

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



EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

LESLY PATRICIA GAITÁN AGUILAR

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA**

TESIS

Presentada a la Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LESLY PATRICIA GAITÁN AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y a los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2009

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar 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 PARACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic. Luis Alberto Zeceña López.
Secretaria:	Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza.
Vocal:	Lic. Benedicto Tenas Arévalo.

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic. Helder Ulises Gómez.
Secretario:	Lic. Ronald Ortiz Orantes.
Vocal:	Lic. Dixon Díaz Mendoza.

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).

LIC. GLEM LENIN DE LEÓN MORALES.
4ta Calle 5-10 Zona 1, Ciudad Guatemala.
Teléfonos: 22518068.



Guatemala, 07 de octubre de 2008.

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



Licenciado Castro Monroy:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que en cumplimiento a lo dispuesto en la resolución de veintidós de septiembre de dos mil ocho, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller LESLY PATRICIA GAITÁN AGUILAR, intitulado "EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA".

En relación al tema investigado, manifiesto que procedí a realizar las recomendaciones y correcciones necesarias, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que me permito informar lo siguiente:

- a) Se recomendó que la estudiante realizara una investigación objetiva y actualizada sobre el tema, siendo en consecuencia el contenido final de la tesis de carácter técnico y científico, ya que utilizó los métodos deductivo, inductivo y documental, además las técnicas adecuadas para resolver el problema planteado, con lo cual comprueba la hipótesis conforme la proyección científica de la investigación, y según mi opinión fueron aplicados adecuadamente.
- b) El aporte científico del trabajo de tesis se aprecia al momento de verificar las ventajas que representa a la ciudadanía en general el conocimiento sobre el tema relacionado, y poder así evitar arbitrariedades en la aplicación del delito de Conspiración.
- c) Con respecto al orden que se sigue en el contenido de la presente investigación, con la asesoría brindada, el desarrollo del mismo y la bibliografía que se ha consultado son las adecuadas y las conclusiones y recomendaciones tienen congruencia con el contenido del tema elaborado.

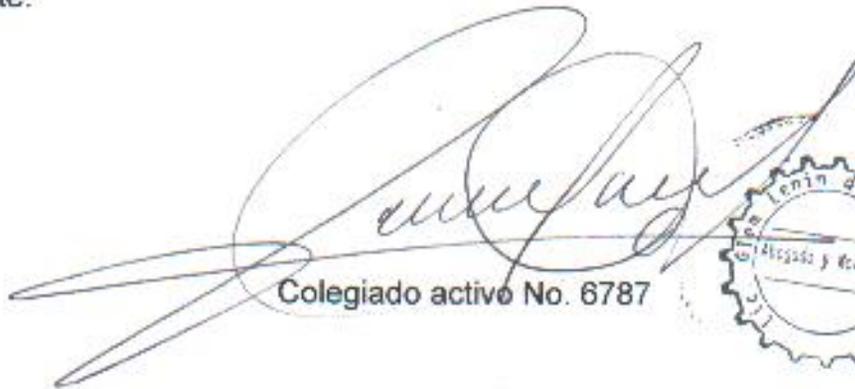
LIC. GLEM LENIN DE LEÓN MORALES.
4ta Calle 5-10 Zona 1, Ciudad Guatemala.
Teléfonos: 22518068.



El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales establecidos, razón por la cual, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con las muestras de mi consideración y estima.

Atentamente.


Colegiado activo No. 6787





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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HUGO ROBERTO JÁUREGUI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LESLY PATRICIA GAITÁN AGUILAR DE GARCÍA, Intitulado: "EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA".

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


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

LICENCIADO HUGO ROBERTO JÁUREGUI.
Teléfono: 57193027.



Guatemala, 10 de noviembre de 2008.

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



Respetable licenciado:

Por nombramiento emanado de la Unidad de Tesis que usted dignamente dirige, según providencia de fecha treinta de octubre de dos mil ocho, se me designó como revisor del trabajo de tesis de la estudiante LESLY PATRICIA GAITÁN AGUILAR, intitulado "EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA".

Respecto al trabajo sometido a mi consideración, me permito expresar que el mismo posee un alto nivel científico y técnico, pues aborda un análisis de un delito polémico en el derecho penal internacional como lo es el de la conspiración.

El trabajo a criterio del suscrito, contiene un adecuado y riguroso abordaje como el que se exige en esta casa de estudios para el desarrollo de los diferentes trabajos de tesis; cumpliendo así con los diversos aspectos que regula el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público; especialmente en lo relacionado a los siguientes aspectos:

- a) La investigación documental que realizó, tanto en la doctrina como del derecho comparado cuenta con rigor metodológico necesario para obtener la información más actualizada sobre el tema abordado.
- b) Las conclusiones, recomendaciones y la redacción, fueron revisadas de acuerdo al enfoque dado al trabajo de investigación.
- c) El aporte científico del trabajo de tesis es relevante toda vez que proporciona un marco teórico abundante y una gama de propuestas que pueden servir de base para una correcta aplicación de la ley contra la delincuencia organizada y, así evitar arbitrariedades en la aplicación del delito de Conspiración.

LICENCIADO HUGO ROBERTO JÁUREGUI.
Telefono: 57193027.



d) Con respecto al orden que se sigue en el contenido de la presente investigación y la bibliografía que se ha consultado, son suficientes para la construcción de un trabajo serio y calificado.

En consecuencia, el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales establecidos, razón por la cual me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con las muestras de mi consideración y estima.

Atentamente.


Lc. Hugo Roberto Jáuregui
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado activo No. 4535

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la sabiduría y el valor para alcanzar este sueño. Gracias por escuchar mi oración, atender mi súplica, y por su fidelidad al responderme.
- A MIS PADRES:** JOSÉ VÍCTOR GAITÁN FLORES Y ELVIA AGUILAR CORADO. Siempre tuvieron una palabra de apoyo para mí, durante mi estudio.
- A MI ESPOSO:** FANUEL GARCÍA. Con todo el amor de mi corazón, por ese optimismo y ejemplo que siempre me impulsó a seguir adelante y por los días y horas que hizo el papel de madre y padre. Mil gracias por guiarme, ayudarme y cuidarme para poder alcanzar este sueño que compartiremos juntos siempre.
- A MIS HIJOS:** FANUEL y JOYCE. En todo momento me apoyaron y fueron mi inspiración para alcanzar este sueño. Espero que este triunfo les sirva de ejemplo para su vida. Los amo muchísimo.
- A MIS HERMANOS Y SOBRINOS:** HEYDI, DIANA, JOSÉ VÍCTOR, EMERLY, ANDREW. Espero servirles de ejemplo.
- A QUIENES:** Colaboraron sin ningún interés, especialmente al LIC. HUGO JÁUREGUI y al LIC. LENIN DE LEÓN.
- A GUATEMALA:** Tierra que me vio nacer y pueblo que me ha dado la oportunidad de forjarme.
- A:** Mi querida Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Nociones fundamentales de derecho penal.....	1
1.1 La legitimación del ius puniendi	1
1.2 El derecho penal en el orden social	9
1.3 El derecho penal de autor y derecho penal de acto.....	10

CAPÍTULO II

2. La delincuencia organizada.....	21
2.1 Antecedentes históricos.....	21
2.2 Definición de delincuencia organizada.....	23
2.3 Marco jurídico internacional.....	25
2.4 La ley contra la delincuencia organizada.....	32
2.5 Autoría y participación.....	36

CAPÍTULO III

3. El delito de conspiración en la ley contra la delincuencia organizada.....	45
3.1 El iter criminis. Antecedentes históricos.....	45
3.2 Concepto del iter criminis.....	46
3.3 Fases del iter criminis.....	48
3.4 Problemática sobre la penalización del iter criminis.....	54

3.5 Tentativa en la legislación guatemalteca.....	56
3.6 Actos preparatorios.....	63
3.7 Tentativa acabada e inacabada.....	67
3.8 El desistimiento espontáneo.....	68
3.9 La tentativa imposible.....	71
3.10 El delito de conspiración en la legislación guatemalteca.....	74
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

El delito de conspiración en la ley contra la delincuencia organizada es un tema novedoso en el ámbito jurídico guatemalteco. Decidí realizar el estudio dogmático jurídico y político criminal de este delito en virtud que es necesario propugnar por una debida regulación de las herramientas que permitan al Estado de Guatemala combatir la criminalidad organizada; pero sin violentar los límites del poder sancionatorio, reflejado en los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en la Constitución Política de la República.

El aumento de la criminalidad, en especial los delitos contra la vida, los relacionados con la narcoactividad, la trata de personas, los actos de corrupción trasnacionales, el lavado de dinero y otros delitos de grave daño social, han producido a nivel mundial la necesidad de generar nuevos instrumentos legales que doten a los diversos Estados de mejores herramientas para poder combatir la criminalidad organizada.

En el caso de Guatemala, mediante el Decreto número 21 - 2006, se aprobó la ley contra la delincuencia organizada. Este instrumento legal, deviene de la necesidad de ajustar la legislación guatemalteca a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada, más conocida como Convención de Palermo.

Si bien, esta ley era indiscutiblemente necesaria para poder dotar al Estado de Guatemala de un marco normativo moderno que permita a los órganos respectivos desarrollar una adecuada persecución penal de la criminalidad organizada, también lo es que su aprobación fue más allá de lo que la propia Convención de las Naciones Unidas referida estipula.

Conscientes de que el Estado tiene la obligación de brindar a la población la seguridad y el bienestar, es justo reconocer que era necesario la implementación de la ley contra la delincuencia organizada; sin embargo, también es necesario reafirmar que la función

de seguridad debe desarrollarse por parte del Estado, respetando un marco constitucional establecido, propio de un Estado democrático de derecho.

Por tal motivo, el presente trabajo contiene un análisis jurídico – constitucional, sobre el delito de conspiración contenido en la ley contra la delincuencia organizada y, plantea, a la luz de los principios constitucionales que regulan al derecho sancionador del Estado, la vulneración de ese marco normativo constitucional, al haberse sancionado en dicha ley, el delito de conspiración con las mismas penas que los delitos consumados previstos en ella.

Dentro de los objetivos planteados para el presente estudio estaba el de conocer la doctrina relacionada con el delito de conspiración y la tendencia predominante respecto a su aplicación a nivel de legislación penal; analizar la importancia que tiene el tema de la conspiración dentro del combate al crimen organizado y, analizar si existe o no violación constitucional con la entrada en vigencia del artículo tercero de la ley contra la delincuencia organizada.

Para el efecto, se planteó la definición del siguiente problema: ¿viola o no, la Constitución Política de la República de Guatemala el Artículo Tercero de la ley contra la delincuencia organizadas, cuando penaliza de igual forma la consumación de un delito y la concertación para realizar el mismo?

El trabajo de investigación se desarrolló mediante la aplicación del método científico, y en particular, el método racionalista, con el cual se hace un análisis político criminal, jurídico y dogmático, de la regulación del delito de conspiración en la ley contra la delincuencia organizada de Guatemala. Asimismo se hizo uso de las técnicas de investigación documental a través de la elaboración de fichas bibliográficas, textuales y de análisis jurisprudencial.

El informe de la investigación, se presenta en tres capítulos. El primero, está orientado al análisis político y dogmático del ius puniendi del Estado guatemalteco, incluyendo un

análisis sobre el control social y los modelos de intervención en el marco del control social; el segundo capítulo está orientado al análisis doctrinario, jurídico y dogmático de la delincuencia organizada y de la Ley contra la delincuencia organizada en Guatemala; y, el tercer capítulo se complementa con un análisis completo sobre los alcances de la regulación del delito de conspiración en la ley contra la delincuencia organizada.

Las conclusiones a las que arribo al final del estudio realizado, permiten establecer que la hipótesis planteada originalmente en el plan de investigación fue comprobada, por lo que se considera que existen violaciones fundamentales a algunos principios constitucionales en la regulación del delito de conspiración en la ley contra la delincuencia organizada y, se proponen las recomendaciones necesarias para corregir tales violaciones.

Considero que el presente trabajo de investigación constituye un aporte valioso al proceso de análisis y reflexión que debe acompañar a los procesos jurídicos en este país, lo cual permitirá la evolución legislativa en temas tan importantes como el abordado mediante el estudio.

