de primera instancia tendrán a su cargo el control jurisdiccional de la investigación efectuada por el Ministerio Público en la forma que este Código establece. Instruirán, también, personalmente las diligencias que específicamente les estén señaladas. Estarán encargados de la tramitación y solución del procedimiento intermedio y del abreviado. Conocerán, además, del procedimiento de liquidación de costas.”

Para el caso de que el tercero se rehusara la Instrucción del Fiscal Nacional indica: “De rehusarse la persona requerida, habiendo mediado el conducto del Tribunal, se podría configurar el delito de obstrucción a la justicia, teniendo presente que el inciso final del Artículo 180 del Código Procesal Penal establece una obligación para cualquier persona en los siguientes términos “los fiscales podrán exigir información de toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley”.⁶²

⁶² Piedrabuena Richad, Guillermo, **Ob. Cit.** Pág. 7

b) Segunda modalidad comisiva: destrucción, ocultación o inutilización del cuerpo, efectos o instrumentos del delito.

Esta modalidad comisiva de obstrucción a la justicia, no está limitada a que la conducta se efectúe ante un Tribunal, por lo tanto, verificándose los requisitos del tipo legal ante cualquier autoridad, aún cuando no se trate de Tribunales de Justicia, se puede observar la configuración del delito.

“Para estar frente a esta forma de obstrucción a la justicia, es necesario que la destrucción, ocultación o inutilización se efectúe cuando ya se haya descubierto el delito, como lo señala el Artículo 269 bis. De no ser así, y la conducta tiene lugar antes de este momento, la punibilidad del hecho quedaría cubierta por el Artículo 17 N° 2 del C. P., esto es, “por la regulación del encubrimiento.”⁶³

El momento de descubrimiento del delito se produce cuando los hechos o la persona del inculpado son puestos a disposición de la justicia.

En cuanto a los sujetos activos, se debe tener en cuenta las mismas prevenciones señaladas a propósito de la primera forma comisiva, por lo que al examinar este elemento, los fiscales tienen que ser especialmente cautos de que no se trate de uno de los tantos sujetos exceptuados. Los verbos rectores están concebidos en términos muy similares a los del Artículo 17 N° 2 del C. P., con la diferencia que el Artículo 269 bis incluye el destruir. “Comprende tanto las conductas de ocultar, destruir o inutilizar el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito. Al igual que la primera modalidad comisiva, las faltas quedan excluidas”.⁶⁴

El objeto material de esta forma de obstrucción a la justicia está representado por: el cuerpo del delito, sus efectos o instrumentos.

⁶³ Politoff/Matus/Ramírez: **Lecciones de derecho penal chileno, parte especial**. Pág. 16

⁶⁴ Cury, Enrique con la colaboración de Matus, JP, **Texto y comentario del código penal chileno**, Pág. 253

Por el primero de ellos, se entiende la cosa o el objeto material sobre el que recae la conducta típica; los efectos incluyen todo rastro que sirva para descubrir su perpetración y, los instrumentos, son los medios que se han empleado para la comisión del delito.

Algunos autores señalan que por ser un delito idéntico en su materialidad al Artículo 17 N° 2 del C. P., “para su configuración es necesario que el sujeto activo conozca la perpetración del delito y la relación de éste con las cosas ocultadas o destruidas”⁶⁵.

2.3.1.2 Delitos de obstrucción a la investigación

Para el desarrollo de este apartado del derecho comparado con la República de Chile, se encontró una invaluable fuente de información en el materia elaborado por el profesor de Derecho Penal y director de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Autónoma de Chile, el Dr. Guido Sepúlveda, quienes será el eje central que se enriquecerá con otros distinguidos autores y los “comentarios en relación a la situación guatemalteca con respecto a los puntos a tratar”.⁶⁶

Hablar de los delitos de obstrucción⁶⁷ “es como hablar de los delitos de corrupción, en una terminología mediática y, así como éstos últimos están referidos a la tutela penal de la probidad administrativa, aquellos lo están para tutelar penalmente el debido proceso garantizado en la Constitución Política de la República en su Artículo 19 N° 3, Inc. 5.”

Por Ley 20.074, Diario Oficial 14.11.2005, se sustituye el Párrafo 2 bis del Título VI, que se denominaba “De la obstrucción a la justicia”, pasando a ser ahora “De la obstrucción a la investigación” ; y asimismo, el contenido de los Artículos 269 bis y 269 ter, experimentan modificaciones sustantivas, conformando dicho Párrafo 2 bis, el cuál queda inserto en el Título VI referido a “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”.

⁶⁵ Cfr. por todos Etcheberry, A: **Derecho penal, parte general II**, Pág. 104, 2004

⁶⁶ Sepúlveda, Guido. **Conferencia dictada por el distinguido profesional el lunes 16 de octubre en el Auditorio Porvenir de la Universidad Autónoma de Chile (UA)**. Pág.1 .

⁶⁷ Ibid. Pág. 3

Esta modificación obedeció en su tiempo al interés del Ministerio Público de tipificar como delito de falso testimonio aquellas declaraciones que prestadas ante dicho órgano persecutor resultaren ser falsas. Ya en el año 2002, mediante la Ley 19.806, estas normas habían experimentado modificaciones al texto original incorporado al Código por la Ley 19.077 de 1991; “en esta forma, para llegar al texto actual, éste párrafo ha sido objeto de tres grandes modificaciones”.⁶⁸

La pretensión del Ministerio Público, por razones de técnica penal, no podía prosperar, tanto porque el delito de falso testimonio está previsto para aquellas declaraciones que son prestadas ante un Tribunal en un procedimiento adversarial como porque el Ministerio Público a través de sus fiscalías por mandato constitucional y legal están encargadas de la investigación, de ejercer la acción penal pública de los hechos constitutivos de delito, de adoptar medidas de protección a víctimas y testigos, y, “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales” (Artículo 80 A Constitución).⁶⁹

Algo que debe de mencionarse es que la reforma efectuada a Artículo 269 bis, fue totalmente radical pues incluso varió el bien jurídico que Tutela, pasando como menciona el profesional citado de la administración de justicia al de orden y seguridad públicas.

Un segundo aspecto que debe resaltarse es que ésta fue una reforma promovida por el Ministerio Público, para tener una mejor herramienta en lo concerniente a la investigación criminal que debe realizar y que legalmente le esta encomendada. En Guatemala al igual que en Chile, la persecución penal y la dirección de la investigación constitucionalmente son atribuidas al Ministerio Público representado por el Fiscal General de la República, de conformidad con el Artículo 251 de la Carta Magna, que establece:

“Artículo 251. Ministerio Público. El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.

⁶⁸ Sepúlveda, Guido, **Ob. Cit.** Pàg.3

⁶⁹ Sepúlveda, Guido, **Ob. Cit.** Pàg.3

El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio.

Para la elección de candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión. En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

El Fiscal General de la Nación durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida.”

Aclarados estos aspectos a continuación se transcribirá el tipo penal contenido en el Artículo 269 bis, para luego proceder al análisis de sus elementos típicos:

“De la obstrucción a la investigación”

Artículo 269 bis.- El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeren al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada. El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado, además, con la pena de suspensión de profesión titular

durante el tiempo de la condena. La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del Artículo 68 bis.

Se entiende por retractación oportuna aquella que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiere resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquella que tuviere lugar durante la vigencia de la medida cautelar decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda. Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del Artículo 17 de este Código y el Artículo 302 del Código Procesal Penal.”

a) En cuanto al Sujeto Activo se establece claramente que se trata de un particular, de un ciudadano común, aunque posteriormente se indica que en caso de ser un abogado, el delito será sancionado además con la suspensión de profesión por el mismo tiempo que dure la condena, con lo cual cuando el sujeto activo varia del común a un específico el delito se agrava. El tipo penal incluye una excusa absolutoria al establecer que están exentas de la penalidad asignada a este delito, las personas a que se refieren el inciso final del Artículo 17 de este Código y el Artículo 302 del Código Procesal Penal, que como se indicó en el apartado anterior al hacer referencia al delito de obstrucción a la justicia que también implicaba la excusa absolutoria para estos casos, se hace referencia a la no punibilidad y no obligación de declarar cuando el testigo sea cónyuge, o pariente consanguíneo en línea recta o colateral, incluyendo padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos así como el parentesco por afinidad.

Otra diferencia con relación al anterior tipo de obstrucción de justicia es que este, también excluía del delito por razones de política criminal a las personas comprendidas en el Artículo 303 que comprende a quienes por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

b) Conducta: aportación de antecedentes falsos que conduzcan al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de investigación, obstaculizando gravemente el esclarecimiento del hecho punible o la determinación de sus responsables. Se trata de una conducta compleja que reviste dos modalidades copulativas: la aportación de antecedentes falsos conducentes a que el Ministerio Público realice u omita actuaciones, siempre que con ello, se obstruya gravemente el esclarecimiento del hecho punible y la determinación de sus responsables. En igual forma esta situación se agrava si a consecuencia de estas informaciones el Ministerio Público solicitará una medida de coerción o planteara una acusación contra una persona inocente.

c) En cuanto al tipo subjetivo es un delito eminentemente doloso pues el tipo penal inicia con la frase “quien a sabiendas”; con lo que en caso exista un error de tipo sobre la existencia del proceso o la falsedad de la información que esta suministrando implicaría o una eximente en caso de error invencible, y en el del vencible una acción culposa que por no estar legislada también causaría el no procesamiento de esta persona.

El Artículo 269 ter preceptúa: El fiscal del Ministerio Público que a sabiendas ocultare, alterare o destruyere cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo.

a) Sujeto Activo: A diferencia del tipo anteriormente analizado en este, se requiere de uno específico como lo es el fiscal del Ministerio Público, aunque no se plasmó la excusa absolutoria contenida en el Artículo 269 bis, en el caso de que la acción cometida por el fiscal fuere a favor de la esposa, el padre hermano o hijos, con el objeto de favorecer u ocultar la información si se debería considerar si no como eximente, como una circunstancia atenuante. Caso contrario si la acción efectuada fuere para agravar la situación de un pariente que esta siendo procesado o de implantar evidencia hará perseguir a un pariente que es inocente, dicha circunstancia sería una agravante que incluso le daría derecho a la víctima a declarar contra este fiscal.

b) En relación a la conducta, se encuentran varios verbos rectores ocultar, alterar o destruir contra diversos objetos, antecedentes, o documentos, ya sea para ayudar o

perjudicar a establecer la existencia del delito, la de la participación o incluso la determinación de la pena. No existen agravantes o atenuantes dentro del tipo penal a diferencia a lo legislado en el Artículo 269 bis.

c) El elemento subjetivo del tipo sigue siendo eminentemente doloso, con las posibilidades de una circunstancia eximente de culpabilidad o por error de tipo explicadas en el artículo anterior.