CAPÍTULO I

1. Nociones fundamentales de derecho penal

El derecho penal es una rama del derecho que en su desarrollo ha generado una serie de categorías dogmáticas, cuya comprensión es indispensable para abordar con rigurosidad las implicaciones de la responsabilidad penal y sus alcances. A continuación se presentará en forma concreta y ordenada esta serie de categorías jurídico penales.

1.1 La legitimación del ius puniendi

A través de la historia, los máximos exponentes del derecho penal como, César Beccaria, Francisco Carrara, Zaffaroni, Ferrajoli y otros, han buscado el por qué de la razón que justifica la existencia del derecho de castigar, que tiene el Estado, lo cual ha traducido las siguientes preguntas como: ¿En virtud de qué lo ejerce? ¿En donde están esos fundamentos? Estas preguntas han sido planteadas y replanteadas y han sido contestadas de acuerdo con su escuela tradicional.

Ferrajoli señala: “que los fundamentos del derecho penal, tienen los costes de la justicia que depende de las opciones penales del legislador, las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas, y los procesos contra sus trasgresores, lo que añade un altísimo costes de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal, lo que han llamado los sociólogos la cifra negra de la criminalidad formada por el número de los culpables que sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados”¹.

El derecho penal, según Ferrajoli “es una definición, comprobación y represión de la desviación, esta forma sea cual fuere el modelo normativo y epistemológico que la

¹ Ferrajoli, Luigi, **Derecho y razón**, Teoría del garantismo penal, pág. 209.

informa, se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados. Estas restricciones según lo señalado por el autor lo hace sobre la base de tres formas: La primera, consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados y por lo tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. Segundo: consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. Tercero: Consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes juzgue culpables de una de dichas violaciones”.²

La doctrina de la justificación, y el modelo axiológico del derecho penal, está centrada en la pregunta ¿Por qué castigar? Esta pregunta estaría orientada en una respuesta de carácter imperativa en el sentido que Ferrajoli, señala: “que la concepción sustancialista y ético correccionales de distintos tipos acerca del fin de la pena por lo general está ligadas a concepciones igualmente sustancialista del delito y de la verdad judicial”³. Asimismo, podría considerarse las concepciones formales del delito y de la pena en concordancia con la verdad procesal.

No obstante, “la historia del pensamiento jurídico filosófico de las teorías, acerca de la justificación del derecho penal, está en el positivismo jurídico, que ha tenido una larga duración en el pensamiento iusnaturalista de la época de la ilustración, entre la separación del derecho y la moral, que se desarrolló en el siglo XVII, con las teorías iusnaturalista de Grocio, Hobbes, Pufendorff y Thomasius, y que alcanzó su madurez con los franceses e italianos y con las doctrinas expresamente ius positivistas de Jeremy Bentham y de John Austin”.⁴ Por lo que, esta separación se basa en la concepción formal o jurídica de la validez sustancial del derecho penal o extra jurídica de la justicia que constituye el rasgo distintivo del positivismo jurídico. Es necesario,

² **Ibid**, pág. 210.

³ **Ibid**, pág. 210.

⁴ Gómez Ramírez, Nola, **Análisis de los principios del derecho penal**, www.Monografias.com., 13 de febrero de 2009, pág. 3.

mencionar a los utilitaristas que postulan que el Estado tiene ese derecho por el imperativo de la utilidad social.

Por otro lado, la escuela histórica encontrará ese fundamento en la ley. Los fundadores de la escuela positivista, afirmará que el derecho de castigarlo deriva del Estado del concepto de la defensa social. Guillermo Cabanella define a la defensa social como: “aquella que surgió en el siglo XIX, con amplio impulso renovador, en cuanto al fundamento y fin de la facultad punitiva del Estado, se inspira en el sentimiento social de condenación del delito, y con miras de aplacarlo”⁵. La base doctrinal se encuentra en la escuela positiva italiana de derecho penal. Sus finalidades consisten en preservar a la sociedad del peligro representado por el criminal, satisfacer al perjudicado, evitar la venganza y proteger la legítima libertad.

En este orden de ideas, la justificación del derecho penal, está concebido en dos aspectos uno objetivo y uno subjetivo, en el sentido subjetivo, el derecho, es sinónimo de facultad o ejercicio del derecho y todos esos derechos forma el patrimonio donde entran los derechos penales, así el individuo tiene derechos civiles políticos, pero también tiene derechos penales, ese patrimonio de derechos comprende los derechos penales, no lo ejercemos sólo en virtud de la cesión ficticia que de ellos hacemos a la persona jurídica del Estado, razón derivada del concepto mismo del derecho que es de principio orden o elemento orgánico de las sociedades. El patrimonio jurídico de los derechos penales, para cederlos al Estado, quien ejerciéndolos, defiende la sociedad de los ataques nocivos del derecho que tiene el Estado para imponer castigos a los infractores de la ley, de allí, el poder que tiene el Estado para castigar, deriva del *jus puniendi*, el poder de castigar, es decir, la facultad del Estado para definir los delitos establecer sanciones y aplicarlas, poder que deriva de la sujeción política del individuo al Estado (*Status subjectionis*), por el cual considera a éste como sujeto del derecho de castigar, y al individuo, como sujeto de la pena, o de las medidas de seguridad. “Estas

⁵ **Diccionario de derecho usual**, Pág. 135.

teorías fueron desarrolladas en Alemania por Binding, y elaborada en Italia por Rocco, que se funda en relaciones jurídicas entre el delincuente y el Estado”.⁶

La justificación del Estado, como la personificación jurídica de la sociedad, está en la ineludible obligación de defender al conjunto de ciudadanos que representa del ataque nocivo del hecho punible, es por ello que la acción defensiva se manifiesta mediante la sanción de reglas de carácter advertidos, previsivos y punitivo, que orienta el papel y la relación del Estado con el individuo que sólo puede ser aceptada por quienes consideran al Estado como fuente única de derechos, que reconoce que el individuo posee derechos penales individuales, tales derechos no son de carácter privado sino de derecho público.

La Constitución de Guatemala, consagra un articulado que puntualiza los derechos fundamentales de la persona, donde estos derechos pasaron a formar parte de manera estrechamente relacionada con los principios fundamentales de nuestro sistema democrático, al incorporar el respeto irrestricto de los derechos humanos, como principios fundamental, propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. Es por ello, que en los Artículos contenidos del 44 al 46 de la Carta Magna establece una protección especial para estos derechos humanos que son consideradas a su vez por el propio texto constitucional garantías individuales.

Contrario a esto, el autor, Luis Jiménez de Asúa señala “cómo se castigaba los delitos en el Antiguo Oriente, en la culta roma o en la sombría Edad Media hasta llegar a través de los Estados nacionales, al derecho vigente, donde la barbarie contra la persona humana era visto norma para estos tipos de gobierno”.⁷

⁶ Grisantis A, H. **Lecciones de derecho penal**, pág. 154.

⁷ Jiménez de Asúa, Luis, **La ley y el delito. Principios de derecho penal**, pág. 57.

Asimismo, siguiendo las distintas posturas y autores que dejaron grandes aportes teóricos en el pensamiento jurídico penal, tenemos los consejos de Francesco Carrara, que señalaba “Que cuanto sea dicho se derive de un principio y tenga armónicas consecuencias, nos importa ver cómo nace la filosofía liberal y cómo se asienta en el derecho legislado, ya que esos principios han de influir en la interpretación de la dogmática de los Códigos que pertenecen al liberalismo, y lo son casi todos los códigos vigentes”⁸. Para Carrara, la esencia está en el fundamento y límites del poder punitivo del Estado, que siguen candente su discusión, a más de cien años de su muerte, sobre todo, en el inicio del tercer milenio, donde es necesario, una transformación del pensamiento jurídico penal, o retomar el análisis de las verdaderas instituciones y fundamentos teóricos y epistemológico del saber jurídico penal, que le dieron la esencia y el fundamento del derecho a castigar. Se considera pertinente hacer un análisis de las escuelas del saber jurídico penal y sus principales aportes en el campo de las ciencias jurídicas penal. La escuela clásica, cuyo exponente máximo es Francisco Carrara, sustenta aspectos básicos de su obra por un lado el sistemático y por el otro, el político, haciendo más peso el que aspecto político.

Actualmente predomina en la teoría del delito el análisis de éste según los parámetros de la dogmática con su enfoque analítico y formal del delito. Norberto A. Bentacur señala que “El Miguel Ángel del derecho penal así llamado, no era neutro en su sentido, sino que tenía una clara finalidad política”.⁹ En efecto, según Carrara se pretendió construir un sistema deducido de principios propuestos como apotegmas, acorde con las influencias racionalista de su pensamiento. Carrara lideriza una línea del pensamiento demoliberal, con César Beccaria se había iniciado una tendencia humanitaria en el derecho penal como reacción y protesta contra los abusos del absolutismo.

Varios siglos han pasado, y todavía se polariza severamente sobre los principios sobre los cuales se criticó, postuló y defendió Carrara, en todo su pensamiento donde

⁸ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, pág. 78.

⁹ Betancour, Norberto A, *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela Clásica*, pág. 101.

privaba grandes preocupaciones como las siguientes: a) Críticas de la pena de muerte y la tortura, que ambas posturas sostienen, que no son medios efectivos de lucha contra la criminalidad; como efectivamente lo es, ya que a través de muchas investigaciones criminológicas se ha demostrado, que la pena de muerte, y los medios de tortura, son medios, que han sido abolidos, y desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, donde se postula la defensa de los derechos humanos, y la pena privativa de libertad, como única pena principal, al autor de delito; b) La pena debe ser impuesta, a través del previo y debido proceso penal, el cual debe ser sometido, de acuerdo a lo establecido en el sistema acusatorio y mediante el procedimiento aplicable de conformidad con el código procesal penal, que rige en Guatemala. Actualmente, este sistema acusatorio está revestido de principios y garantías constitucionales y procesales que son descritos tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala y en el código procesal penal.

Por ello, las críticas a las penas arbitrarias y desproporcionadas, privando el principio de que la pena debe ser proporcionada a la perturbación del derecho, o del bien jurídico protegido, pero sin llegar a exageraciones, pues también hay límites impuestos por la justicia. Y en ese sentido, Francisco Carrara, infiere que la humanización de los procedimientos, la crítica a los procedimientos dispendiosos y lentos, así como el traslado innecesario del procesado a tribunales lejanos de su normal entorno, la falta de su familia, los mayores costos de la defensa, las penurias del traslado”¹⁰. El autor también, defiende la igualdad de las partes, ante la ley y critica la pretensión de los acusadores públicos que aspiran a tener más ventajas o mejor derecho a ser oído o creídos dentro del proceso por el solo hecho de su investidura. Postula la sanción procesal para los actos violatorios de las normas rituales preestablecidas por la ley. Es decir, cuando el legislador establece el procedimiento que debe servir de freno a los agentes de justicia y de garantías a las libertades civiles, no debe contentarse con dar consejos, sino que deben impartir órdenes que den la seguridad de ser cumplidas.

¹⁰ Guerrero, Jorge, *Consideraciones acerca del jurado, en reminiscencia de cátedra y foro*, pág.44.

Francisco Carrara, señala y defiende que: “el jurado de conciencia como participación de los individuos en las decisiones de la justicia en una sociedad democrática. Tan en alto tiene dicha institución, que pregunta ¿Acaso no se sabía desde hace tiempo que el cuadrilátero de las libertades constitucionales se levanta sobre la guardia nacional, los jurados, la prensa libre y el Parlamento?”¹¹. Carrara como uno de los principales exponentes de la Escuela Clásica, la cual es considerada como aquella que postuló la teoría política que fija sus bases en el derecho y la teoría de la pena, su estricto cumplimiento legítima el poder o busca restablecer el orden vulnerado a través de la pena, tuvo un carácter preventivo, retributivo y aflictivo. Algunos fundamentos de la Escuela Clásica son:

- a) En el libre albedrío y las consideraciones del hecho como una responsabilidad moral.
- b) Pulcritud procesal, garantías necesarias al juzgar derecho a la defensa.
- c) Proporcionalidad de las penas.
- d) Sus principales autores fueron César Becarria (1738-1790); Jhon Howard (1726-1790); y Francisco Carrara (1805-1888).
- e) Para la escuela Clásica el delito, era un ente jurídico abstracto; el método que se utilizaba era un método silogístico, es decir, frente a la premisa de la infracción de un delito tipificado, la conclusión era una sanción.
- f) La sanción era la conclusión porque se partía del principio de que los delincuentes usaban de su libre albedrío, considerándose quedarán libres para escoger una conducta en vez de otra y que, por lo tanto eran plenamente responsables de sus actos.
- g) La fundamental conclusión de la Escuela Clásica era la de la Responsabilidad moral de las personas”.¹²

Cuando irrumpe la Escuela Positivista, los postulados cambian y se transforman en los siguientes postulados:

¹¹ Carrara, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 35.

¹² Grisantis A, H. **Ob. Cit**; pág. 160.

Ya no se piensa que la persona posee libre albedrío, sino que está determinada por una serie de circunstancias, exógenas, endógenas que rodean la situación.

Como la persona ya no era poseedora del libre albedrío, sino que está determinada su responsabilidad moral no existe, y lo que existe es lo que se llamó responsabilidad social.

Debe ser objeto no de pena, sino de medidas de seguridad, medidas de tratamiento, de rehabilitación.

Se dice, que con la Escuela Positivista también nace la criminología, con la aparición de los primeros escritos de César Lombroso, en especial El hombre delincuente, publicado en 1876.

Los Aportes de la Escuela Clásica, se pueden resumir en:

- a) Se concentra en el estudio del delito como ente jurídico, abstracto producido por la contratación de la conducta del hombre y la ley.
- b) La responsabilidad penal descansa en la responsabilidad moral. Se puede escoger si actuar o no de tal o cual forma.
- c) Considera a todas las personas normales.
- d) De intentar restablecer (no se logra) el orden jurídico lesionado a través del castigo con otro mal.
- e) El derecho a castigar pertenece al Estado (ius puniendi).
- f) Aplicar el método deductivo (de lo particular a lo general).
- g) Toma hipótesis basadas en la sociedad y en el hombre.
- h) Principio de legalidad.-autoridad del Estado a través de la ley.

En síntesis, el fundamento del derecho de castigar, siempre ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura y cuando ésta en los siglos pasados permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos. Hoy como antes y

siempre será el Estado el que tiene el derecho a castigar, ¿El por qué? de este derecho, ya no consiste en canalizar así los instintos ancestrales del hombre, la retribución venganza y el sadismo. Los términos que envuelve a este instinto está relacionado con la venganza: que significa satisfacción directa del agravio. Esta reparación privada del mal que otro causa o que por tal se toma, rebaja cuando existe la posibilidad y la garantía de recurrir a la justicia a la humanidad a la condición del salvajismo en que no hay más juez que la víctima o los suyos. La venganza puede ser equivalente a pena, sanción castigo. La venganza es toda reacción contra el mal recibido, aún justamente; como la que puede ejercer el criminal al salir de presidio contra el testigo que lo acusó, con razón o contra el juez que sentenció contra él. La venganza privada ha constituido sin duda el primer escalón de la justicia en lo penal. Pero con el desarrollo de la sociedad, y la protección de los derechos humanos este panorama aunque pueda tener inquietantes seguidores ya no puede permitirse en la sociedad globalizada que hoy se da.

1.2 El Derecho penal en el orden social

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Procura alcanzar sus fines declarando con ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable.

Es un instrumento de control social, formal, y tiene una fundamentación racional. En la terminología moderna forma parte del control social primario. Las sociedades realizan una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los criterios de selección son de difícil sistematización.

El derecho penal desde esta perspectiva cumple una función reparadora del equilibrio social perturbado por el delito. Se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazado y castigado. El

castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar.

En resumen, el derecho penal forma parte del aparato de imposición necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. Se trata de la última instancia de dicho aparato. En una consideración puramente jurídica, el derecho penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas.

Lo que diferencia al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales, y las medidas de seguridad. Pero además la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de aplicación de la pena.

El objeto de investigación estará constituido por una descripción del comportamiento de los órganos de control social frente a determinados hechos sociales. Como parte del ordenamiento jurídico, el derecho penal, está constituido por enunciados que contienen normas, y la determinación de las infracciones de éstas. Pero además, reglas donde se establecen qué presupuestos condicionan la responsabilidad penal por los delitos.

Finalmente, también describen las consecuencias jurídicas que se prevén para la infracción de las normas.

1.3 Derecho penal de autor y derecho penal del acto

Con la frase latina *nullum crimen sine actione* se alude a un fundamental principio del derecho penal, cual es el de exterioridad o materialidad del hecho punible. De conformidad con este principio, a las normas penales sólo le incumben las acciones (u omisiones) que sean exteriorizadas por la persona y no aquéllas que se mantengan en su intimidad, es decir, que se encuentren todavía interiorizadas.

Es necesario, pues, para que se hable de un delito, que la voluntad del ser humano se haya manifestado en el mundo exterior, que haya acción, en el sentido que se atribuye a ésta en el derecho penal. “El principio de exterioridad o materialidad es, en nuestro ordenamiento jurídico, de carácter constitucional, puesto que de lo dispuesto por el Artículo 17 de la Constitución respecto al denominado principio de legalidad “(*nullum crimen, nulla poena sine lege*), debe colegirse que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración, lo único que puede ser sancionado por el derecho penal son precisamente actos u omisiones y no la personalidad del autor.”

Cabe señalar, de otra parte, que el principio de materialidad tiene como principal fundamento la seguridad jurídica y la certeza (el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) de lo que se encuentra y lo que no en el círculo de lo sancionable por la ley penal. En efecto, gracias al derecho penal del acto todos los ciudadanos pueden conocer qué conductas son susceptibles de castigarse con una pena, mientras que si se tratara a un derecho penal de autor, no podría determinarse con exactitud lo que es sancionable, puesto que habría que ver primero si la persona se ajusta a la personalidad delictiva que se haya previsto, con lo que se dejaría la puerta abierta a gravísimas arbitrariedades y a lo que podría ser denominado autoritarismo penal.

Por esta razón es que, en un Estado social y democrático de derecho y de justicia, como lo es Guatemala según el Artículo 17 de la Constitución, “debe imperar, necesariamente, un derecho penal del acto, siendo que la predominancia del derecho penal de autor es propia de los Estados totalitarios en los que se utiliza este paradigma para castigar a quienes se oponen al régimen y, a fin de cuentas, a quienes así lo quieran los factores de poder.” En este sentido la Corte de Constitucionalidad, mediante el siguiente fallo da sustento jurisprudencial a la interpretación del principio de legalidad que en esta tesis se propone: “...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. (sic).

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 el Artículo 17 de la Constitución Política, 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)

Como se deduce del fallo antes transcrito, la certeza que aporta el principio *nullum crimen sine actione* al derecho penal, piénsese al respecto que puede resultar mucho más fácil determinar cuándo se ha dado muerte a alguien (Artículo 123 del código penal) o cuándo se ha robado un objeto (Artículo 251 del código penal, que determinar con la misma exactitud las cualidades personales que permitan señalar que una persona es un “homicida” o un “ladrón”. “Solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.”¹³

Ahora bien, el principio bajo estudio, al que también suele denominársele principio de objetividad material del hecho punible, conlleva dos importantes consecuencias que deben tenerse muy presentes. En primer lugar, este principio implica que los pensamientos no son susceptibles de ser castigados por la ley penal, lo que se ha resumido en la frase latina “*cogitationes poenam nemo patitur*” (los pensamientos no merecen pena): “Así, no es posible cometer un delito con el mero pensamiento; para que haya un hecho punible debe haber necesariamente una conducta humana.”¹⁴

Para que una pena pueda serle impuesta a una persona, ésta deber haber hecho algo y no sólo porque lo haya pensado, querido o deseado. No puede tenerse como un delito el desear la muerte de alguien, pero sí el darle efectivamente muerte o, al menos, haberlo intentado, exteriorizando esa intención delictiva.

Ahora bien, en segundo lugar, el principio de exterioridad conlleva el que, no pueda castigarse a una persona por lo que es sino por lo que hace. La forma de ser de una persona no puede ser sancionada por las leyes penales, a los fines de las mismas sólo puede tener relevancia lo que haga o deje de hacer la persona; el Derecho penal no puede intervenir ni siquiera frente a las más despreciables inclinaciones delictivas de alguien.¹⁵

¹³ Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 7.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 8.

¹⁵ Rodríguez Morales, Alejandro J. **El Principio de Nullum crimen sine actione**. www.Monografias.com, 20 de febrero de 2009, pág. 3.

En este mismo orden de ideas, resultaría contrario y violatorio de este principio, que como se dijo, tiene naturaleza constitucional, el que pretenda sancionarse a un grupo determinado de personas, como en efecto ocurrió recientemente en Honduras con las denominadas Leyes de “*mano dura*”, como respuesta al problema de las maras, o hace siete décadas durante el régimen nazi, con respecto al pueblo judío, o con la persecución de los cristianos por los romanos, si nos remontamos en el tiempo.

Esta consecuencia del principio *nullum crimen sine actione* garantiza, además de la imposibilidad de sancionar a una persona por sus cualidades, el pluralismo cultural propio de un Estado, que constitucionalmente se proclama pluricultural y multilingüe tal y como se desprende del siguiente precepto: “Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.”

En este orden de ideas, pues, las leyes de vagos y/o maleantes, tan comunes en América Latina de los años veintes a los setentas ciertamente infringían el principio *nullum crimen sine actione* o sine conducta, pues, estas leyes estaban dirigidas a castigar a las persona no por el acto punible, sino por su propia persona, por una determinada “cualidad”; autorizando de tal manera la persecución de personas, sin consideración a que se cometieran o no acciones prohibidas. Guatemala en particular le ha tocado a lo largo de su historia sufrir este tipo particular de legislaciones, desde el momento mismo de su conquista por los españoles, quiénes de la figura de la esclavitud total, de efecto antieconómico por el elevado número de muertes vía la marcación a hierro candente como signo externo de dominio, a las instituciones de la encomienda y el repartimiento, más asemejado a un estado servil de inicios de la edad feudal en Europa, a las legislaciones conservadoras y liberales, que se sucedían pero que de idéntica forma garantizaban mano de pobra gratuita a los finqueros terratenientes de esa época y a las obras estatales de caminos e infraestructura.

En ese sentido, es ilustrativo el siguiente comentario: "...Hubiera sido deseable un análisis de la dimensión histórica de esta problemática. Así, incluso el Informe Sobre los Derechos Humanos en Guatemala 1982 del Relator Especial de Naciones Unidas para Guatemala (Colville de Culross. 1983 pp. 22-23.), informe que ha sido sumamente criticado por el carácter parcial y poco objetivo que posee, se ve obligado a reconocer el carácter discriminatorio de ciertas disposiciones legales históricas, por ejemplo, en el caso del Reglamento de Jornales (1877) y de la Ley de Persecución de la Vagancia (1934)".¹⁶ Dice el informe: "Esta situación se refleja en el Reglamento de Jornaleros de 1877 que contenía normas generales sobre contratos de trabajo, el Reglamento fue revisado en 1894 y se mantuvo en vigor, con modificaciones menores, hasta 1934. Según esa disposición legal los trabajadores agrícolas se dividían en tres grandes grupos: colonos, jornaleros habilitados y jornaleros no habilitados. La distinción se basaba en induración del contrato y en que el trabajador viviera o no en la plantación."¹⁷

La ley exigía que todos los trabajadores llevaran "libretos" en que el patrono anotaba los débitos y los créditos. El hecho de que la mayoría de los trabajadores eran analfabetos, daba lugar a que se les hiciese víctimas de injusticias y de explotación. A algunos se les mantenía en deuda perpetua y en consecuencia estaban obligados por ley a trabajar sin interrupción en la plantación.