Como se puede observar el cambio legislativo sufrido en el artículo analizado en la legislación Chilena, obedece sin duda a los problemas que Latinoamérica atraviesa de inseguridad, falta de capacidad de respuesta ante la delincuencia organizada y la presión universal de endurecer las figuras delictivas para si obtener una eficaz y eficiente justicia penal que permita recobrar la credibilidad del sistema de justicia penal en países que todavía no se recuperan de las situaciones de guerra interna y polarización que les tocó vivir en un pasado cercano.

Aunado a esto: "La declaración prestada en un tribunal debe ser veraz. Si no es así, se comete un delito. En Chile existe la institución nacional del "compadrazgo". No hay persona que no tenga compadres y amigos que le puedan servir de testigos en cualquier circunstancia. Hasta le entregan la minuta hecha de lo que hay que declarar. Eso ciertamente atenta contra la rectitud del procedimiento de defensa. En EE.UU. declarar en un tribunal es un deber sagrado. Y es muy difícil que se llegue a mentir. Además las penas son altísimas, declara Sepúlveda".⁷⁰

Por nuestra idiosincrasia una persona es capaz de llegar a un proceso a mentir, incluso con la anuencia de su defensor para los fines de obtener el resultado que beneficie a su amigo. Esto último ha traído como consecuencia la modificación de penas, la creación de nuevos delitos como es la obstrucción a la investigación. Antes existía la obstrucción a la justicia. La persona que atenta en contra el recto desempeño dentro de la maquinaria del tribunal, cometía un delito, ocultando hechos", agrega el jurista.⁷¹

⁷⁰ **Ob. cit.** Pág.9

⁷¹ **Ibid.** Pág. 10

"Ahora se da la obstrucción a la investigación. Dentro de ésta, una persona crea condiciones que impide, derive o desvíe la investigación. Incurrir en delito con penas interesantes. Antes teníamos solamente el falso testimonio, el perjurio, pero con penas menores que ahora se han modificado. Recién ahora y con toda la solemnidad que tiene el juicio oral, el chileno empieza a percibir que el asunto es distinto", concluyó el profesional.⁷²

2.3.2 La regulación en España

El Artículo 464.1 del Código Penal español establece que:

"el que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior". Como puede apreciarse el tipo objetivo requiere que el sujeto activo (cualquier persona) intentare (núcleo del elemento subjetivo) influir directa o indirectamente, con violencia o intimidación (medio empleado) en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento (sujetos pasivos específicos) para que modifique su actuación procesal.

A este respecto el Magistrado y Profesor de la Universidad de Sevilla Francisco Jesús Sánchez Parra con respecto a este artículo señala que: "... un sector de la doctrina, indica que esta nueva redacción no puede considerarse muy afortunada, por lo que para su correcta interpretación hemos de fijar el concepto de actuación procesal. Para la Real Academia de la Lengua, actuación significa autos o diligencia de un procedimiento judicial -segunda acepción-, y actuar, ejercer funciones propias de un cargo o realizar actos libres y conscientes. Partiendo de ello, hemos de entender que cuando, como ocurre en este caso, una persona intimide a otra para que modifique lo que tiene intención de llevar a cabo en un procedimiento o actuación procesal, incurre en el tipo delictivo previsto en el Artículo 464.1 del Código Penal, siempre naturalmente que la persona cuya libertad se violenta sea una de las incluidas en dicho precepto -imputado, abogado, testigo-. A lo que debemos añadir:

⁷² Ibíd. Pág. 12

“Que como se dice en la sentencia 827/2003, de 6 de junio, la jurisprudencia ha declarado que el término intimidación como medio conminatorio, ha de ser entendido en un sentido amplio (...) el delito ahora examinado, de tendencia o simple actividad, se consuma aunque el sujeto pasivo no llegue a efectuar el acto exigido (...) como se dice en la sentencia 267/2000, de 29 de febrero, el elemento subjetivo o intencional de este delito, está constituido por el propósito de influir o influenciar (...) analizando la jurisprudencia del Alto Tribunal, llegamos a la conclusión de que se trata, como ya se ha hecho referencia anteriormente, de un delito de simple actividad (...)sujeto pasivo son las personas enumeradas, de modo que no pueden entenderse comprendidos quienes no hubiesen adquirido tal condición aunque potencialmente puedan llegar a serlo con posterioridad (Sentencia de 4 de octubre de 1989).”⁷³

⁷³ Congreso de la República de Guatemala. **Delito de obstrucción a la justicia del Art. 464.1 CP**, Págs. 4 y

CAPÍTULO III

3 El delito de obstrucción a la justicia en Guatemala

Este tercer capítulo contiene la parte principal de la investigación pues analiza la figura del Delito de Obstrucción a la Justicia, desde la realidad y la óptica jurídica de nuestro país. Así empezaremos un poco por la historia y los antecedentes de dicha figura.

3.1 Antecedentes en Guatemala

No parece haber en nuestra historia legislativa en materia penal ningún antecedente sobre el delito de Obstrucción a la Justicia. “Los últimos dos Códigos Penales, que han regido el país así lo demuestran”.⁷⁴

Dentro del Código Penal vigente, los delitos contra la administración de justicia se encuentran comprendidos en el Título XIV Delitos Contra la Administración de Justicia. La alusión a tal bien es confusa principalmente porque como expresan los autores guatemaltecos, José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco: “Aunque el Capítulo 1 de este Título del Código Penal denomina a los delitos que comprende, delitos contra la actividad judicial, realmente todos los delitos comprendidos dentro del título, se refieren en alguna forma a la actividad judicial, aún el mismo encubrimiento, si tomamos en cuenta que la ocultación del delincuente o de los efectos del delito, afectan en alguna forma la actividad de los órganos de la Administración de Justicia.”⁷⁵

Este bien jurídico comprende los siguientes grupos delictivos:

Título XVI

Delitos contra la administración de justicia.

⁷⁴ Congreso de la República de Guatemala, **Decreto de la Asamblea Legislativa 2164 y Decreto 17-73 del Congreso de la República**, 1936 y 1974

⁷⁵ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Derecho penal guatemalteco**, Pág. 736

Capítulo I:

Delitos contra la actividad judicial;

Acusación y denuncia falsa;

Simulación de delito;

Autoimputación;

Omisión de denuncia;

Colusión.

Capítulo II:

Perjurio y falso testimonio;

Perjurio;

Falso testimonio;

Presentación de testigos falsos.

Capítulo III: La prevaricación

Prevaricato doloso;

Prevaricato culposo;

Prevaricato de árbitros;

Patrocinio infiel;

Doble representación;

Capítulo IV: Denegación y retardo de justicia

Retardo malicioso;

Denegación de justicia;

Capítulo V: Quebrantamiento de condena y evasión de presos

Evasión;

Evasión culposa;

Cooperación en la evasión;

Motín de presos.

Capítulo VI: Encubrimiento

Encubrimiento propio;

Encubrimiento impropio;

3.2 Delitos contra la administración de justicia

Siendo que estos delitos constituyen entonces el esfuerzo que ha realizado el Estado de Guatemala, para tutelar el bien jurídico Administración de Justicia. Por la naturaleza del tema se analizarán estas figuras delictivas haciendo énfasis en las que más tienen relación con el tipo penal de obstrucción a la justicia, que recientemente implementará la Ley Contra la Delincuencia Organizada, en nuestro país. Siendo estos:

3.2.1 Acusación y denuncia falsa

Esta figura delictiva establece:

Acusación y denuncias falsas.

Artículo 453. Quien imputare falsamente a alguna persona hechos que, si fueran ciertos, constituirían delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a la correspondiente averiguación, será sancionado con prisión de uno a seis años.

No podrá procederse cuando el denunciante o acusador sino cuando en el sobreseimiento o sentencia absolutoria respectivos, se haya declarado calumniosa la acusación o denuncia.

El sujeto activo en el presente caso puede ser cualquier persona.

El elemento objetivo que se penaliza es imputar a otra u otras personas la comisión de un hecho que si fuera cierto daría lugar a procedimiento de oficio. El verbo rector es imputar, cuyo significado es "...Atribuir a alguien una culpa, delito o acción, acusar incriminar..."⁷⁶ Es

⁷⁶ **Diccionario de la lengua española**, Pág. 543, 2004

decir se prohíbe que alguien acuse o denuncie falsamente a otro, pero no de cualquier delito, sino de uno de acción pública que provoca el accionar oficioso de las autoridades. Comprende dos supuestos la denuncia que puede hacer cualquier particular, o la que deben hacer obligadamente aquellas personas por mandato legal.

El elemento subjetivo es eminentemente doloso. Es importante deslindar la calumnia propiamente dicha de la acusación y denuncias falsas. Aparte de que el bien jurídico tutelado es distinto, hacer notar además que como se ha dicho “aún consistiendo ambas infracciones en la falsa imputación de delitos que dan lugar a procedimientos de oficio, la falsa acusación requiere que la imputación se haga ante funcionario que por razón de su cargo deba proceder a su averiguación y castigo, mientras que la calumnia no exige este requisito. Por otra parte mientras ésta ataca solamente el honor personal, la acusación falsa se comete en perjuicio de las funciones del Estado”⁷⁷.

En cuanto a la falsa acusación por delito privado (Artículo 455 del Código Penal), que se refiere a los mismos hechos comentados en cuanto al artículo anterior, sólo que aplicable a la acusación o denuncia de delitos que no pueden perseguirse de oficio, o sea los denominados delitos de acción privada, que de forma cerrada *numerus clausus* establece el Código Procesal Penal en el Art. 24 Quater, que a continuación se cita:

“Artículo 24 Quáter. Acción privada. Serán perseguibles, sólo por acción privada, los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor;
- 2) Daños;
- 3) Los relativos al derecho de autor y delitos informáticos;
- 4) Violación y revelación de secretos;

⁷⁷ Cuello Calón, Eugenio, citado por De Mata Vela y De León Velasco, **Óp. Cit.** Pág. 737

5) Estafa mediante cheque.

3.2.2 Simulación de delito

El Código Penal lo tipifica de la siguiente manera:

Artículo 454. Quien falsamente afirme ante funcionario administrativo o judicial que se ha cometido un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, o simulare la existencia de pruebas materiales con el fin de inducir a la instrucción de un proceso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, o sea es un sujeto común.

La conducta del hecho está integrada por afirmar que se ha cometido un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, es decir simular, que en el campo jurídico es hacer creer que se realiza un hecho que en la vida real no ha sucedido Esa afirmación debe de ser falsa, esto es, que el hecho no se haya realizado.