Posteriormente, en 1934 se promulgó la Ley de Vagancia, en que se disponía que cualquiera que no cultivara una parcela de determinadas dimensiones tenía que trabajar un número mínimo de días para otra persona. Los trabajadores tenían que llevar siempre consigo una tarjeta en la que los patronos anotaban el número de días trabajados. Si el individuo no cumplía con el número mínimo de días, podía ser considerado como vago. Colville de Cuiross asegura que esto se transformó después de 1945 pero no menciona que en todos los textos constitucionales posteriores se mantuvo el precepto de que "la vagancia es punible", así como que se promulgó una

¹⁶ Padilla, Luis Alberto, *Guatemala, implicaciones jurídicas de la discriminación indígena* www.iidh.ed.cr/.../diversidades/docs, 15 de febrero de 2009, pág. 2.

¹⁷ Padilla, Luis Alberto. **Ob. Cit**; pág. 2.

nueva ley de este tipo. Tampoco saca la conclusión lógica que debió hacerse: en Guatemala hubo discriminación legal de jure contra la población indígena durante el largo período histórico en que estuvo sometida a trabajos forzados."¹⁸

Finalmente, es importante señalar que el principio de objetividad material al que se ha venido haciendo alusión está muy vinculado, además, de, como se observó, con el principio de legalidad, con otro de los principios rectores del derecho penal, cuál es el principio nullum crimen, nulla poena sine iniuria o principio de lesividad, que se expondrá en el siguiente apartado de esta tesis en forma más desarrollada.

En efecto, para que pueda concebirse un delito y una pena, es necesario que el hecho objeto de la norma penal y que es castigado por ella sea lesivo, esto es, que se traduzca en una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Así, para que esa lesión se produzca, necesariamente tendrá que verificarse un acto humano externo, puesto que con el pensamiento no puede lesionarse ningún bien jurídico protegido.

De ello se desprende, igualmente, que las supersticiones, la magia y la brujería tampoco pueden ser objeto de sanción penal, toda vez que las mismas no se traducen en un resultado lesivo externo, por el mismo carácter de meras creencias internas que llevan aparejado.

1.3.1 Una distinción entre el hecho y el acto

Ahora bien, una vez analizado brevemente el principio de objetividad material del hecho punible, no quiere dejarse pasar esta oportunidad para realizar una distinción necesaria a los fines del presente trabajo de tesis de grado. En efecto, no es extraño que se hable en la doctrina algunas veces de derecho penal del hecho en lugar de hablar de derecho

¹⁸ Padilla, Luis Alberto, **Ob. Cit**; pág. 2.

penal del acto. Incluso es un lugar común hablar del hecho punible y no del acto punible.

No obstante ésto, hay que observar que hecho y acto no son una misma cosa. Los hechos pueden ser definidos como toda acción material de una persona, pero también como sucesos independientes de la misma, tales como los fenómenos de la naturaleza. Entretanto, los actos se definen como toda acción que se corresponde con una persona que la ha llevado a cabo.

En este sentido, cabe señalar que “al derecho penal no le atañen los fenómenos de la naturaleza, ya que el sujeto central del mismo es la persona y sus actos, por lo que lo correcto es hablar de derecho penal del acto y no del hecho, y de acto punible y no de hecho punible. Sin embargo, también hay que advertir que este último término (hecho punible), se encuentra sumamente arraigado en la dogmática penal, por lo que aquí se admite su empleo, ya consignada esta distinción necesaria.”¹⁹

1.3.2 La normalidad de la persona que delinque

Es igualmente pertinente hacer referencia a una temática que tiene incidencia en el estudio del derecho penal del acto y el derecho penal de autor, a la cual se ha querido denominar aquí como la normalidad del delincuente. En efecto, uno de los fundamentos por los cuales es rechazado el derecho penal de autor, es que su aceptación implicaría, además de las arbitrariedades ya señaladas, una suerte de discriminación frente a aquellas personas a las que se consideraría delincuentes, únicamente por diversos factores como indigencia, clase social e incluso rasgos físicos particulares.

Debe advertirse, en este orden de ideas, que la persona que delinque es una persona normal y no anormal, como muchas veces se ha pretendido afirmar, que se diferencia de las personas que no delinquen (y que sin embargo pudieran cometer delitos en

¹⁹ Rodríguez Morales, Alejandro J. *Ob. Cit;* Pág. 5.

cualquier momento) en que ha hecho un mal uso de su libertad, escogiendo el camino del crimen y perturbando de tal manera la convivencia social al lesionar uno o varios bienes jurídico-penales, en virtud de lo cual debe ser sancionado conforme a la ley penal.

La personalidad es básicamente un concepto psicológico, que ha sido instrumentalizado dentro del derecho penal de autor, un derecho que presta sus servicios a un autoritarismo que desconoce los principios de dignidad humana, intimidad, libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad. Desde el positivismo con su formulación de una personalidad peligrosa hasta el funcionalismo de Jakobs que despoja al ser humano reincidente en el delito, de su condición de persona, se manipula la intervención antedelictum o el internamiento preventivo del derecho penal alemán actual, al servicio de los intereses o la razón de Estado.

La crítica a la inclusión del concepto como factor de punibilidad, tuvo un antecedente en la crítica al peligrosismo positivista, pero la personalidad como criterio de punibilidad, sobrevivió, a pesar del advenimiento de los códigos culpabilistas. Desarrollando esa tesis podemos desembocar en el carácter completamente excluyente entre las normas contenidas en los distintas Convenciones Internacionales y Constituciones Nacionales, que consagran los derechos a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, y a la libertad de conciencia, con las normas y las jurisprudencias penales que apuntan a la represión de la personalidad, castigando a las personas por lo que son y no por lo que hacen, y permitiendo la trascendencia de prejuicios y estereotipos personales del operador de justicia, sobre condiciones personales de índole racial, de extracción socio-económica, de marginalidad, de estilo de vida, de orden ideológico y político, de carácter cultural, etc. La denominada teoría del etiquetamiento que crea dos grupos de personas en donde uno superior señala a los otros como inferiores y los estereotipa social, cultural y legalmente. Doctrinas estas que inspiraron los regímenes fascistas de la Alemania Nazi y la pureza de la raza aria, o las políticas de apartheid de África del Sur, y más recientemente los problemas en Serbia o Bosnia.

En los sistemas penales de los países centrales se suele juzgar a los procesados tercermundistas bajo el influjo del estigma racial (negros, indios, latinos, árabes, etc.) y en nuestras propias cárceles predomina el mestizaje, sin que ello indique que los mixtos racialmente sean más propensos al delito, sino que son más victimizados socialmente y más judicializados penalmente. Las etiquetas de delincuencia se han aplicado también de manera sistemática, aquí y allá; en unos regímenes para perseguir la protesta social, a sindicalistas, líderes estudiantiles y campesinos, periodistas incisivos, entre otros, a quienes se les estigma muchas veces como subversivos o terroristas. Del otro lado, para perseguir la disidencia del sistema, estigmatizando a creyentes o feligreses, intelectuales críticos, ciudadanos que quieren emigrar, etc. a quienes se les cuelga la etiqueta de enfermos mentales, paranoicos, místicos, delirantes o contrarrevolucionarios.

1.3.3 Moral y derecho penal

Es propicia la oportunidad para hacer referencia a otra cuestión vinculada a la distinción entre derecho penal del acto y derecho penal de autor, cual es la de la relación entre moral y derecho penal. En este sentido, cabe decir que, “si bien el derecho penal y la moral se encuentran muy cercanos, no pueden llegar a identificarse, pues de ser así ello podría traer algunas arbitrariedades, como el castigo de conductas que aunque no se encuentren tipificadas sean consideradas inmorales.”²⁰

En este mismo orden de ideas, al no poder identificarse moral y derecho penal, esto trae como consecuencia el que en éste debe imperar el derecho penal del acto, y no el derecho penal de autor, puesto que si bien la moral puede, como en efecto lo hace, condenar pensamientos o deseos inmorales, no así el derecho penal, que sólo puede intervenir ante exteriorizaciones de la voluntad. En un Estado democrático de derecho como lo propugna la Constitución guatemalteca, es inaceptable el derecho penal de autor.

²⁰ Rodríguez Morales, Alejandro J. **Ob. Cit**; Pág.13.

La moral se interesa ante todo por el ámbito interno de la persona, su tendencia interior al bien y su rechazo al mal, mientras que el derecho penal se preocupa, en cambio, ante todo, por las conductas exteriores, por el ámbito externo de la persona, si bien toma en cuenta, pero posteriormente, la interioridad, al analizar la categoría de la culpabilidad.

Así, pues, de la misma relación existente entre moral y derecho penal, se desprende el que se rechace un derecho penal de autor, en preferencia de un derecho penal del acto, propio de un sistema penal garantista, como ya se ha explicado brevemente en el presente análisis. Es de señalar, además, que permitir la imposición de un derecho penal de autor, no es más que abrir la puerta para la comisión de crímenes de Estado, lo que además da pie a la discriminación fundada en razones políticas. En este sentido basta ver los titulares de los distintos diarios o los tele noticieros para que en Guatemala uno pueda conformar una interminable lista de delitos de cuello blanco cometidos por acaudalados banqueros, tal el caso de Bancafe, el IGSS, el Congreso de la República, FOGUAVI, para tener una idea de lo que es mantener una política criminal de derecho de autor, pues a estos personajes nunca se les somete al efecto del proceso penal y escapan impunemente a la acción del mismo.

CAPÍTULO II

2. La delincuencia organizada

Para un mejor entendimiento de la problemática que se investiga 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 segundo capítulo se abordará lo relativo a la delincuencia organizada.

2.1 Antecedentes históricos

El fenómeno del surgimiento de organizaciones estructuradas con el objetivo de beneficiarse económicamente con el ejercicio de actividades ilícitas, si bien es cierto toma una proporción inimaginable a partir de la globalización mundial, tiene sus orígenes con el surgimiento de las primeras civilizaciones.

“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.”²¹ No debe extrañar entonces que al contrabando se le califique de la "segunda profesión más antigua del mundo."²²

Algunos autores llegan a sugerir una relación muy estrecha entre la evolución de ambos, al punto que, según el autor norteamericano Shelley "las instituciones legales, un componente esencial de un estado democrático, se desarrollaron al objeto de combatir el crimen organizado y la corrupción"²³ 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

²¹ Saggs, H.W.F. *The greatness that was Babylon*, pág. 235.

²² Green, T. "Los contrabandistas", pág. 3.

²³ Resa Nestares, Carlos. www.bibliotecajuridica.org. "Evolución reciente de la delincuencia organizada transnacional en España," pág. 1. consultada 2/02/2007.

realiza la clase dirigente. Aunque este fenómeno se desarrolla y expande con el capitalismo, 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." ²⁴

Así pues, 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.²⁵

“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

²⁴ Velasco Gamboa, Emilio, **La delincuencia en la era de la globalización**. <http://www.galeon.com/emilio-velazco>. 8/02/2007.

²⁵ Resa Nestares. **Ob. Cit**; pág. 3.

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 italo-americana dieron carta de naturaleza académica a esta concepción.”²⁶

“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.”²⁷

2.2. Definición de delincuencia organizada

Siendo que la delincuencia organizada es como hemos visto 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. 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.

En Guatemala por la definición que la misma ley le otorga la denominaremos delincuencia organizada, y como definición la que propone la Organización de Naciones Unidas que indica: “Es cualquier grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo con una actuación concertada con el propósito de efectuar delitos específicos, con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.”

La delincuencia menor tiene las siguientes características, en términos generales:

- El asaltante puede apelar o no a los recursos para lograr sus objetivos:

²⁶ **Ibidem.**

²⁷ **Ibidem.** pág. 5.

- Una precisión técnico-manual elevada y precisa para cometer el ilícito con rapidez, astucia y disimulo, y
- El uso de la fuerza con apoyo en ventajas físicas, e incluso, en el empleo de armas.

Normalmente existen compradores de bienes robados, que son quienes los adquieren de conformidad con tarifas ya existentes en el mercado negro, mismas que son fijadas por la oferta y la demanda así como por la situación del entorno local, nacional e internacional.