La afirmación se debe hacer por un fiscal, funcionario policial o judicial, que deba proceder ante la misma, o sea que con la misma, se motive una actuación procesal. El hecho se comete también simulado la existencia de pruebas materiales de un hecho delictivo, con el fin de inducir a la iniciación de un proceso sobre el mismo.

Elemento interno del delito será la conciencia de efectuar la afirmación sobre el hecho, a sabiendas de su falsedad, y en el segundo caso el dolo específico de inducir a la iniciación de un proceso.

3.2.3 Autoimputación

El Código Penal preceptúa:

Artículo 456.- Quien, mediante declaración ante autoridad competente, se atribuyere a sí mismo un delito que no hubiere cometido o que hubiere perpetrado otra persona, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

El sujeto activo es común, cualquier persona. La conducta consiste en atribuirse a sí mismo un delito que no hubiere cometido o que hubiere perpetrado otra persona. Es necesario que previamente se haya cometido un delito, sólo que quien se lo atribuye no es quien lo cometió, sino que otra persona; obviamente la frase final de la facción de este artículo está demás, pues no habiendo sido cometido por quien lo confiesa, obviamente el hecho fue cometido por otro.

Que la declaración sobre la comisión del delito, esto es, la auto imputación, se verifique ante autoridad competente, esto es, en términos generales la autoridad competente para la averiguación del delito (el Ministerio Público). Elemento subjetivo del tipo consiste en que el sujeto activo quiere atribuirse un delito que sabe que no ha cometido, es doloso.

3.2.4 Omisión de denuncia

El delito esta regulado de la siguiente manera:

Artículo 457. El funcionario o empleado público que, por razón de su cargo, tuviere conocimiento de la comisión de un hecho calificado como delito de acción pública y, a sabiendas, omitiere a retardare hacer la correspondiente denuncia a la autoridad judicial competente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

En igual sanción incurrirá el particular que, estando legalmente obligado, dejare de denunciar.

Este delito puede ser cometido tanto por funcionarios por empleados públicos como los particulares, así: (Artículo 457)

a) El funcionario o empleado público que, por razón de su cargo tuviere conocimiento de

la comisión de un hecho calificado como delito de acción pública y, a sabiendas, omitiere o retardare hacer la correspondiente denuncia a la autoridad judicial competente.

b) El particular que, estando legalmente obligado, dejare de denunciar.

En el primer caso, los elementos son:

El sujeto activo del hecho contempla al funcionario o empleado público, que esta en obligación de denunciar el hecho. La conducta consiste en realizar cualquiera de los verbos rectores omitir o retardar hacer la denuncia a la autoridad competente, entonces, además del dolo genérico, querer en general realizar el delito, el específico de querer omitir o retardar la denuncia sobre el hecho del que tiene conocimiento.

Requiere con la implementación del Código Procesal Penal Decreto 51-92, la obligación de declarar se establece a todos aquellos sujetos que en su momento tienen un especial deber de garante, por mandato legal, contractual o funcional, como puede deducirse de las siguientes normas.

Artículo 297. Denuncia. Cualquier persona deberá comunicar, por escrito u oralmente, a la policía, al Ministerio Público o al tribunal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública.

El denunciante deberá ser identificado.

Igualmente, se procederá a recibir la instancia, denuncia o autorización en los casos de los delitos que así lo requieran.

Artículo 298.- Denuncia obligatoria. Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, con excepción de los que requieren instancia, denuncia o autorización para su persecución, y sin demora alguna:

1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto.

2) Quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión u oficio, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, con la excepción especificada en el inciso anterior; y

3) Quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

En todos estos casos la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesgaré la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, descendientes o hermanos o del conviviente de hecho.”

3.2.5 Colusión

El siguiente tipo penal esta regulado de la siguiente forma:

Artículo 458.- Quien, mediante pacto colusorio o empleando cualquier otra forma ilícita, evite la citación o comparecencia a juicio a tercero o provoque resoluciones que perjudiquen los derechos del mismo, será sancionado con prisión de uno a cuatro años y con multa de cinco mil a veinticinco mil quetzales.

En iguales sanciones, además de las accesorias correspondientes, incurrirán los abogados que, a sabiendas, dirijan, patrocinen o realicen las gestiones y solicitudes respectivas. ”El Diccionario de Derecho Usual de Manuel Osorio define la colusión de la siguiente forma: “...La colusión es un pacto o proceder con daño de tercero...”⁷⁸

Los elementos del tipo objetivo esta integrado por un sujeto activo común, en su primer párrafo, y en el segundo es específico que el sujeto activo sea un abogado.

La conducta esta constituido por evitar la citación o comparecencia a juicio o provocar

⁷⁸ Osorio, Manuel , **Diccionario de derecho usual**, Pág. 135, 1981

resoluciones que afecten al procesado para el primer supuesto, y para el caso de los abogados se tipifica una participación en calidad de inductor pues se requiere la dirección, patrocinio o realización de gestiones para esa finalidad.

3.2.6 Perjurio

El nombre del delito, se origina de perjurar: jurar en falso; es con tal connotación que el Código Penal establece:

Artículo 459.- Comete perjurio quien, ante autoridad competente, jurare decir verdad y faltare a ella con malicia.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a un mil quetzales.

Los sujetos de este delito (activos) son quienes estando bajo juramento afirmen una falsedad o nieguen una cosa cierta, faltando con ello a la verdad con malicia. La connotación de malicia, puede establecerse, a falta de una legal jurídicamente: "Situación anímica en que se encuentra el que litiga a sabiendas de su falta de razón o asumiendo actitudes procesales temerarias o conducentes a entorpecer la marcha del litigio"⁷⁹ El elemento interno entonces es la conciencia y la intención de faltar a la verdad en juicio, estando bajo juramento, con ánimo de causar un mal.

3.2.7 Falso testimonio

El Código Penal lo regula de la siguiente forma:

Artículo 460.- Comete falso testimonio, el testigo intérprete, traductor o perito que en su declaración o dictamen ante autoridad competente o notario, afirmare una falsedad, se negare a declarar estando obligado a ello u ocultare la verdad.

⁷⁹ **Ob. Cit.** Pág., 444

El responsable de falso testimonio será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a un mil quetzales”

Comprende la ley bajo esta denominación la violación al deber de declarar con veracidad para los testigos o al dictaminar con veracidad para los peritos intérpretes o traductores.

Sujetos activos de este delito pueden ser solamente los testigos, al prestar declaración en juicio; cualquier clase de juicio, si se trata de un juicio penal y la declaración es contra el procesado, la penalidad aumenta. También los intérpretes, traductores o peritos, el emitir su dictamen.

El hecho material del delito consiste en afirmar una falsedad, negarse a declarar estando obligado a ello u ocultar la verdad. Siempre que se preste un testimonio o se emita un dictamen pericial en juicio. No lo cometen los procesados al prestar declaración, pues no protestan ni juran declarar la verdad (Artículos 81 y 82 del Código Procesal penal). La declaración o dictamen se vierta ante autoridad competente, por ejemplo el juez de la causa, o un notario.

El elemento subjetivo esta conformado por el dolo que es la conciencia y voluntad del sujeto de afirmar una falsedad, u ocultar la verdad, conociéndola.

3.2.8 Presentación de testigos falsos.

El Código Penal establece:

“Artículo 461. Quién, a sabiendas, presentare testigos falsos en asuntos judiciales o administrativos o ante notario, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a un mil quetzales.

Si la presentación la hubiere efectuado sobornando a los falsos testigos, se les impondrá la misma pena que correspondiere a los sobornados.”

La conducta descrita en el delito consiste en presentar testigos falsos en un asunto judicial, administrativo o ante notario. El delito requiere dolo específico: el conocimiento de que los testigos que se presentan son falsos, y la voluntad de presentarlos al asunto judicial o administrativo o ante notario, pese al conocimiento de la falsedad.

3.2.9 Denegación de justicia.

El Código Penal al respecto a este delito señala que:

“Artículo 469.- El juez, el representante del Ministerio Público o el funcionario, autoridad o agente de esta que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y procesamiento de los delincuentes será sancionado con multa de cien a dos mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años.

Con las mismas penas será sancionado el juez que se negare a juzgar, pretextando oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.”

El sujeto activo es de carácter específico solo pueden ser jueces, representantes del Ministerio Público, funcionarios, autoridades o sus agentes. Por ser el tipo penal de omisión la conducta es dejar maliciosamente de promover la persecución y procesamiento de los delincuentes siempre que el hecho constituya una obligación del cargo respectivo. El tipo subjetivo incluye el dolo.

3.2.10 Encubrimiento propio e impropio

El encubrimiento es un delito que se remonta a los inicios del hombre en sociedad. Los Profesores De Mata Vela y De León Velasco exponen sobre este aspecto: “Aunque el encubrimiento es un delito de antiguas raíces pues aparece mencionado en la Ley de las XII Tablas, es la época del Imperio Romano en que el crimen receptatorum evoluciona, abarcando el favorecimiento real y el personal considerándose receptatores o receptores a quienes prestan ayuda e graves delitos contra la propiedad. “Según el autor Kohler, no puede admitirse que los romanos concibiesen el encubrimiento como una participación posterior al delito, entre otras razones porque hubiera carecido de sentido, entonces, la

creación del crimen receptatorum. En el antiguo derecho germánico, también se conoció el favorecimiento y fue castigado en forma severa y en algunos casos con la misma pena que correspondía al autor del delito. Antecedentes del encubrimiento también se encuentran en la edad media. En preceptos del derecho municipal, y es en esta época cuando por influjo del Derecho Italiano se afirma en las doctrinas y en las legislaciones la teoría de que el encubrimiento es una forma de participación criminal⁸⁰, dogmáticamente se puede regular de dos maneras: a) Como forma de participación en el delito y, b) delito autónomo.

a) El encubrimiento como forma de participación:

En el Código Penal de 1936 (Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala), el encubrimiento se reguló como una tercera forma de participación, junto con la autoría y la complicidad. El Artículo 32 del mismo indicaba:

“Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración del delito o de los actos ejecutados para llevarlos a cabo sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1º. Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para se aprovechen de los efectos del delito.

2º. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

3º. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. La de intervenir, abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

2. “Ser el delincuente reo de traición, delito contra las instituciones sociales, parricidio,

⁸⁰ **Ob. Cit.** Págs. 758 y 759.

asesinato o cuando fuere conocido como multireincidente”.⁸¹

b) El encubrimiento como delito autónomo.