“Regularmente, los delincuentes operan con apoyo de una red de corrupción entre autoridades intermedias (jueces calificadores, agentes del ministerio público del fuero común) y corporaciones de seguridad pública desde sus mandos y efectivos elementales hasta –cuando mucho – sus mandos medios (agentes de policía, jefes de sector, etc.)”²⁸

La delincuencia organizada en cambio presenta las siguientes características:

- Opera bajo una disciplina y códigos de comportamiento mafioso;
- 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.
- 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,

²⁸ Velasco Gamboa, Emilio, **Ob. Cit**; pág.25.

delincuentes de alto nivel, especialización y jerarquía, y posee capacidad para utilizar la fuerza en aras de lograr sus objetivos.

“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”.²⁹

2.3 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 50 en adelante, siguió dándose la explotación sexual, se inició con el problema de las drogas, 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

²⁹ Velasco Gamboa, Emilio, **Ob. Cit**; pág. 26.

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.”³⁰

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 en torno a los delitos que contempla la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, siendo esto de acuerdo a cada actividad delictiva:

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 Estupeficientes 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 Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, obedeciendo las variaciones a las distintas sustancias que se fueron agregando al a 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 más efectividad tuvo para 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

³⁰ Avilés Juan; **Análisis nº 79**, 28 de Abril de 2005. www.onudoc.org, 18 de febrero de 2008. Pág. 1.

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.

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 tres, inciso uno, 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 nuestro país 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, éste entró en vigor para la República de Guatemala el 26 de febrero de 2003.

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.

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.

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 enunciaba “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.

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 cuatro de marzo de 2005.

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 cinco 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. Asimismo este instrumento internacional regula la necesidad de que los Estados desarrollen mecanismos de sanción y prevención contra las amenazas y las tentativas de cometer dichos delitos o de participar en ellos, aún en calidad de cómplices. Establece que los responsables deberán ser enjuiciados o extraditados.

2.4 La ley contra la delincuencia organizada

Fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 19 de julio de 2006, por medio del Decreto Legislativo 21-06 el cual entró en vigencia el 25 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

2.4.1 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 ésta y a los cuales se les podrá aplicar los métodos especiales de averiguación que contiene, y finalmente un catálogo nuevo de delitos dentro del cual está 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 qué se entiende por un grupo de delincuencia organizada indica:

- a. Cualquier grupo estructurado de tres o más personas
- b. Exista durante cierto tiempo
- c. Actuación concertada
- d. Con el propósito de efectuar delitos específicos
- e. 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:

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.

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

- Lavado de dinero y otros activos.

De los contenidos en la ley de Migración:

- Ingreso ilegal de personas;
- Tránsito ilegal de personas; y,

- Transporte de ilegales.

De los contenidos en la ley para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo:

- Financiamiento del terrorismo; y
- Tráfico de dinero.

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.

De los contenidos en la ley contra la Defraudación Aduanera:

- Contrabando aduanero, y

- Defraudación aduanera.

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 intimidatorios;
- 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; éstas 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 culposo, 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.

2.5 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.”³¹ 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.

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.

³¹ Muñoz Conde, Francisco, **Autoría y participación**, Pág. 1.

La responsabilidad es accesoria y si no existe la principal, del autor no pueden sancionarse éstas.

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 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.”³²

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,

³² Roxin, Claus; Mir Puig, Santiago y otros, **Autoría y participación criminal, serie justicia y derechos humanos**, Fundación Myrna Mack, pág. 2.

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 través de una forma de dominio de la voluntad, propio de la autoría mediata, que no había sido considerada con anterioridad.”³³

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.”³⁴

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 cual 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

³³ **Ibidem.** pág. 3.

³⁴ Roxin, **Autoría y dominio del hecho en el derecho penal**, Pág. 271.

colectivo hubiera seguido actuando, por lo tanto consideró que no fueron crímenes atribuibles a un individuo sino que el propio Estado es el autor.”³⁵

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 cual 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 resolver el tema apelando al animus autoris³⁶ 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 “sostiene, 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.”³⁷

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

³⁵ **Ibidem.** Pág. 273.

³⁶ **Ibidem.** Pág. 274.

³⁷ **Ob.cit;** Pág. 274.

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 cual 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.

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.”³⁸

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.

³⁸ **Ibidem.** Pág. 276.

Roxin expone dos modalidades típicas, la actuación de quienes ostentan el poder de una maquinaria organizada al margen de la ley:

“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 cual 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.”³⁹

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 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

³⁹ **Ibidem.** Pág. 277.

por el hombre de atrás, o por el hombre de arriba como han destacado otras opiniones.”⁴⁰

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 cual 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 Roxin.

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”⁴¹

- Nuevos tipos delictivos

1. Conspiración.

2. Asociación ilícita.

3. Asociación ilegal de gente armada.

⁴⁰ Roxin, Claus; Mir Puig, Santiago y otros, **Ob. Cit**; Pág. 9.

⁴¹ Roxin, Claus; Mir Puig, Santiago y otros, **Ob.cit**; Pág. 13.

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

Un error de la ley que es importante advertir es que estipula que el delito de intermediación financiera se encuentra regulado en el código penal, cuando en realidad este delito se encuentra en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República.

CAPÍTULO III

3. El delito de conspiración en la ley contra delincuencia organizada

3.1 *El iter criminis*, antecedentes históricos

Desde el periodo humanitario César Bonesana al referirse al delito sentenciaba: "...Aunque las leyes no castigan la intención no por eso decimos que un delito cuando empieza por alguna acción que manifiesta la voluntad de cometerlo no merezca algún castigo, pero siempre menor a la misma comisión de él. La importancia de estorbar un atentado autoriza la pena; pero asa como entre éste y la ejecución puede haber algún intervalo, así la pena mayor reservada al delito consumado, puede dar lugar al arrepentimiento..."⁴². Ya con esta idea de que la intención delictiva es impune y que la pena de un delito debía ser proporcional al grado de ejecución del mismo la escuela de los juristas inicia la construcción de la vida del delito o *Iter Criminis*. El delito no aparece de improviso, obedece a un proceso, lo que los clásicos denominaban, el camino del delito o *iter criminis*. Para llegar a la consumación del delito, es necesario seguir un camino, que va, desde la idea de cometerlo, que surge en la mente del sujeto, hasta la consumación. Ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina *iter criminis* o camino del delito.

Posterior a la crisis conceptual del movimiento positivista, y ya dentro del movimiento jurídico técnico-alemán, Merkel en uno de los primeros tratados en que se presentó nuestra rama jurídica mejor sistematizada, tituló el Cap. IV de la primera sección destinada al estudio de las acciones punibles el aspecto exterior, y después de algunas generalidades expone el delito consumado y la tentativa del delito. Von List en una obra más organizada, estudia el concepto del delito y sus características y después en una sección separada expone las formas del delito, comprendiendo ella tres apartados en los que se esclarecen los problemas de la consumación y la tentativa. Ernest von

⁴² Bonesana, César, *De los delitos y las penas*, Iure editores. pág. 100.

Beling, ya en sus obras, *Grundzüge*, y *Die Lehre von Tatbestand* utiliza, al referirse al delito, la frase formas de aparición. Otros autores alemanes como Allfeld y Wachanfield y más recientemente Hellmuth Mayer, utilizan ya la expresión formas de exteriorización del delito. Von Oberveck y roedor, usan por su parte formas de aparición del delito refiriéndose a la tentativa, la participación y los concursos de delitos. “En Italia Rainieri cuando habla en su obra, *Derecho Penal*, al referirse a la tentativa aplica los términos de formas de manifestación del delito”.⁴³

3.2 Concepto del *iter criminis*

Existe un criterio unánimemente aceptado por los *ius* penalistas en que los ordenamientos jurídicos penales establecen sanciones para aquellas conductas que realizan un delito, es decir, punen conductas que se adecuan a los preceptos penales que describen el delito en su forma consumada, en su realización perfecta; así la conminación penal se impondrá cuando se produzca la consumación de un delito con la realización de todos sus elementos típicos. “Los tipos penales de la parte especial del código penal establecen penas sólo en la hipótesis de su realización perfecta.”⁴⁴ En los tipos legales, el legislador describe una fracción de la actividad de una persona determinada. Con este objeto, señala las características que debe reunir dicha acción para ser calificada de delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Así, por ejemplo, el Artículo 123 del código penal guatemalteco, por ejemplo, prevé: “comete homicidio quien diere muerte a alguna persona”. La realización de esta infracción es instantánea, pero su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del sujeto y que culmina, finalmente, con la muerte de la víctima.

Sin embargo, no todo proyecto criminal llega a concretizarse; muchas veces estos proyectos no alcanzan su culminación quedando en el mero intento, en algunos casos más cerca y en otros más lejos de su consumación. Así, por ejemplo, la conducta de

⁴³ Jiménez de Asúa, Luís, *Teoría general del delito*, Colección de textos jurídicos. págs.543 a 545.

⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco *Ob. Cit*; pág. 139, Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del delito*, pág. 79.

quien dispara contra otra persona y la bala no logra alcanzar a la víctima; la de los asaltantes que se disponían robar un banco y son arrestados cuando salen de sus casas con la finalidad de ejecutar el robo; la del ladrón que coloca una escalera en el muro de una casa con intención de escalar para poder robarla y es descubierto por los vecinos.

Ante esta situación surge la necesidad de dilucidar la cuestión de si los estadios previos a la consumación del delito doloso quedan impunes o son abarcados también por las conminaciones penales previstas para la realización perfecta del delito, y desde qué momento, dentro del proceso de realización del delito, tendrán relevancia penal.

El derecho penal en correspondencia con su misión fundamental de protección de bienes jurídicos, como anotamos en el primer Capítulo de este trabajo, no sólo debe actuar cuando se ha producido el daño (lesión del bien jurídico), sino que debe hacerlo también cuando existe un inmediato peligro para éste. En consecuencia, debe afirmarse que los estadios previos a la consumación del delito son punibles, pero dentro de ciertos límites. Es aquí donde surge la pregunta, ¿cuáles son estos límites en los que tiene que reparar el derecho penal para intervenir? ¿Desde qué momento es punible una conducta que no logra consumir un delito? Para responder a esta pregunta desde el tiempo de los clásicos se acuñó la categoría del *Iter Criminis*, que se ha definido de las siguientes formas:

“...Todo delito doloso recorre distintos grados en su realización, distintos estadios, desde que aparece la primera idea de cometer el delito hasta su consumación”. Este proceso de realización del delito es denominado comúnmente por la doctrina como: *iter criminis* camino del delito...”⁴⁵

“...En derecho penal se conoce con el nombre de *Iter Criminis* a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación. El *Iter Criminis* o camino del crimen que se traduce en el "viacrusis" del delincuente, está constituido por una serie

⁴⁵ Pariona Arana, Raúl B. ***Delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución del delito.*** <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones>, pág. 5.

de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto...”⁴⁶

“...Es el proceso que se desarrolla desde que el delito nace en la mente del sujeto hasta que logra ejecutar el mismo, *Iter criminis* es, la vida del delito. A este respecto se pueden establecer dos etapas que conforman el *iter criminis* o camino del delito, una interna y otra externa...”⁴⁷

“...todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del sujeto y que culmina, finalmente, con el resultado delictivo deseado. A este proceso ejecutivo se le denomina *iter criminis*.”⁴⁸

“El delito tiene un desarrollo dinámico, desde que la idea surge en la mente de un hombre, hasta que, deliberada y resuelta, se prepara y se consuma”.⁴⁹

Esta institución también ha recibido distintas denominaciones, así se le llamó también, vida del delito, grado de la fuerza física del delito, vía crucis del delincuente entre otras.

3.3 Fases del *iter criminis*

“ El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación a la consumación. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta que consuma el hecho, todo lo que pasa desde que la idea entra en el hasta que consigue el logro de sus afanes.”⁵⁰

“ Los tratadistas hablan que dentro de este proceso cabe distinguir una **fase interna**, que se desarrolla en el ámbito de las ideas, en la esfera del pensamiento privado, y otra **fase externa** que se manifiesta mediante la exteriorización de actos objetivos que se dirigen a la comisión de un delito; asimismo dentro de la fase externa distinguimos

⁴⁶ De Mata Vela José Francisco y De León Velasco Héctor Aníbal. **Ob. Cit**; pág. 148.

⁴⁷ Jauregui, Hugo Roberto, **Ob. Cit**; pág. 54.