Un criterio mas aceptado es el de considerar al encubrimiento como un delito autónomo y no como una forma de participación, esta era la postura que guardaba nuestro Código Penal al regular este tipo penal tanto en su modalidad propia como impropia, o como lo regula la Ley Contra la Narcoactividad, encubrimiento Real o Personal, tal como a continuación se transcriben:

Encubrimiento propio

Artículo 474.- Es responsable de encubrimiento propio quien sin concierto, connivencia o acuerdo previo con los autores o cómplices del delito pero con conocimiento de su perpetración, interviniere con posterioridad, ejecutando alguno de los siguientes hechos:

1°. Ocultar al delincuente o facilitar su fuga

2°. Negar a la autoridad sin motivo justificado, la entrega de un sindicado, perseguido o delincuente que se encuentre en la residencia o morada de la persona requerida.

3°. Ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la pesquisa de ésta.

4o. Recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar, en cualquier forma, objetos, efectos, instrumentos, pruebas o rastros del delito.

Los responsables del delito de encubrimiento serán sancionados con prisión de dos meses a tres años.

⁸¹ Ibid. Pág. 8

Encubrimiento impropio

Artículo 475.- Es responsable del delito de encubrimiento impropio quien:

1°. Habitualmente albergare, ocultare o protegiere delincuentes o, en cualquier forma, ocultare armas o efectos de delito, aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo.

2°. Debiendo presumir, de acuerdo con las circunstancias la comisión del delito, realizare cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo anterior.

Al responsable del delito a que se refiere el inciso primero de este artículo, se le sancionará con prisión de dos a cuatro años.

Al responsable del delito a que se refiere el inciso segundo de este artículo, se le sancionará con multa de cincuenta a un mil quetzales.

Si el responsable tuviere negocio de los objetos de los objetos que se trate o realizare actividades de tráfico habitual con los mismas, ya sean nuevos o usados, la sanción será de seis meses a dos años y multa de cien a dos mil quetzales.

Exención de pena

Artículo 476.- Están exentos de pena, quienes hubieren cometido delitos de encubrimiento en favor de pariente dentro de los grados de ley, cónyuge concubinario o persona unida de hecho, salvo que se haya aprovechado o ayudado al delincuente o aprovecharse de los efectos del delito.”

El sujeto activo es común, o sea cualquier persona, que en el caso del encubrimiento propio, oculte o ayude a un delincuente sin conocimiento previo, lo ayude a eludir la acción de la justicia recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar, en cualquier forma, objetos, efectos. Instrumentos, pruebas o rastros del delito, o en el supuesto del impropio que con ánimo de lucro habitualmente realice las conductas

descritas en el Artículo 475 del Código Penal. Ambos delitos son dolosos.

En el Artículo 476 del citado cuerpo legal, se establece una excusa absoluta para las personas que cometan este tipo de acciones a favor de su cónyuge, concubinario, persona unida de hecho o pariente dentro de los grados de ley. El parentesco en Guatemala comprende el cuarto grado de consanguinidad en línea recta o colateral y el segundo grado cuando se trata de parientes por afinidad, de acuerdo a lo preceptuado por el Código Civil en los siguientes artículos:

Artículo 190. La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.

Artículo 191. Parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

.

Grado

Artículo 193. El parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado.

Artículo 196. En la línea recta, sea ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común.

3.3 La Delincuencia Organizada

Como se ha visto anteriormente, en nuestro país si bien se contemplan varios delitos contra el bien jurídico Administración de Justicia, la figura de Obstrucción a al Justicia es nueva en el ordenamiento penal. Dicha figura es implementada por la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

En ese sentido y previo a abordar el análisis del tipo penal objeto del presente trabajo, es conveniente hacer unas consideraciones en torno a los antecedentes jurídicos y las razones

de implementación de esta ley especial, muy resumidamente su contenido, para finalizar con el comentario del tipo penal de Obstrucción a la Justicia.

3.4 Marco jurídico internacional

A partir de la creación de la Organización de Naciones Unidas al final de la Segunda Guerra Mundial esta entidad ha implementado una serie de convenciones, protocolos, programas y entidades para combatir todos aquellos riesgos a los seres humanos, y asegurar su existencia digna. Si bien en esta época de los años cincuenta en adelante, siguió dándose la explotación sexual, se inició con el problema de las drogas, etc. sus alcances eran locales o podían implicar cierto movimiento entre países pero con alcances de bajo perfil.

La conclusión de la Guerra Fría con la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas URSS, tuvo un enorme efecto en el auge de la delincuencia transnacional. Con el fin de la confrontación de las superpotencias disminuyó la posibilidad de un conflicto de gran envergadura, pero desde finales del decenio de 1980 se ha registrado un aumento fenomenal del número de conflictos regionales, especialmente en Asia y África.

Es razonable suponer que las armas y los hombres que mantienen vivos estos conflictos estén vinculados a la delincuencia transnacional, a través del comercio ilícito de drogas, diamantes y personas.

“Estos conflictos, a su vez, han generado un número sin precedentes de refugiados y han perjudicado a las economías legítimas de sus regiones, que se han convertido en terreno fértil de reclutamiento de terroristas o refugio para la planificación de actos de terrorismo y el adiestramiento de terroristas”⁸².

Para un mejor entendimiento de la Ley Contra la Delincuencia Organizada en nuestro país se hace necesario entonces, conocer aunque sea elementalmente aquellos documentos que se han emitido entorno a los delitos que contempla la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, siendo esto de acuerdo a cada actividad delictiva:

⁸² Avilés Juan, **Análisis Nº 79**, Pág. 1, 2005

a) Narcoactividad

Anteriormente a la Convención de la Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada en materia de lucha contra las drogas la Organización de Naciones Unidas había aprobado los siguientes instrumentos internacionales: a) la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961; la cual fue modificada por el Protocolo de 1972; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, obedeciendo las variaciones a las distintas sustancias que se fueron agregando a la lista de productos por parte de los narcotraficantes. La última de las convenciones citadas se le denomina Convención de Viena, es uno de los instrumentos que mas efectividad tuvo par el combate de este fenómeno delictivo, incluyendo incluso la implementación del método especial de averiguación de la entrega.

b) Tráfico de armas

Para aclarar la trascendencia de este tipo de delitos encontramos que en un primer momento el derecho a poder adquirir este tipo de objetos, así la Carta de las Naciones Unidas en el Artículo 51 reconoce el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, de la que entraña que los Estados también tienen derecho a adquirir armas para defenderse, así como el derecho de libre determinación de todos los pueblos, en particular de los pueblos sometidos a ocupación colonial o a otras formas de ocupación o dominación extranjera o foránea, y la importancia de la realización efectiva de ese derecho.

El problema se da cuando en el campo de los conflictos internos existe un verdadero paraíso para la compra de armas sin ningún control que de una u otra forma se trasladan a los territorios que no estando en guerra y son usadas por la delincuencia común u organizada sin control alguno. Ejemplo de eso lo encontramos en los conflictos belicosos de la región centroamericana y el nivel de armas no legalizadas que existen. “Por ello la Organización de Naciones Unidas emitió el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos

de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”.⁸³

c) Lavado de dinero

El antecedente previo emitido por las Naciones Unidas en materia de Lavado de Dinero lo constituye la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, la cual regula la obligación de sancionar como delito tal actividad, de conformidad con el artículo 3, inciso 1, literal a, punto i, de dicho instrumento. Todavía no se ha formulado el Protocolo correspondiente como complemento de la Convención Contra la Delincuencia Organizada.

Debe mencionarse que “Guatemala conjuntamente con las naciones centroamericanas y Panamá suscribieron el 11 de junio de 1997 el convenio centroamericano para la prevención y represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, mismo que fue aprobado por el Honorable Congreso de la República de Guatemala, mediante Decreto número 73-2000, fue ratificado por el señor Presidente de la República el 23 de julio de 2002, el Instrumento de Ratificación fue depositado en la Secretaría General del Sistema de Integración Centroamericana el 26 de febrero de 2003 y de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del mencionado Convenio, este entró en vigor para la República de Guatemala el 26 de febrero de 2003”.⁸⁴

d) Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es el antecedente previo a la de Delincuencia Organizada donde se aborda el tema de la lucha contra la corrupción, a nivel regional la Organización de Estados Americanos emitió por su parte la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁸³Jáuregui, Hugo, **Material de apoyo para la asignatura de la Ley Contra la Delincuencia Organizada**, Pàg.3, 2007

⁸⁴ Jáuregui Hugo, **Óp. Cit.** Pàg.5

e) El tráfico de migrantes

“El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se encuentra inmerso dentro de la misma convención”.⁸⁵

f) La trata de personas.

En este particular tipo delictivo, que ha tenido un desarrollo conceptual de conformidad con la detección del tipo de actividad ilícita que se ha dado en la realidad social, la Organización de Naciones Unidas, e incluso antes de su existencia se han emitido una serie de Instrumentos para combatir este flagelo, en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, que entrará en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el Artículo 24, se enuncia “Considerando que, con respecto a la represión de la trata de mujeres y niños, están en vigor los siguientes instrumentos internacionales:

1) Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

2) Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el precitado Protocolo.

3) Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947.

4) Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el precitado Protocolo...”

⁸⁵ Ibíd. Pág. 5

El Protocolo en mención cambia totalmente el concepto de trata de personas pues la ha definido como: “La captación, transporte, traslado, acogida o recepción. Recurriendo a la amenaza uso de fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”.....“Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

Saliendo totalmente de la concepción limitativa de la explotación sexual, nuestro país a este respecto modificó el Artículo 194 del Código Penal mediante el artículo 1 del decreto 14-2005 del Congreso de la República y entró en vigencia el 4 de marzo de 2005. Con la reforma el artículo 194 comprende:

Artículo 194. Trata de personas. Quien en cualquier forma promueva, induzca, facilite, financie, colabore o participe en la captación, transporte, traslado, acogida, o recepción de una o mas personas recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, al plagio o secuestro, o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión y recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación, prostitución, pornografía o cualquier otra forma de explotación sexual, será sancionado con pena de seis a doce años de prisión.

En igual pena incurrirá quien, valiéndose de las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, someta a otra persona a mendicidad, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o prácticas análogas a esta.

El consentimiento dado por la víctima de trata de personas o su representante legal cuando se trate de menor de edad, a toda forma de explotación descrita, no se tendrá en cuenta como atenuante.

Cuando la víctima sea mayor de edad se cometerá este delito aunque no se recurra a cualquiera de los medios enunciados en el párrafo de este artículo.

Si en el hecho descrito la víctima resultare con lesiones, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes, en caso de fallecimiento de la víctima se aplicará la pena que corresponda.

g) El terrorismo

En esta materia se ha regulado por la Organización de Naciones Unidas.

g.1 Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves”, (1963)

Se le denomina también, Convenio de Tokio. Se aplica a los actos que afecten a la seguridad durante el vuelo; Autoriza al comandante de la aeronave a imponer medidas razonables, de carácter coercitivo, contra toda persona que le dé motivos para creer que ha cometido o está a punto de cometer un acto de esa índole, siempre que sea necesario para proteger la seguridad de la aeronave; y exige que las partes contratantes asuman la custodia de los infractores y devuelvan el control de la aeronave a su legítimo comandante.

g.2 Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, (1970).

Se le conoce con el nombre de “Convenio de La Haya”, Considera delito que una persona que esté a bordo de una aeronave en vuelo “ilícitamente, mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, o cualquier forma de intimidación, se apodere de la nave o ejerza control sobre ella” o intente hacerlo.

Exige que las partes en el convenio castiguen los secuestros de aeronaves con penas severas; que las partes que hayan detenido a infractores extraditen al infractor o lo hagan comparecer ante la justicia; y obliga a las partes que se presten asistencia mutua en los procedimientos penales incoados con arreglo al convenio.

g.3 Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971).

Conocido como “Convenio de Montreal” se refiere a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo.

g.4 Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. (1973).

g.5 Convención internacional contra la toma de rehenes (1979).

g.6 Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (1980).

g.7 Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988).

g.8 Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. (1988).

g.9 Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. (1988).

g.10 Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. (1991).

g.11 Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. (1997).

g. 12 Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. (1999)

Insta a las partes a que adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas;

Compromete a los Estados a exigir responsabilidad penal, civil o administrativa por esos actos a quienes financien el terrorismo;

Prevé la identificación, congelación y confiscación de los fondos asignados para actividades terroristas, así como la distribución de esos fondos entre los Estados afectados, en función de cada caso. El secreto bancario dejará de ser una justificación para negarse a cooperar.

En Guatemala se crea en la ley para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo, mediante el Decreto 58-2005 del Congreso de la República, que entró en vigencia el 5 de octubre de 2005.

g.13 Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. (2005).

Contempla una amplia gama de actos y posibles objetivos, incluidas las centrales y los reactores nucleares; regula la amenaza y la tentativa de cometer dichos delitos o de participar en ellos, en calidad de cómplice. Establece que los responsables deberán ser enjuiciados o extraditados.

h) La Ley Contra la Delincuencia Organizada,

Fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el diecinueve de julio de dos mil seis, por medio del Decreto Legislativo 21-06 el cual entro en vigencia el veinticinco de agosto de ese mismo año. Dicha Convención contiene además tres protocolos, uno para el tráfico de migrantes, otro para la trata de personas y el tercero relativo a la fabricación y comercialización de armas y/o municiones.

3.5 La Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el diecinueve de julio de dos mil seis, por medio del Decreto Legislativo 21-06 el cual entro en vigencia el veinticinco de agosto de ese mismo año. Esta norma que contiene aspectos sustantivos y procesales se estructura de la siguiente forma:

- I. Disposiciones Generales
- II. Reglas Generales de la investigación
- III. Métodos Especiales
- IV. Medidas Precautorias
- V. Derecho Penal Premial
- VI. Medios de Impugnación
- VII. Disposiciones finales

a. Disposiciones generales

En esta parte la ley define todo lo relativo a los aspectos sustantivos del derecho penal que implican, el objeto, lo que debe entenderse por delincuencia organizada, los delitos que son cometidos por está y a los cuales se les podrá aplicar los métodos especiales de averiguación que contiene, y finalmente un catalogo nuevo de delitos dentro del cual esta el que motiva esta tesis como lo es el de Obstrucción a la Justicia.

El objetivo principal de la Ley Contra la Delincuencia Organizada radica en determinar aquellos delitos que pueden atribuirse a las organizaciones criminales, los métodos que se pueden implementar para perseguir a dichas organizaciones, con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.

La ley al definir que se entiende por un grupo de delincuencia organizada indica:

1. Cualquier grupo estructurado de tres o más personas;
2. Exista durante cierto tiempo;
3. Actuación concertada;
4. Con el propósito de efectuar delitos específicos;
5. Con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.

Los delitos contenidos en la ley, son:

1) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad:

Tránsito internacional;

Siembra y cultivo;

Fabricación o transformación;

Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito;

Transacciones e inversiones ilícitas;

Promoción y fomento;

Facilitación de medios;

Alteración;

Expendio ilícito;

Receta o suministro;

Transacciones e inversiones ilícitas;

Facilitación de medios;

Asociaciones delictivas y

Procuración de impunidad o evasión.

2) De los contenidos en la ley contra lavado de dinero y otros activos:

Lavado de dinero y otros activos.

3) De los contenidos en la Ley de Migración:

Ingreso ilegal de personas;

Tránsito ilegal de personas; y,

Transporte de ilegales.

4) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo:

Financiamiento del terrorismo y

Trasiego de dinero.

5) De los contenidos en el Código penal:

Peculado;

Malversación;

Concusión;

Fraude;

Colusión;

Prevaricato;

Evasión;

Cooperación en la evasión;

Evasión culposa;

Asesinato;

Plagio o secuestro;

Hurto agravado;

Robo agravado;

Estafa;

Trata de personas;

Terrorismo;

Intermediación financiera;

Quiebra fraudulenta;

Fabricación de moneda falsa;

Alteración de moneda;

Introducción de moneda falsa o alterada.

6) De los contenidos en la Ley contra la Defraudación Aduanera:

Contrabando aduanero y

Defraudación aduanera.

7) De los contenidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada:

Conspiración;

Asociación ilícita;

Asociación ilegal de gente armada;

Entrenamiento para actividades ilícitas;

Uso ilegal de uniformes o insignias;

Obstrucción de justicia;

Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;

Exacciones intimidatorias;

Obstrucción extorsiva de tránsito;

Responsabilidad de funcionarios o empleados públicos.

Siempre en materia sustantiva esta ley, contrario a otras leyes especiales que la misma incluye, no incursiona en aspectos generales de la ley penal, como formas de participación o concursos, sino simplemente se limita a definir algunas circunstancias modificativas de responsabilidad penal y casos donde se aplica además una pena accesoria; estas contenidas en su capítulo cuarto.

Dos aspectos pueden criticarse en cuanto al catálogo de delitos que finalmente el legislador decidió dejar dentro del concepto de crimen organizado. El primero es el evidente error de incluir en el listado un delito de orden culposos, como lo es la evasión culposa. La propia ley incluye como uno de los elementos propios de la definición de crimen organizado, que dos o

más personas se concierten para cometer alguno de los delitos que luego detalla, en tal sentido, es excluible de la aplicabilidad de la ley, per se, los delitos culposos.

El segundo aspecto que puede criticarse es que no se hayan incluido, además del delito de asesinato, otros delitos que atentan contra el mismo bien jurídico, tal el caso de las ejecuciones extrajudiciales, y otros que atentan contra bienes jurídicos fundamentales de las personas y cuya comisión en Guatemala se registran como uno de los aspectos más degradantes de su historia, entre ellos: la tortura, la desaparición forzada y el genocidio.

a.1 Autoría y participación

Con respecto a la importancia de la autoría y la participación el profesor español Francisco Muñoz Conde nos indica que: “Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación. La distinción entre una y otra categoría se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina la teoría del dominio del hecho, según la cual, el autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.”⁸⁶ En este sentido la distinción entre una y otra categoría no implica una menor o mayor penalidad, pues algunas legislaciones como la nuestra han elevado las categorías de inducción y cooperación necesaria al mismo nivel de sanción del autor en sentido estricto, tal y como se refleja en el Artículo 36 del Código Penal. En este tema el Dr. Alejandro Rodríguez quien manifiesta: “Ahora bien, es necesario advertir que el Artículo 36 del Código Penal recoge formas de participación, que extienden la punibilidad hacia personas que no realizan el tipo pero que han contribuido en la realización de la acción típica del autor. No obstante, esto no significa acoger una postura unitaria. En estos casos el legislador ha considerado que por la importancia de la aportación en la realización del hecho ilícito (desvalor de acción) ciertos partícipes (los inductores y los cooperadores necesarios) deben ser castigados con la pena

⁸⁶ Muñoz Conde, Francisco, **Autoría y participación**, Pág. 1, (s.f.)

del autor y, por eso, los equipara a la categoría de autores, aún cuando antológicamente tienen el carácter de partícipes y legalmente su hecho está en relación de accesoriedad con el hecho del autor”.⁸⁷ En la misma línea el profesor peruano José Hurtado del Pozo indica: “El autor propiamente dicho no "toma parte en la ejecución" del hecho punible, sino que lo ejecuta completamente, con o sin la ayuda de terceros (partícipes stricto sensu). Es decir, que realiza el "todo" (hecho punible) y no sólo una "parte". En Alemania Federal, se ha consagrado legislativamente esta noción de autor. (...) estatuye que será castigado como autor quien cometa, personalmente, el hecho punible. De allí que los juristas germanos afirmen que autor es, en primer lugar, quien actúa típicamente de manera completa. Para ellos esta noción formal - objetiva es el punto de partida. Desde esta perspectiva, es fácil comprender que en el Artículo 36 no se dice quiénes son autores, sino cuál de los partícipes (lato sensu) debe ser reprimido de la misma manera que los autores. Es decir, conforme a las penas previstas para quienes ejecutan la acción descrita en el tipo legal.”⁸⁸

Si bien en cuanto a la punibilidad resulta indiferente en nuestra legislación si es autor o inductor, la más importante consecuencia de la distinción dogmática entre autor y partícipe es que la punibilidad del partícipe, aunque sea la misma que la del autor, depende o es accesoria de la del autor, que es la figura en torno al cual gira la configuración del tipo delictivo. En ese sentido no podría existir una condena contra un inductor, si se absuelve al autor directo, ejecutor material del hecho que fue inducido. La responsabilidad es accesoria y si no existe la principal, del autor no pueden sancionarse estas.

Por ello, esta distinción se hace más difícil de realizar e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no por varias personas cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno y por otros miembros del grupo se ha diseñado un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no se plantea sólo la necesidad de castigar a todos los miembros del grupo por su pertenencia al mismo, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacer responsables a los miembros de esos grupos que no intervienen

⁸⁷ **Ob. Cit.** Pág. 22

⁸⁸ Hurtado del Pozo, José, **Manual de derecho penal guatemalteco**, Pág. 185

directamente en la ejecución de los delitos concretos que sólo llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican asumen el control o dirección de su realización. Esta es la cuestión que casi siempre se plantea a la hora de resolver problemas de autoría y participación por los hechos concretos realizados por organizaciones criminales tales como las dedicadas a la trata de personas, el narcotráfico o el lavado de dinero u otros activos, que son los grandes males que aquejan a las sociedades modernas y concretamente, a nuestro país.