⁴⁸ Hurtado del Pozo, José, **Nociones fundamentales de derecho penal**, pág. 150.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág.547.

⁵⁰ Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág.547.

los actos preparatorios, los actos de ejecución y la consumación; sólo los actos de ejecución y la consumación resultan punibles, siendo impunes la fase interna y los actos preparatorios.”⁵¹

Otro grupo de autores hace referencia a una tercera etapa intermedia, entre estos encontramos al profesor José Hurtado del Pozo quien expone: “...A las dos etapas extremas, señaladas anteriormente y denominadas deliberativa y consumativa, respectivamente, debemos agregar dos fases intermedias: la de los actos preparatorios y la de la tentativa.”⁵² En igual forma Luís Jiménez de Asúa, expresa: “...Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. La fase interna solo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifieste exteriormente. La Externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación. En puridad no existen más que estas dos fases; pero, estudiándolas concienzudamente, interfiere entre ellas otra intermedia: la resolución manifestada. En la cual no existe todavía la fase externa, porque no se trata de actos materiales; más que de acción, son de expresivos de resolución (proposición, conspiración, etcétera)...”⁵³

Con el objeto de exponer para una mejor fundamentación de esta tesis ambas posturas, de la primera propuesta de dos fases se desarrollara la clasificación expuesta por el tratadista guatemalteco Hugo Roberto Jauregui⁵⁴ la cual tiene la ventaja de estar sustentada en nuestra legislación, y que a continuación se explica:

a) **La etapa interna**

Es la que se produce dentro de la mente del sujeto activo, cuando concibe la idea de cometer un hecho y elabora la planeación de cómo cometerlo inclusive. Volviendo a nuestro ejemplo de Pedro, cuando este resuelve por los motivos que sean, dar muerte

⁵¹ De Mata Vela Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal **Ob. Cit;** pág. 148. Jáuregui, Hugo Roberto, **Ob. Cit;** pág. 54.

⁵² **Ob. Cit;** Pág. 150.

⁵³ **Ob. Cit;** pág. 548.

⁵⁴ **Ob. Cit;** págs. 51 y ss.

a Juan, y piensa como hacerlo, de que forma con pistola, con cuchillo, todas estas ideas, que en la doctrina se conocen con el nombre de voliciones criminales, resultan intrascendentes para el derecho penal, pensar un crimen, por más atroz que sea no constituye delito, porque el pensamiento no delinque, *Cogitationis Poenam Nemo Patitur*”, en primer lugar porque con solo pensar no se está afectando ningún bien jurídico, y en segundo, porque estando dentro de la psiquis de una persona nadie más que ella puede saber de dichas voliciones

b) **La etapa externa**

La misma comienza cuando el sujeto empieza a realizar sus pensamientos y los exterioriza, lógicamente esta externalización de sus pensamientos va ir adquiriendo matices de penalidad dependiendo del riesgo al que vaya exponiendo al bien jurídico.

- La exteriorización oral

Así en primer término la simple enunciación verbal de la resolución criminal, sólo será punible según nuestra legislación cuando se encuentre tipificada en el código penal.

- La tentativa

Puede suceder, y de hecho sucede muy seguido en el mundo real, que a pesar de que el sujeto activo tome todas las previsiones, elija correctamente los medios y realice todas las acciones para realizar su fin, por una causa ajena a su voluntad, el mismo no se realice, el código penal que dice: Artículo 14.- “Tentativa.. Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del sujeto.”

- La tentativa imposible

Contenida en el Artículo 15 del código penal el cual preceptúa que:

Artículo 15.- “Tentativa imposible. Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.”

Con esta norma, nuestra legislación engloba a dos figuras distintas de la fase externa del delito, nos referimos a lo que en otras doctrinas se conoce como delito imposible y la tentativa in idónea. La primera se refiere a la acción que realiza el sujeto activo sobre un objeto que por su propia naturaleza no puede ser afectado por el delito.

- El desistimiento

Otra de las posibilidades que pueden darse cuando se inicia la fase de ejecución del delito, es la de que el sujeto activo, teniendo las posibilidades y la oportunidad de realizar todos los actos propios del delito, voluntariamente abandona el mismo. Este arrepentimiento que puede suceder en un momento dado, sirve como fundamento para la exoneración de responsabilidad penal del sujeto, debiendo únicamente responder en relación a los actos ya realizados si estos constituyeren *per se*, delitos autónomos. El código penal al respecto señala: Artículo 16.- “Desistimiento. Cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumado, sólo se le aplicará sanción por los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos.”

Como ejemplo de la otra postura que incluye la fase intermedia se cita para su comprensión la clasificación propuesta por Ermo Quisbert Huanta⁵⁵, quien al referirse al tema señala:

⁵⁵ www.geocities.com/ermoquisbert/. **Iter criminis**. 19 de febrero de 2009 pág. 3.

c) **Fase interna**

Conjunto de actos voluntarios del fuero interno de la persona que no entran en el campo sancionatorio del derecho penal. Pertenecen a esta fase interna

La concepción o ideación

La deliberación, y

La resolución o determinación.

Estos actos no pueden ser sancionados porque están en el fuero interno del individuo.

- Concepción o ideación

Es el momento en que surge en el espíritu y mente del sujeto la idea o propósito de delinquir.

- Deliberación

Es el momento de estudio y apreciación de los motivos para realizar el delito.

- Resolución o determinación

Es el momento de decisión para realizar el delito sobre la base de uno de los motivos de la fase anterior. Se resuelve en el fuero interno “*el ejecutar la infracción penal.*”

d) **Fase Intermedia**

Actos intermedios que no causan daño objetivo y que se expresan en la determinación de cometer un delito o resolución manifestada. La resolución manifestada se expresa en forma de: conspiración, instigación y amenazas.

- Conspiración

La conspiración es punible como delito especial. Consiste en ponerse de acuerdo tres o más personas para cometer los delitos específicamente establecidos en la ley, tales como sedición o rebelión.

- Instigación

Es el acto de determinar a otra persona a cometer un hecho punible, del cual será considerado autor plenamente responsable. La proposición es invitar la provocación es proponer pero sin convencer.

- Amenazas

Las amenazas son expresiones verbales, escritas o mediante armas con el propósito de amedrentar o alarmar. Es punible como un delito especial, no por el daño posible sino por la peligrosidad del sujeto.

Estas aunque no causen daño pueden causar alteraciones públicas y son sancionados como "delitos especiales". A esta fase también pertenecen el delito putativo y la apología del delito.⁵⁶

e) Fase externa

Manifestación la idea delictiva y comienza a realizarse objetivamente, está compuesta por:

- Los actos de ejecución,
- La tentativa,

⁵⁶ Quisbert Huanta, Ermo, **Ob. Cit**; Pág. 6.

- El delito frustrado o tentativa acabada,
- El delito imposible,
- El delito consumado, y
- El delito agotado.

“Los Actos Preparatorios por lo general no son punible, los Actos De Ejecución pueden dan lugar a la tentativa, y por lo tanto, son punibles.”⁵⁷

3.4 Problemática sobre la penalización del iter criminis

“La primera etapa o etapa interna, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del sujeto. Los actos preparatorios son la primera manifestación exterior de tal resolución criminal y cuya culminación será la consumación de la infracción. No se discute la impunidad de quien sólo se limitó a deliberar sobre las posibilidades de cometer un delito, aun cuando haya tomado la decisión de ejecutarlo y lo haya comunicado a terceros, pero sin llegar a materializarla mediante actos concretos.”⁵⁸

Sólo recurriendo a métodos inquisitivos puede reprimirse la pura idea o voluntad criminal. El debate se ha intensificado, por el contrario, respecto a la conveniencia de reprimir los actos preparatorios. Esta situación ha sido provocada por la necesidad de combatir eficazmente ciertas formas peligrosas de criminalidad, por ejemplo, terrorismo, tráfico de drogas, delitos económicos.

“En la actualidad, existe unanimidad respecto a la represión penal por actos que no culminan en la consumación del delito planeado y, asimismo, a que es indispensable que la resolución criminal se exteriorice a través de actos que permitan su constatación. La discusión surge cuando se trata de señalar desde qué momento

⁵⁷ **Ibidem.**

⁵⁸ Pariona Arana, Raúl B. **Ob. Cit;** Pág.7.

procede la intervención penal. En dos aspectos esenciales se centra el debate. El primero, es el fundamento de la punibilidad de los actos anteriores a la fase consumativa. Y, el segundo, el criterio para distinguir entre tentativa y actos preparatorios.”⁵⁹

3.4.1 Fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos

En la doctrina se dan dos criterios opuestos sobre el fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos. Se trata de la teoría objetiva y de la teoría subjetiva. Su consecuencia inmediata es, justamente, extender o restringir el número de casos que deben ser considerados como tentativa.

“De acuerdo con la teoría objetiva, sólo los hechos materiales que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, pueden ser sancionados. De modo que los actos que exteriorizan una resolución delictiva no deben ser reprimidos sino desde el momento en que constituyen un peligro para el bien jurídico.”⁶⁰

Los defensores de la teoría subjetiva sostienen que la voluntad criminal es la base de la represión penal. Los actos exteriores no son sino una manifestación de tal resolución, y, por tanto, de la peligrosidad personal del sujeto o de su voluntad. Que los actos exteriores sean o no peligrosos, en relación al bien jurídico protegido, no es relevante para fundamentar la represión penal.

Debe señalarse que estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas. La objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y, la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera, pone en peligro la seguridad jurídica porque deja de lado actos que deberían ser reprimidos; la segunda, porque su consecuente aplicación comportaría la represión de la pura voluntad criminal, que históricamente se ha rechazado. Para evitar los efectos extremos de ambas teorías, se sostiene, con más

⁵⁹ Hurtado del Pozo, José, **Ob. Cit**; Pág.152.

⁶⁰ Quisbert Huanta, Ermo, **Ob. Cit**; pág. 7.

frecuencia, un criterio intermedio, conforme al cual se tiene en cuenta el elemento objetivo para limitar los alcances del puro concepto subjetivo.

La voluntad es considerada propiamente como la base de la represión; mas debe concretarse en el mundo externo. La actividad externa no determina su sentido o calificación delictiva, sino que, justamente, a través de ella se expresa la voluntad. De esta manera, la consumación y la tentativa tendrían que ser reprimidas en base al elemento subjetivo, que se encuentra en el centro del derecho penal: no hay pena sin culpabilidad. Al estudiar las diferencias entre tentativa y actos preparatorios, veremos en detalle los elementos de carácter objetivo empleados para limitar la concepción subjetiva. El hecho de admitirse la llamada tentativa imposible (Artículo 15), implica reconocer que el fundamento de la represión de la tentativa es, en primer lugar, el elemento subjetivo. Según dicha disposición se sanciona, aunque con una medida de seguridad, al sujeto que, "con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza", hubiera intentado cometer un delito cuya consumación "resulta absolutamente imposible". Por no existir en este caso una real puesta en peligro del bien jurídico, los partidarios de la concepción objetiva lo excluyen del dominio de la represión penal. Si bien es cierto que el legislador adopta la concepción subjetiva como punto de partida, base de la represión, no la considera el único criterio para reglamentar la sanción o para distinguir entre los actos preparatorios y la tentativa.

3.5 Tentativa en la legislación guatemalteca

En el Título II del Libro Primero del Código Penal, primero, se define la tentativa (Artículo 14) y, segundo, se regulan diversas formas de tentativa. Se parte, sin embargo, de la noción de delito consumado.

Según el Artículo 13, la consumación se presenta "cuando concurren todos los elementos de [la] tipificación [del delito]". (Los paréntesis son de la autora) Luego, se definen, de un lado, la tentativa imposible (Artículo 15) y el desistimiento (Artículo 16) y, de otro lado, la conspiración y la proposición (Artículo 17).

Según el Artículo 14, existe tentativa "cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del sujeto". De esta noción se deduce que debe constatarse, primero, la voluntad del sujeto tendiente a la realización de una infracción; segundo, la exteriorización de esa voluntad en actos materiales que deben consistir, al menos, en el comienzo de la ejecución de los actos idóneos y, por último, que no se consuma la infracción por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

3.5.1 Elemento subjetivo

“El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida a la realización de un tipo legal. Como en el delito consumado doloso, el sujeto debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Como consecuencia, subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado. La mayor parte de los autores identifican el dolo como el elemento subjetivo de la tentativa, sean partidarios o no de la teoría finalista de la acción.”⁶¹

Se hace referencia a este elemento subjetivo, cuando se alude expresamente, en el Artículo 14, al "fin de cometer un delito" o se dice, en el Artículo 16, que "el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos". Sólo puede desistirse de algo, quien tiene la voluntad de realizarlo. Intentar no implica otra cosa que tener la intención de hacer algo.

En razón de que, justamente, el sujeto debe proponerse como fin la producción de un tipo legal, sólo puede darse la tentativa en los delitos dolosos; lo que es imposible en el caso de delitos culposos en virtud que en este tipo de delitos la voluntad subjetiva del sujeto activo por cometer el delito no concurre. Por el contrario, es suficiente que el sujeto actúe con dolo eventual, en tanto que el tipo legal no exija más para su realización.

⁶¹ Jiménez de Asúa, Luís. **Ob. Cit**; Pág.548.

3.5.2 Elemento objetivo

El elemento objetivo de la tentativa es indicado mediante la siguiente fórmula: "se comienza su ejecución por actos exteriores idóneos" (Artículo 14). De este modo, se excluye, en primer lugar, una concepción puramente subjetiva de la tentativa; luego, se subraya la necesidad de que la voluntad criminal se exteriorice mediante ciertos actos; y, por último, se trata de señalar un criterio que permita determinar en qué deben consistir tales actos.

3.5.3 Criterio formal objetivo

Lo que debe comprenderse por comienzo de ejecución es una cuestión muy discutida. Del criterio que se adopte respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerá en mucho los alcances que se reconozcan a tal fórmula. La decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico - sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal, de la pena, y de la política criminal que se sostenga. "Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el sujeto realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad mencionada por el verbo rector del tipo legal."⁶² En el delito de hurto (Artículo. 246), por ejemplo, se daría tentativa cuando el sujeto comienza a "tomar" la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa (Artículo 263), cuando el sujeto ejecuta el ardid o engaño, sin lograr inducir a error a la víctima o que se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación (Artículo 173), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin lograr yacer con ella.

La fórmula empleada por el legislador se vincula estrechamente con esta concepción, cuyas ventajas son su completa adecuación al principio de legalidad (debido a su

⁶² Hurtado del Pozo, José, **Ob. Cit**; pág.155.

directa referencia al tipo legal), su aparente claridad y simplicidad en la aplicación. Sin embargo, es de observarse que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, que desde un punto de vista de política criminal es inaceptable. Además, se debe destacar, en relación con la técnica legislativa, que la elaboración de los tipos legales es frecuentemente hecha sin tener en cuenta las consecuencias respecto a la tentativa. Razón por la cual, es inconveniente hacer depender, totalmente, del tipo legal lo que debe comprenderse por comienzo de la ejecución por actos exteriores. El legislador no indica, con frecuencia, cuál es el inicio de la acción. En el tipo legal de homicidio se limita a decir, por ejemplo, quien diere muerte a alguna persona. ¿Cuándo debe reputarse que comienza el sujeto a dar muerte? ¿Cuándo dispara con el revólver hacia la víctima; cuándo apunta, o ya desde que la esperaba para atentar contra ella?

3.5.4 Criterio subjetivo

Los defensores de la denominada teoría subjetiva pura sólo tienen en cuenta la voluntad del sujeto, lo que los conduce a ampliar excesivamente la tentativa.

Una variación de esta concepción la constituye el criterio defendido por algunos autores, según los cuales se dará "comienzo de ejecución, es decir tentativa, cuando el acto ejecutado por el sujeto, en lo que le concierne y de acuerdo con su representación, constituye el paso decisivo en la ejecución de su resolución criminal".⁶³ No se tiene en cuenta, pues, el acto en sí, sino lo que significa para su autor en el proceso de realización de la infracción.

En todo caso, no debe olvidarse lo afirmado por Stratenwerth: "los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa parecen ser vanos, como lo demuestra la historia dogmática del último siglo y medio".⁶⁴

⁶³ Pariona Arana, Raúl B. **Ob. Cit**; pág.11.

⁶⁴ Citado por Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág. 550.

3.5.5 Idoneidad de la acción

Según el Artículo. 14, los actos exteriores deben ser idóneos. Esta regulación recuerda al Artículo 56, del código italiano, en el que se habla de "actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito".⁶⁵ Si los actos no son idóneos, se da la tentativa imposible (Artículo 15). Pero en el Artículo 15, se exige, igualmente, la realización de actos exteriores, inidóneos (sea por los medios normalmente inadecuados o por el objeto inapropiado) para definir la tentativa imposible. De esta manera, en ambos casos es indispensable una acción exterior sea o no idónea.

Considerar la idoneidad de la acción en tanto elemento de la tentativa, es debido, en parte, a que se acepta la concepción objetiva de la tentativa. De allí que se sostenga que "si el sujeto activo desarrolla una actividad inocua desde el punto de vista de su posibilidad de culminar con un hecho típico, de una manera general podría afirmarse que no ha nacido, para los efectos jurídicos, sino una intención de consumir un acto típico, porque el propósito interno no ha sido seguido por una exteriorización material en relación con aquel. Habría una desconexión entre la intención del sujeto y la manera como obra, lo que haría a aquella irrelevante para el derecho".⁶⁶ En esta argumentación, si bien se tiene en cuenta el elemento subjetivo, se le hace depender de la naturaleza de los actos exteriores ejecutados. De ser éstos no idóneos, la voluntad delictiva devendría sin importancia para el derecho penal.

Este criterio no concuerda con la regulación de la tentativa imposible. Como lo veremos más adelante, en este caso a pesar de la no idoneidad de los actos cometidos, se tiene en cuenta la voluntad expresada mediante tales actos.

Dicha voluntad sirve de fundamento de la medida de seguridad a la que deberá ser sometido el sujeto. El elemento subjetivo es el que predomina.

⁶⁵ **Ibidem.** pág. 552.

⁶⁶ Hurtado del Pozo, José, **Ob. Cit;** pág.156.

3.5.6 No realización de la consumación

El tercer elemento de la tentativa es de carácter negativo y consiste en la no consumación de la infracción, ya sea debido a causas independientes de la voluntad del sujeto o a su desistimiento voluntario. Se dice que un delito se ha consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación; es decir, cuando se han realizado todos los elementos constitutivos del tipo objetivo y del tipo subjetivo. Se trata, pues, de un criterio puramente formal, ya que lo determinante es la manera como ha sido concebida legalmente la infracción.

Para que se dé tentativa debe, justamente, permanecer incompleto el aspecto objetivo de la infracción. Esto sucede cuando no se realiza toda la acción delictuosa o cuando efectuada ésta, no se produce el resultado criminal (lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico). De ahí que con toda corrección se diga que la tentativa y el delito consumado son iguales en lo que concierne al aspecto subjetivo (intención dirigida a producir la infracción), pero que son diferentes en cuanto al aspecto objetivo, ya que éste se da imperfectamente en la tentativa. De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podemos decir que tentativa es una acción, que si al menos constituye un comienzo de ejecución (aun con medios o contra un objeto no idóneo) no llega a realizar el tipo legal perseguido.

3.5.7. Causas que impiden la consumación

“La imperfección objetiva de la tentativa puede deberse tanto a la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto, como al desistimiento voluntario de éste. Cuando un obstáculo o impedimento, ajenos a la voluntad del sujeto, detienen el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha, no puede haber tentativa (propriadamente dicha), pues la ausencia de tales obstáculos o impedimentos significa que el sujeto eligió una actividad inadecuada para su propósito o que no mantuvo su resolución inicial, casos en los cuales nos encontraríamos con

una tentativa imposible o un desistimiento (caso especial de tentativa), respectivamente.”⁶⁷

“Como consecuencia, si el sujeto desiste de continuar cometiendo su acción criminal o cuando interviene espontáneamente, luego de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado de esta su acción, también comete tentativa. Es decir, una acción tendiente a la consumación de un tipo legal. El desistimiento o el arrepentimiento, no determinan la desaparición de la tentativa, sino que influyen de manera determinada en su penalidad.”⁶⁸

La interpretación sistemática de las disposiciones del código impide considerar como tentativa sólo los casos en que la no consumación de la infracción sea debida a causas independientes de la voluntad del sujeto. La opinión contraria contradice el texto mismo de las disposiciones legales.

Admitir el criterio antes mencionado, no significa que se contradiga la afirmación de que el elemento subjetivo de la tentativa debe ser completo. Justamente, se trata de lo contrario. El desistimiento y el arrepentimiento comportan, precisamente, el abandono de la voluntad criminal. En el caso del sujeto provocador, que no busca la consumación de la infracción, no puede hablarse de desistimiento ni de arrepentimiento.

3.5.8 Tentativa y delito agotado

“Como en el elemento subjetivo de la tentativa, la referencia a un tipo legal es también un factor esencial en la determinación del elemento objetivo. Ya hemos visto que la consumación es un concepto formal, pues consiste en saber si el tipo legal ha sido realizado de manera completa. Debe ser distinguida de la noción de agotamiento del delito, que es de carácter material e interviene cuando el sujeto alcanza el fin último

⁶⁷ Pariona Arana, Raúl B. **Ob. Cit**; pág.17.

⁶⁸ **Ibidem.** pág. 17.

que se había propuesto⁶⁹ (por ejemplo, en el caso del chantajista que disponga del dinero obtenido ilícitamente).

3.5.9 Delito imperfecto

Comparada la tentativa con el delito doloso consumado aparece, objetivamente, como un delito imperfecto. Imperfección consistente en la falta de uno de los elementos objetivos del tipo legal. Esta realidad hace posible que el legislador establezca, en disposiciones generales, la represión de la tentativa, sin tener que hacerlo en cada una de las disposiciones de la parte especial. Tales normas genéricas son, debido a la técnica legislativa empleada, subordinadas, dependientes de las prescripciones que contienen los tipos legales. Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria. Una vez cometida, el sujeto se hace acreedor a una sanción. Con razón se afirma que no se trata de una parte de un hecho penal, sino de un hecho penal en sí, que consiste en la ejecución parcial de un delito. Por lo que no es de decir: comete tentativa de un hecho punible quien..., sino comete hecho punible, quien trata de realizar un delito.... A pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, generalmente en grado menor, no se puede sostener que estemos frente a una circunstancia atenuante. Sólo es un problema de técnica legislativa.

3.6 Actos preparatorios

“Luego de haber fijado en qué consiste la tentativa, estamos en condición de referirnos a los actos preparatorios. Deben ser considerados como tales todos aquellos actos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas y adecuadas.”⁷⁰ Un tercer observador, y/o conocedor del plan del sujeto, no estará en situación de afirmar, al observarlas, que se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez de la realización típica. Aunque no es posible considerar a ciertas formas de

⁶⁹ Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág. 559.

⁷⁰ Díaz Aranda, Enrique, **Ob. Cit**; pág. 83.

actuar como propiamente actos preparatorios, ya que es de tener en cuenta el tipo legal de que se trata y el plan de acción del autor, cabe señalar, en principio, como tales, a la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de comisión de la infracción, el espiar a la futura víctima, entre otros.

3.6.1 Fundamentos de su impunidad

“Generalmente, la doctrina y la legislación reconocen la impunidad de los actos preparatorios”⁷¹; en particular, debido a que no constituyen una manifestación suficiente de la intensidad de la voluntad criminal y del fin que ésta tiene. “Mediante su realización, el sujeto ha sobrepasado el límite de la fase interna del iter criminis (etapa deliberativa), pero no alcanza un nivel tal que permita observar que su accionar se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.”⁷²

La impunidad de los actos preparatorios es una exigencia de la seguridad jurídica. Por ésto, es inadmisibile la pura concepción subjetiva al momento de definir la tentativa. En el código penal guatemalteco, no se ha hecho referencia a los actos preparatorios, ni establecido expresamente su impunidad. Pero ésto se desprende de manera implícita del hecho que se haya establecido como límite genérico para la intervención penal el simple comienzo de la ejecución de un delito.