Tal como destaca Roxin, al abordar este tema, “la posibilidad de considerar autor a quien no ha ejecutado el hecho por sí mismo, ha sido una de las cuestiones más discutidas en relación a la autoría y la participación. Los partidarios acérrimos de la teoría del domino del hecho lo han considerado como casos de “autoría impropia”, y quienes por otra parte, comulgan con criterios extensivos de autoría, no han tenido problema para incorporarlo, pero el precio ha sido, la nivelación de todas las formas de participación”.⁸⁹

En principio, actualmente, se ha aceptado que en aquellos casos en que el ejecutor actúa por error o coacción, el “hombre de atrás” que tiene el domino del hecho, concebido como dominio de la voluntad, es el autor mediato, y no genera mayores problemas en los casos, en que el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, en virtud de la situación creada por aquél sujeto.

El problema se plantea cuando, el ejecutor, no es un instrumento ciego, ni actúa en ninguna de las dos circunstancias planteadas en relación a la autoría mediata, error o coacción, sino que reúne las condiciones para ser autor, y responsable de su acto, como sucedería en los casos de las organizaciones delictivas organizadas en donde existen sujetos que forman estructuras con un fin ilícito común en forma permanente.

“Este problema se analiza más profundamente a partir del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad con posterioridad a la segunda guerra mundial. Específicamente, el caso Eichmann, y Staschynski, que pusieron en evidencia una modalidad de actuar delictivo, a

⁸⁹ Roxin, Claus; Mir Puig, Santiago y otros. **Autoría y participación criminal, serie justicia y derechos humanos**, Fundación Myrna Mack, Pág. 2

través de una forma de dominio de la voluntad, propio de la autoría mediata, que no había sido considerada con anterioridad”.⁹⁰

Roxin, “al analizar tales situaciones, fundamentalmente en el caso Eichman, dice que las formas tradicionales a partir de las cuales se construye el concepto de “dominio del hecho o dominio de la voluntad”, no eran adecuadas para el juzgamiento de este tipo de delitos”.⁹¹

La defensa de Eichmman, “es quien esgrime los argumentos, que luego fueron utilizados para fundamentar la “teoría del dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder “. El abogado señaló que si su defendido se hubiera negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de judíos, por lo cuál no hubiera tenido ninguna trascendencia para las víctimas, la maquinaria de impartir órdenes hubiera seguido funcionando. Así pretendió explicar que tales crímenes no eran delitos individuales, y que el sacrificio humano que hubiera significado negarse a actuar hubiera carecido de sentido, ya que el “todopoderoso colectivo” hubiera seguido actuando, por lo tanto consideró que no fueron crimines atribuibles a un individuo sino que el propio Estado es el autor”.⁹²

Este razonamiento no fue suficiente para sostener que el mencionado acusado, no era autor de los actos que ejecutó directamente, pero si expresaron las circunstancias reales en las que se desarrollaron tales crímenes, y la especial significación de la actuación de “el hombre de atrás” para lo cuál la inducción no alcanzaba para abarcar esa intervención. Si se pretendiera explicar la autoría mediata de quienes daban las órdenes de exterminio de los judíos, a través de la coacción o el error del ejecutor ello no hubiera sido posible. El apelar a categorías comunes sin tener en cuenta la praxis concreta del delito, no resuelve el problema, y oscurece la solución dogmática. En los crímenes mencionados, la intervención del hombre de atrás no se agota en dar la orden, y es indiferente para ese hecho que el ejecutor la acate, o no. “Los partidarios de las teorías subjetivas, pretendieron

⁹⁰ Ibid. pág. 3.

⁹¹ Roxin. **Autoría y dominio del hecho en el derecho penal**, Pág. 271, 2000

⁹² Roxin, Claus, **Ob. Cit.** Pág. 273

resolver el tema apelando al “animus autoris”⁹³ que se caracteriza por un interés relevante en el éxito del delito, pero ello no ayuda a distinguir la autoría mediata de la inducción, ya que en este último supuesto, también está presente el ánimo relevante, pero además esta solución estaría planteada fuera de la estructura del dominio del hecho. No sería coherente utilizar distintas teorías, para distintos supuestos, dado que ello rompería la armonía teórica de la solución, en desmedro de la seguridad jurídica que debe ser la consecuencia de la interpretación dogmática de la ley.

Roxin sostuvo,⁹⁴ “que el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales situaciones, se presenta como una tercera alternativa de autoría mediata, y reside pues en la fungibilidad del ejecutor”.

La estructura de esta forma de dominio, y su relación con las otras dos formas básicas, se logra a partir de una abstracción de tipos ideales desde una pluralidad de sucesos reales. Para que alguien pueda guiar un proceso, llevado a cabo por otro, sin intervenir directamente, cabe pensar solo en tres formas: forzando al agente (coacción), en cuyo caso podría operar una eximente por miedo invencible (Artículo 25 inciso 2º), o bien utilizándolo con instrumento ciego (error), o cuando como en estos casos, el que interviene directamente es cambiante a voluntad de quien da las órdenes, por ello la denominación fungible.

Este es el único supuesto de autoría mediata, en el cuál hay dos autores, el mediato, que domina la voluntad, porque da la orden pero a su vez es el señor de la ejecución, dado que si el ejecutor no lo hace, lo reemplaza por otro, porque dispone de un aparato de poder organizado que maneja para realizar el hecho (o los hechos) ordenados. Sin embargo, el ejecutor directo no carece ni de libertad ni de responsabilidad, y habrá de responder como autor culpable de propia mano, ya que esas circunstancias son irrelevantes para el sujeto de atrás, que desde su perspectiva visualiza al ejecutor como una figura anónima y sustituible.

⁹³ Ibid. Pág. 274

⁹⁴ Ibid. Pág. 274

Volviendo al caso Eichmann, recuerda Roxin “Que el Tribunal de Jerusalén tuvo en cuenta que aquél, no era solo ejecutor en algunos hechos, sino que daba órdenes en otros, y que la responsabilidad aumenta, en la medida que la persona se aleja de la ejecución concreta, ya que con la lejanía adquiere mayor poder para manejar la maquinaria asesina”⁹⁵.

La estructura del dominio de la organización, como aparato de poder organizado, sólo puede existir allí donde ese poder se encuentra en su totalidad, fuera del margen de la ley. De lo contrario, solo se estaría en presencia de iniciativas particulares en las cuales, la fungibilidad de los ejecutores, e incluso de los autores mediatos, no estaría tan clara, y el propio aparato estatal, podría tener recursos legales para evitar la ejecución. De tal manera el dominio a través del aparato, presentaría fracturas de resistencia, que aunque no se presenten en un caso concreto, impediría considerar como regla general, al hombre de atrás en poder del dominio de la voluntad de tal magnitud como para considerarlo autor mediato.

Roxin expone “dos modalidades típicas, la actuación de quienes ostentan el poder de una maquinaria organizada al margen de la ley”⁹⁶.

1) En casos en que se utiliza el aparato del Estado, y están suspendidas las garantías del Estado de Derecho, o las garantías constitucionales.

2) La segunda forma de autoría mediata dentro de este grupo, se presentaría en los hechos que se cometen en el marco de organizaciones clandestinas, secretas, bandas criminales, etc., para lo cuál se requiere, no sólo que sea una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también que el fin de toda la organización en su conjunto sea contraria al ordenamiento jurídico estatal y vulnere las normas penales positivas.

La primera alternativa opera en aparatos de poder incrustados aún dentro de la estructura normal del Estado, tal el caso de sus cuerpos armados, pero que al alejarse de su mandato

⁹⁵ Roxin. Claus; Mir Puig, Santiago y otros. **Ob. Cit.** Pág. 9

⁹⁶ Ibid. Pág. 276

legalmente establecido, vulneran y quebrantan las garantías del Estado de Derecho, por lo que se constituyen en organizaciones criminales con una finalidad concreta: cometer determinados delitos.

La segunda alternativa, que menciona el autor de la tesis, es la de las organizaciones clandestinas o secretas, es decir las organizaciones criminales fuera de las estructuras del Estado pero con incrustaciones dentro del mismo. Otro ejemplo admisible sería el de las organizaciones delictivas o económicas de gran magnitud, también vinculadas o infiltradas en los Estados, o interestatales, en las cuales se pueden reunir las características requeridas para la modalidad.

El “aparato de poder organizado”, con las características que le atribuye Roxin, sólo puede ser el Estado, u organizaciones Delictivas estatales o transnacionales, capaces de disponer recursos de los Estados, o con estrecha vinculación con la organización estatal, de lo contrario, no se presenta el grado de fungibilidad de los ejecutores directos, que sólo pueden visualizarse como engranajes de una maquinaria “dominada” por el hombre de atrás, o por el “hombre de arriba “ como han destacado otras opiniones.

Roxin aclara: que “no se trata de la creación de una doctrina ad-hoc, ni un “derecho de excepción para delitos muy reprobables”, y que es difícil armonizarlos con las formas tradicionales de la autoría, sino que “domino del hecho” es un concepto abierto, y sólo a través de él se puede dar cuenta de las distintas formas de autoría que suelen aparecer en la realidad”⁹⁷.

Todos los conceptos jurídicos adquieren un grado de abstracción y generalización, pero en realidad han surgido de la tarea dogmática de describir situaciones que ocurren en la praxis delictiva, lo cuál no los convierte en construcciones ad-hoc, sino en la necesidad de interpretar la situación concreta.

Para algunos autores esta teoría no es aplicable a las organizaciones delictivas pues no existe en ellas la Jerarquía como elemento base la fungibilidad que requiere la tesis de

⁹⁷ Roxin, Claus; Santiago Mir Puig, y otros. **Ob. Cit.** Pág. 11

Roxin⁹⁸. En este sentido la jurisperita Matilde Bruera expone: “Sin embargo, a pesar de que “dominio del hecho “ es un criterio flexible, que permite describir situaciones que no pueden plantearse taxativamente, también es cierto que no es posible por razones constitucionales admitir un concepto abierto de autoría, sino un criterio abierto en cuanto admite interpretar situaciones distintas de “dominio del hecho”, pero ello no puede hacerse extensivamente, e imputar autoría a quien es sólo un inductor coautor o partícipe, porque esto nos llevaría nuevamente a instalar una teoría unitaria de autor. Toda asociación de personas , adquiere un grado de organización y jerarquización, y siempre hay quien dirige , quien cumple órdenes , y un grado de fungibilidad de los actores dado que se asocian , justamente para actuar colectiva y organizadamente y permitir el recambio de personas , pero ello no es un “aparato de poder “ que pueda reunir las características exigibles para el tercer supuesto de autoría mediata., sino más bien, se dan supuestos de división funcional de tareas, en las que por supuesto, las personas serán más o menos fungible, según las dimensiones de la organización.

El propio autor, al proponer este supuesto, termina reconociendo que en tales agrupaciones intraestatales hay que ser sumamente cauteloso al estimar el dominio de la organización , pues la sola reunión de varias personas para cometer delitos, incluso aunque designen un cabecilla, no se constituye como “aparato de poder” dado que la comunidad se basa en relaciones individuales y recíprocas, entre los intervinientes, y no tiene esa existencia independiente del cambio de miembros que presupone el dominio de la voluntad. La pretensión de extender la autoría mediata, siempre que se actúa dentro de una organización, se ha utilizado en los últimos años, fundamentalmente en la llamada “delincuencia económica”, y creo que en este aspecto, también deberá analizarse con mucha cautela, aunque los códigos penales más modernos, admiten distintas formas de autoría a partir de considerar que el grado de organización social que hoy hemos alcanzado incluye la intervención individual y colectiva.

En el mismo sentido se pronuncia el maestro español Francisco Muñoz Conde al expresar: “Para Roxin, la clave que sirve para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la

⁹⁸ Roxin, **Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder**, Pág.23 y ss.

fungibilidad de los mismos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que da las órdenes. Se trata, pues, de meros ejecutores anónimos que si por cualquier motivo no quieren o no pueden realizar en el caso concreto el hecho que se les ordena, pueden ser sustituidos por otros, sin que por eso fracase el resultado final, que dominan otros, sean Eichmann, Iltre, Vitela, o el Sr. X de cualquier otro aparato de poder estatal o paraestatal.

b) Pero la tesis de Roxin que parece, en principio, perfectamente aplicable a estos casos de criminalidad cometida sirviéndose de aparatos de poder estatal organizado, que están en su origen, ya no es tan convincente cuando se trata de aplicarla a otros casos de criminalidad organizada que se desarrollan en organizaciones criminales ilegales no estatales y no tan estrechamente basadas en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina tan característicos del régimen nazi y de otros Estados totalitarios, como el régimen estalinista, o las dictaduras militares de Vitela y Pinochet en los países del Cono Sur americano. Ciertamente, como ya advertía el mismo Roxin en 1963, la tesis de la autoría mediata puede ser también aplicable a los delitos que se cometen "en el ámbito de los movimiento clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes", pero las características tan peculiares del funcionamiento de los aparatos de poder de los Estados totalitarios no suelen darse tan nítidamente en este otro tipo de organizaciones criminales, y entonces parece necesario buscar otras formas de imputación que se adapten mejor a las peculiaridades de estos grupos criminales.

Desde luego, se puede decir que algunos grupos terroristas funcionan como un verdadero ejército, y que también en ellos existen sus "hombres de atrás" y sus ejecutores, meros instrumentos anónimos intercambiables y sustituibles por otros. También la Mafia siciliana, con sus leyes de la "omertá", o los "yakuza" japoneses, con sus códigos secretos, constituyen grupos muy jerarquizados y con características parecidas al más disciplinado ejército o servicio secreto estatal. Pero las semejanzas no van mucho más lejos. Por lo pronto, su carácter marginal e ilegal hace que sus miembros tengan entre sí una relación personal mucho más estrecha que la que se da entre los miembros de los aparatos de poder estatales. Es verdad, que las decisiones se toman por unos pocos, en la cúpula, pero también son unos pocos los que pueden llevarlas a cabo y generalmente estos pocos están en relación directa y personal con los que dan las órdenes o planifican los hechos y en cuya ejecución directa no intervienen. Incluso sus formas de vida marginal en auténticos

"ghettos", viviendas compartidas, etc., dificulta que fuera del círculo reducido de los que pertenecen al grupo, haya muchas personas más dispuestas a realizar el delito y a sustituir al que en principio estaba destinado a realizarlo. Sin descartar que la teoría de Roxin, como indica su más reciente expositor, Kai Ambos (6), pueda ser también aplicable a estas otras formas de criminalidad organizada, no cabe descartar que también otras clases de autoría, e incluso de participación, puedan adaptarse mejor a manifestaciones de criminalidad organizada de carácter paraestatal, mafiosas o terroristas, o simplemente de delincuencia común más tradicional como las bandas de atracadores, carteles de narcotraficantes, lavado de dinero etc."⁹⁹

Y en igual forma otros autores expresan que aunque pueda existir algunas limitaciones: "El dominio por organización tiene como presupuesto la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles. Como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La desvinculación del derecho de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización"¹⁰⁰.

a.2 Nuevos tipos delictivos

1. Conspiración;
2. Asociación ilícita;
3. Asociación ilegal de gente armada;
4. Entrenamiento para actividades ilícitas;
5. Uso ilegal de uniformes e insignias;
6. Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;

⁹⁹ Roxin, **Teoría general del delito**, Pág. 203

¹⁰⁰ Kai Ambos, **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**, Pág. 49

7. Obstrucción de justicia;
8. Exacciones intimidatorias;
9. Obstrucción extorsiva de tránsito.

Por la brevedad del trabajo solo comentaremos levemente los que más problemática implican.

2. Conspiración

Generalmente, la doctrina y la legislación reconocen la impunidad de los actos preparatorios. En el Código Penal guatemalteco se establece que dichas conductas de mera concertación o expresión del deseo criminal solo son punibles excepcionalmente cuando la ley las tipifique expresamente (Artículo 17).

El Código Penal penaliza este tipo de conductas elevados a la condición de delitos sui generis en aquellos casos que afectan al Estado, en su integridad como por ejemplo. Tenencia de instrumentos de falsificación (Artículo 333), La "proposición y la conspiración para cometer el delito de rebelión", (Artículo 386); El concierto con fines de guerra (Artículo 362).

Podemos concluir entonces que ese mismo sentido, con el justificativo de la alta peligrosidad que representan para la sociedad los actos que realizan los grupos de delincuencia organizada, es que en la misma convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada se estableció:

Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado: Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un

acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado...”

El delito queda consumado con los actos de conspiración, no requiere que dichos actos se realicen de tal suerte que con demostrar la posible concertación de los partícipes para la planeación de un hecho delictivo, se tiene la posibilidad legal de detenerlos antes que lo ejecuten. Posibilidad esencial cuando se trata de organizaciones terroristas, de narcotráfico, lavado de dinero, etc.

Otro de los errores al momento de formular la ley que se analiza, es el de que se señala como contenido en el Código Penal, el delito de Intermediación financiera cuando este encuentra en la Ley de Bancos y Grupos Financieros decreto 19-2002 en su Artículo 96.

3.6 Delito de obstrucción a la justicia

La Ley Contra la Delincuencia Organizada en Guatemala contempla este delito en el artículo 9, el cual transcribimos a continuación:

“Artículo 9. Obstrucción de justicia. Comete el delito de obstrucción a la justicia:

a) Quien utilice fuerza física, amenazas o intimidación, la promesa, el ofrecimiento a la concesión de un beneficio económico o de otra naturaleza para inducir al falso testimonio, perjurio o para obstaculizar la aportación de pruebas de un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente ley.

b) Quien en cualquier forma amenace o coaccione 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 éstos, con el fin de influir en su comportamiento u obstaculizar el cumplimiento de sus funciones en la investigación y persecución penal de los delitos contemplados en la presente ley.

c) Quien siendo funcionario o empleado público participe en alguna fase de los métodos especiales de investigación, procesamiento y juzgamiento de los delitos establecidos en la presente ley, que:

d) Proteja indebidamente o encubra a quién o a quienes aparecen como sindicados de un hecho investigado;

e) Oculte información o entregue información errónea para el buen curso del proceso;

f) Falsifique o altere documentos y medios probatorios:

g) Actúe en retardo intencional de tal forma que obstaculice la investigación, la persecución penal o el juzgamiento;

Preste falso testimonio a favor de un imputado en las causas que se deriven por la comisión de los delitos establecidos en la presente ley.

El responsable del delito de obstrucción a la justicia, será sancionado con pena de seis a ocho años de prisión independientemente de las penas asignadas a otros delitos cometidos.

En caso de ser funcionario o empleado público se le impondrá además la pena de inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión pública, por el mismo plazo que la pena de prisión impuesta.”

Como puede apreciarse nuestra legislación al crear el tipo penal de Obstrucción de Justicia, como le denomina, hace importantes variaciones a las legislaciones anteriormente analizadas, dichas diferencias serían:

El sujeto activo, como se desprende del tipo penal objetivo para dos de los supuestos descritos contenidos en los incisos a y b, al usar la palabra QUIEN, se esta haciendo referencia a lo que en doctrina se conoce como sujeto activo común o genérico, es decir cualquier persona. En cambio cuando se describe el inciso c) utiliza el denominado sujeto activo específico, pues debe tratarse del funcionario o empleado público que participe en

alguna de las fases para la aplicación de los métodos especiales de averiguación contenido en esta ley.

Los sujetos pasivos: Los sujetos pasivos contenidos en los incisos a y b del artículo que se analiza, son sujetos específicos, pues tienen la calidad de Jueces, Magistrados, personal auxiliar de Tribunales, Agentes Fiscales, Auxiliares Fiscales y personal del Ministerio Público, peritos, interpretes, sujetos procesales, Abogados particulares etc., y la familia de estos. Esta ampliación obedece a la experiencia nacional en donde para lograr que determinadas personas incluso cometan hechos delictivos la delincuencia no ejerce violencia directa contra el sujeto específico sino contra su familia.

Las conductas sancionadas y los medios empleados. En aras de una mayor taxatividad en la descripción de la conducta delictiva que abarca no sólo influir directa o indirectamente en la actuación procesal de los sujetos pasivos, nuestra norma describe tres grupos de supuestos a saber:

En el inciso a) se describe el uso de la violencia, tanto física como psicológica, así como el ofrecimiento o concesión de beneficio económico, dádiva, etc., con el fin de que se cometan los delitos de perjurio o falso testimonio, o en cualquier forma se obstaculice la aportación de prueba por los sujetos procesales, con lo cual se estaría incluyendo aquí acciones comprendidas en el delito de colusión, cuya diferencia sería que se trata de un caso de delincuencia organizada y no de particulares.

En el b) se prevé la utilización de la violencia psicológica vía la amenaza o la coacción contra los funcionarios o la familia de éstos cuando sean parte del Organismo Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional Civil, testigos peritos, sujetos procesales entre otros, con el fin de influir en su labor o impedirarla.

En el inciso c) se trata de los funcionarios o empleados públicos encargados de intervenir en las fases de aplicación de los métodos especiales de averiguación que cometan cualquiera de las conductas descritas en los 5 incisos que se enumeran.

Al hacer mención de quienes encubran a los autores de los delitos aquí contemplados, estaríamos en el supuesto de que si son parientes dentro del grado de ley, cónyuge, esposa, concubinaria o persona unida de hecho, gozan de exención.

Todos los delitos se entienden dolosos, y les son aplicables los principios de la teoría del delito en cuanto a causas de justificación, error o inculpabilidad. El bien jurídico tutelado para estos delitos deja de ser la administración de justicia y buscan proteger la seguridad colectiva.

CONCLUSIONES



1. Se estableció que en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, en su contenido regula un único procedimiento denominado "procedimiento común", para juzgar todo tipo de delitos con sanciones mayores de 5 años. Asimismo se determinó que no regula un procedimiento especial para juzgar aquellos delitos provenientes de estructuras criminales.
2. Se determinó que los tipos penales establecidos en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala , Título XIV De los Delitos Contra la Administración de Justicia, Código Penal, impone sanciones que no van acorde a los grados de intromisión que pueda afectar al impartimiento de justicia, y que en su contenido se estableció que no contiene tipos penales para sancionar a los administradores de justicia que estén involucrados en actos ilícitos que de manera conjunta puedan realizar en contubernio con estructuras organizadas.
3. En la investigación realizada se estableció que el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, contiene el Título De los Delitos Contra la Administración de Justicia, que regula tipos penales que doctrinariamente y según el estudio de legislación comparada efectuada, pertenecen a los delitos de la obstrucción de la justicia, asimismo el Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Delincuencia Organizada, incluye en su contenido como tipo penal la obstrucción de justicia enfocada a grupos organizados y que tiene por objeto sancionar a aquellas personas que atenten contra la debida investigación de los delitos contenidos en la misma, por su gravedad y por ser sometidos por grupos de delincuencia organizada que con su poder pueden generar una alta expectativa de impunidad.



4. Las excusas absolutorias que rigen para los delitos de encubrimiento de la obligación de declarar, no se hacen valer cuando se aplica por parte de los tribunales el tipo penal de obstrucción a la justicia.

5. Se establece que el Estado de Guatemala de forma independiente no puede por sí sólo prevenir, desarticular y erradicar las estructuras organizadas, necesitando el apoyo y cooperación internacional, para lograr su cometido.



RECOMENDACIONES

1. En Guatemala es necesario que por medio de las entidades legitimadas , por la Constitución Política de la República presenten al Congreso de la República de Guatemala un proyecto de reforma de ley , del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, con el objeto de que contenga un procedimiento especial para juzgar aquellos delitos cometidos por estructuras criminales, debido al impacto y gravedad que provocan los actos ilícitos que estas estructuras realizan.
2. Es indispensable que cualquiera de las entidades legitimadas por la Constitución Política de la República de Guatemala deben de sugerir la reforma del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, al Congreso de la República de Guatemala, con el objeto de imponer sanciones mas severas, para aquellas personas que obstaculizan la eficaz administración de justicia y crear los tipos penales cuando estén involucrados los administradores de justicia de manera conjunta en actos ilícitos con estructuras organizadas.
3. Que las entidades que la Constitución Política de la República de Guatemala establece, propongan al Congreso de la República de Guatemala, por medio de una reforma al Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, con el objeto de modificar el Título XIV De los Delitos en Contra la Administración de Justicia por el de Delitos de la Obstrucción de la Justicia y a la vez integrar en dicha modificación los tipos penales de obstrucción de justicia que se encuentran contenidos en el Decreto 21-2006, Ley de la Delincuencia Organizada.
4. Las entidades legitimadas por la Constitución Política de la República de Guatemala, deben solicitar la reforma del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal, al Congreso de la República de Guatemala para establecer, de cuáles actos se pueden inhibir los jueces por delitos de obstrucción de justicia.



de Guatemala para establecer, de cuáles actos se pueden inhibir los jueces por delitos de obstrucción de justicia.

5. El Estado de Guatemala debe establecer, a través de convenios internacionales con otros Estados, otros delitos; además de los de obstrucción de justicia que se encuentran estipulados en la legislación guatemalteca, a modo de prevenir, desarticular y erradicar las estructuras organizadas.



ANEXOS



ANEXO A

Cargo	Significado
Capo di Tutti	Jefe de todos los jefes
Capo	Jefe
Sotto Capo	Jefe menor
Caprogime	Jefe de regimiento
Capodocine	Jefe de 10 hombres
Soldato	Soldado
Picciotto	Soldado menor
Giovane D'Honore	Amigo de Honor, o asociado

Fuente: Arlacchi, P. 1986. Mafia ethic and spirit of capitalism Londres. Pàg. 154

ANEXO B

SUBPRINCIPIOS QUE DERIVAN DE LA CULPABILIDAD

Principio de personalidad de las penas	No se puede hacer responsable jurídico penalmente a una persona por hechos ajenos o actuales colectivos
Principio de la responsabilidad por el hecho	Sólo se puede castigar por conductas y no por formas de ser o personalidades
Principios de responsabilidad subjetiva o de desvalor subjetivo de la acción	No se puede castigar a una persona por simples resultados, por graves que estos sean consecuencia de acciones cometidas con dolo, es decir, con la intención de lesionar el bien jurídico, o con culpa, es decir, con infracción a las reglas del cuidado debido
Principios de culpabilidad en sentido estricto o imputación subjetiva	Se exige el conocimiento de la prohibición: ninguna persona puede ser castigada si no conoce la prohibición legal

ANEXO C

Escuelas de derecho penal postulados

Institución	Clásico	Positivistas	Escuelas intermedias (Actualmente)
Delito	Ente jurídico	Fenómeno social o natural	Creación de la Ley (P. Legalidad)
Delincuente	No profundizan	Se estudia su entorno	Criminalidad Derecho Penal
Responsabilidad penal	Responsabilidad moral y del libre albedrío	Todos son responsables	Responsabilidad de autor
Pena	Un mal castigo (Teoría Retribucionista) era la única consecuencia del delito	Medio de defensa social (Teorías preventivas) Medida = Prevenir Pena = Reformar	Pena = Sanción resocializada Medida = Aplica a imputables
Método	Racionalista	Experimentación	Racionalista
Naturaleza	Ciencia social	Ciencia natural	Ciencia jurídica-social
Principios	-Legalidad -Proporcionalidad -No penas -Prohibición de analogía	-Prevención -Rehabilitación -Medidas de seguridad pre-delictuales y post-delictuales	Todos salvo que las medidas de seguridad se aplican post-delictuales y sólo a imputables por enfermedad mental

BIBLIOGRAFÍA

- ARLACCHI, Pino. **Mafia business, mafia ethic and the spirit of capitalism**, traducido por Juan Carlos Gentile Vitale. Ediciones Vergara, Barcelona España. 2002
- AVILÉS, Juan, **Las amenazas transnacionales en un mundo globalizado**. (Ponencia presentada en FADES el 13 de abril de 2005. Análisis número 79, www.gees.org.pdf)
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal parte general**. Editorial Ariel, Barcelona España, 1989.
- COVELLO, Saulo. **Ensayo de teoría sobre los delitos contra la administración de justicia: objeto, sistema y panorama**. Editorial Arazandi, S. A., España 2002.
- CURY, Enrique. **Texto y comentario del código penal chileno**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco, De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Editorial Magna Terra, Guatemala, 2008.
- Diccionario de la lengua española**. Editorial Everest, España, 2004
- RODRÍGUEZ, Alejandro. **Escuela de estudios judiciales, módulo de derecho penal I**, USAID/CREA, Guatemala 2003.
- ETCHEVERRY, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- Fiscal General del Ministerio Público de Chile. **Instrucciones sobre delitos contra la recta administración de justicia**. Publicación oficial del ministerio publico de Chile. Santiago de Chile, 2004.
- GREEN, T. **Los contrabandistas, Nueva York: Walkerbooks**. Traducido al español por Juan Alberto Castro Juárez, New York, 1969.
- GÜNTHER, Jakobs. **El bien jurídico tutelado**. Civitas Ediciones, S.A., Madrid España 2006
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. **Introducción a los delitos contra la administración de justicia**. Editorial LexismNexis, Santiago de Chile, 2005.

- HURTADO DEL POZO, José. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Tirant lo Blanch, Perú, 2001.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de derecho penal I, nociones fundamentales**, Editorial Pined@Vela, Guatemala 2005.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Material de apoyo para la asignatura de Ley Contra la Delincuencia Organizada**. Curso para formación de oficiales de la SAAS, Guatemala, 2007.
- KAI, Ambos. **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Marcial Pons, Madrid, España, 2006.
- KOPP, Piere. **Economía de las drogas y eficacia de la represión, los agentes sociales ante las drogas**. Editorial Agapea, Madrid, España 1998.
- MUÑOZ, Carlos Enrique. **Ensayos penales**, revista de la Universidad de Huelva. Editorial Praxis, Año 1, Numero 1, España, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Autoría y participación**, (s.e.), (s.f.).
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal parte general**. Editorial Tirant lo blanch, España, 2007.
- OSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliastas, 2002.
- PIEDRABUENA, Richad Guillermo. **Introducción a la reforma procesal penal**. Editorial Fallos Del Mes, Santiago de Chile, 2000.
- POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ. **Lecciones de derecho penal chileno, parte especial**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- RESA NESTARES, Carlos. **Evolución reciente de la delincuencia organizada transnacional en España**. Editorial Tirant Lo Blanch, España 2000.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Marco A. **La Delincuencia Organizada**. Fondo de Cultura Económica, México.2000.
- ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en el derecho penal**. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en derecho penal**. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2001.

ROXIN, Claus, Santiago Mir Puig y otros. **Autoría y participación criminal.** Editorial Ariel, España, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general (T. I): Fundamentos: La Estructura de la Teoría del delito.** Civitas Ediciones, S.L. España, 1989.

SAGGS, H.W.F. **The greatness that was Babylon**, traducido al español por Jorge Rodríguez. Editorial Hardcover, Estados Unidos de America, 1987.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **Sililoquios y coloquios de un jurista.** Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1971

SEPÚLVEDA, Guido. **Conferencia dictada por el distinguido profesional el lunes 16 de octubre en el Auditorio Porvenir de la Universidad Autónoma de Chile (UA) Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada, casuística policial.** La delincuencia organizada internacional, 2007.

VELASCO GAMBOA, Emilio. **La delincuencia en la era de la globalización, Universidad Autónoma de México.** Publicaciones Universitarias. México. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general.** Editorial Porrúa, México, 2001.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general.** Editorial B DE F. Barcelona, 1998.

Legislación:

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

Código Penal de la República de Chile. Biblioteca del Congreso Nacional

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, F&G Editores. Guatemala 2006.

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

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