3.6.2 Excepciones a la regla de la impunidad

Por la manera como han sido reguladas, en el Artículo 17 del código penal, es de considerar que la conspiración y la proposición son casos de actos preparatorios. Consciente de la necesidad de que la punibilidad de estos casos siga siendo excepcional, el legislador ha previsto, aunque de manera confusa, que sólo son

⁷¹ Pariona Arana, Raúl B. **Ob. Cit**; pág. 3; De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal, **Ob. Cit**; pág. 148; Jáuregui, Hugo Roberto, **Ob. Cit**; pág. 54.

⁷² Díaz Aranda, Enrique, **Ob. Cit**; Pág. 84.

punibles en los casos en los que la ley lo determine expresamente. La imperfección de la disposición citada radica en el hecho de que, junto a la conspiración y proposición, se mencionan la instigación y la inducción.

Respecto a estas últimas, el Artículo 36 dispone que son autores, inc. 2, "quienes fueren o induzcan directamente a otro a ejecutarlo". Lo que podría hacer pensar que en Artículo 17, párrafo tercero, se trata de otro tipo de instigación o inducción: por ejemplo, mediata o indirecta. Esta defectuosa técnica legislativa sólo es fuente de inseguridad e imprecisión. Así, por ejemplo, se ha afirmado que "en rigor de verdad, la provocación, la instigación y la inducción resultan sinónimos".⁷³ Por el contrario, se trata de conceptos que deben ser distinguidos, en particular el de instigación que constituye una forma importante de participación criminal.

Tanto en el caso de la conspiración como en el de la proposición, el sujeto tiene la voluntad de cometer un delito determinado; es decir, un comportamiento tipificado como tal. Esta voluntad debe manifestarse mediante actos externos. Tratándose de la conspiración, dos o más personas deben concertarse para cometer dicho delito y resolver ejecutarlo. Allí, se detiene su comportamiento; pues si hicieran algún acto que constituya el comienzo de la ejecución de los actos exteriores idóneos para la consumación, se trataría de una tentativa en caso de no consumarse la infracción.

En cuanto a la proposición, el sujeto debe haber resuelto cometer un delito. Con este fin, invita a una u otras personas a ejecutarlo. Esta invitación representa el acto exterior que pone de manifiesto la voluntad criminal del autor. Tampoco este acto constituye el inicio de la ejecución del delito que el sujeto ha resuelto cometer. No es sino un acto tendiente a lograr la participación de un tercero en la empresa criminal proyectada por el autor. Un ejemplo claro de represión de estas acciones es el de la "proposición y la conspiración para cometer el delito de rebelión", reguladas en el Artículo 386 del código penal.

⁷³ Díaz Aranda, Enrique, **Ob. Cit**; Pág. 85.

Constituyen casos de actos preparatorios elevados a la condición de delitos *sui generis*. Por ejemplo, el concierto con fines de guerra Artículo 362. El delito consiste, en uno de los supuestos de la disposición, en el hecho que un guatemalteco "se concierte con el gobierno de un Estado extranjero o con sus sujetos, proponiéndose provocar una guerra o que se realicen actos de hostilidad contra la República". Basta el concierto, sin que sea necesario que el acto a ejecutarse constituya necesariamente un delito determinado. Lo mismo sucede con la introducción de moneda falsa o alterada Artículo 315 es un acto preparatorio para la comisión del delito de circulación de moneda falsa Artículo 319. Por el contrario, la instigación al suicidio Artículo 128 no constituye un acto preparatorio para la comisión de un delito, puesto que ni el suicidio es un delito, ni la instigación constituye propiamente un acto preparatorio.

Además debe tenerse en cuenta que ciertos actos que, tomados independientemente pueden ser calificados de preparatorios, son generalmente reprimidos a título de actos de complicidad; por ejemplo, entregar el arma al homicida. "En doctrina, se afirma con frecuencia que en estos casos excepcionales el legislador reprime los actos preparatorios a título de delitos *sui generis*".⁷⁴Nos parece inconveniente esta terminología, pues nos hace pensar en que todavía es posible reprimir la tentativa de realizar tales formas de actuar. Es de rechazar este criterio y más bien afirmar la inadmisibilidad de la tentativa en tales casos. "Un ejemplo interesante referente a la definición legal de los actos preparatorios y de su represión excepcional lo ofrece el Código Penal suizo. Concebidos como un delito especial y sólo en relación a delitos bastante graves, se le define como el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización; las mismas que indican, por su naturaleza y amplitud, que el sujeto se disponía a la ejecución del acto delictivo."⁷⁵

"Según esta fórmula no basta un acuerdo puramente intelectual entre delincuentes para delinquir. Es necesaria la existencia de un plan y que el sujeto realice algo; por

⁷⁴ Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág. 561.

⁷⁵ Wessels, Johannes, **Derecho penal, parte general**, pág. 245.

ejemplo, la adquisición progresiva de armas o de fondos, el recabar información sobre el lugar de la infracción o la ejecución. El objetivo buscado es el de adelantar la intervención represiva antes que se comience a ejecutar la infracción y, de esta manera, evitar que se cree una situación que implica ya un daño irreparable. Así, no sería indispensable esperar que los malhechores, listos para pasar a la acción, inicien su accionar delictivo. Estas razones y, además, la restricción de la represión a los actos preparatorios de los delitos de homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, raptó, toma de rehenes o incendio intencional, no justifican plenamente la ampliación de la represión. En nuestra opinión, se trata de un ejemplo que no debe ser seguido en nuestros países por los abusos a que puede dar lugar su aplicación.”⁷⁶

3.7 Tentativa acabada e inacabada:

Cuando el delincuente realizó la acción delictuosa sin llegar a completarla, se habla de que existe una tentativa inacabada. De manera negativa, se puede decir que no ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación. Para saber si éste es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del sujeto; es decir, el contenido de su voluntad criminal. “La interrupción de la acción puede deberse a una decisión espontánea del sujeto o a la presencia de causas extrañas (el arma se le descompone, un tercero le sorprende, se le amenaza para que no continúe, etc.). En el caso de que el sujeto decida voluntariamente abstenerse de continuar ejecutando la acción, se habla de desistimiento voluntario.”⁷⁷

“En la tentativa acabada, el autor lleva a cabo todos los actos que, de acuerdo a su representación, son indispensables para la producción del resultado. Como en la tentativa inacabada, la consumación de la infracción no se produce; ya sea debido a una intervención voluntaria del delincuente o a circunstancias accidentales. En el

⁷⁶ **Ibidem.** pág. 245.

⁷⁷ Díaz Aranda, Enrique, **Ob. Cit**; pág. 87.

primer caso, se trata del llamado arrepentimiento activo; el segundo es el denominado delito frustrado.”⁷⁸

Objetivamente, en la tentativa acabada, la acción criminal ha llegado a un desarrollo mayor que en la tentativa inacabada. Sin embargo, no se debe olvidar que en la determinación de su existencia es capital tener en cuenta el plan del sujeto y el tipo legal que pretende consumir.

3.8 El desistimiento espontáneo

El Artículo 16 del código penal declara que cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si constituyen delito por sí mismos.

“La forma de tentativa que aquí se trata es la de la tentativa inacabada porque el sujeto no realiza todos los actos necesarios para consumir el delito. Ésto significa que el abandono de la voluntad criminal, por parte del sujeto, debe producirse mientras esté ejecutando la acción; mientras se halle dentro de la progresión del hecho. El desistimiento debe ser espontáneo; es decir, realizado por el delincuente de manera voluntaria y de propia iniciativa.”⁷⁹

El saber si el sujeto desistió espontáneamente es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, ya que no pueden ser elaboradas reglas fijas generales; a lo más es factible fijar algunas directivas generales.

“Se trata, comúnmente, de un desistimiento espontáneo cuando el sujeto lo hace sin que se haya producido un cambio esencial en la situación. Si surge un obstáculo físico

⁷⁸ **Ibidem.** pág. 89.

⁷⁹ Wessels, Johannes, **Ob. Cit;** pág. 247.

que le impide proseguir su acción delictuosa, no podrá concebirse que el sujeto desistiera espontáneamente.”⁸⁰

Esta calidad de desistimiento, exigida por la ley, es particularmente excluida por el descubrimiento de la acción delictuosa por parte de un tercero; pero no por la ausencia de motivos éticos.

“El desistimiento es espontáneo aunque fuera provocado por el súbito temor de ser severamente penado, de ser sorprendido in fraganti, a las consecuencias de su acto o por simple desagrado. La resistencia de la víctima o de un tercero, impiden que el desistimiento del sujeto cumpla con este requisito legal. El descubrimiento del delincuente durante su accionar, por parte de un tercero, puede, algunas veces, no ser considerado como factor que excluye la espontaneidad del desistimiento. Sería el caso cuando el tercero sea una persona por la cual el sujeto, debido a sus relaciones personales, no tema ser denunciado; por ejemplo, su madre o esposa.”⁸¹

En relación con el por qué se declara impune la tentativa en caso de desistimiento espontáneo, se ha sostenido, tradicionalmente, que se trata de un puente de oro tendido al delincuente a fin de evitar que consuma su infracción.

“Este criterio defendido por Franz von Liszt, a partir de una concepción de política criminal individual, es ahora fuertemente criticado, porque no concuerda con la realidad; en la medida en que esta disposición permanece desconocida, no influye en el sujeto en el momento de actuar. En reemplazo de la concepción de von Liszt, se afirma ahora que se trata de un premio y/o gracia concedido al delincuente, y este criterio tampoco es satisfactorio. Es preferible la opinión de quienes sostienen, a partir de una concepción de política criminal general y considerando los fines de la pena, que el sujeto al desistir pone en evidencia una voluntad insuficientemente intensa para realizar la infracción, por lo que resulta innecesario reprimirlo. El sujeto no se revela

⁸⁰ **Ibidem.** pág. 248.

⁸¹ **Ibidem.** pág. 249.

como peligroso y la perturbación del orden jurídico es suprimida por su enmienda espontánea.”⁸²

Esta manera de fundamentar la impunidad de quien desiste de su tentativa, es el fruto de la consideración de diferentes ideas, entre las que predominan las concernientes a la prevención general y especial. Y, aquí también debemos considerar la de facilitar o, al menos, no dificultar que el sujeto dé marcha atrás en su acción delictuosa.

El desistimiento es una circunstancia personal de impunidad que sólo favorece a quien lo practica. Vale decir, cuando sólo uno de los participantes en la acción delictuosa se decide espontáneamente a no continuar actuando, sólo él será favorecido con la exención de pena, no así los otros.

El hecho de que el sujeto haya desistido espontáneamente no significa todavía que se halle exento de toda sanción penal por lo que se había propuesto cometer. El Artículo 16, al final, estatuye que "sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos".

Esto es, que si los actos cometidos constituyen ya una infracción autónoma, el sujeto será perseguido y sancionado por dicha infracción. Así, por ejemplo, quien con el fin de matar a otro lo agrede con arma blanca y luego de inferirle algunas heridas le ves, desiste espontáneamente de proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones dolosas.

Otro caso sería, el de quien ingresa a casa ajena, con el objeto de violar a la propietaria, luego de amenazarla se desanima y sale de la casa.

Este sujeto será sancionado penalmente en relación al delito de allanamiento de morada y/o amenaza, mas no como autor de tentativa de violación.

⁸² Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág.564.

3.8.1 El arrepentimiento activo:

El mal denominado arrepentimiento activo, conforme a la doctrina dominante, se origina cuando el sujeto ha realizado todo lo que, según su representación, dependía de él para consumar la infracción; pero, interviene para evitar la producción del resultado. A estas alturas del desarrollo de la acción, ya no es posible un desistimiento. En el código penal, no se ha insertado una disposición expresa para regularlo. No está comprendido en el Artículo 14 porque, en esta disposición, se estipula que el delito no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente.

En el arrepentimiento activo, el abandono del comportamiento delictuoso depende de la iniciativa del sujeto. Tampoco lo está en el Artículo 16, pues el desistimiento supone, como lo hemos visto, que el delincuente no realice todos los actos necesarios para consumar el delito.

Quien envenena a una persona o dispara con una arma de fuego contra ella ha realizado los actos necesarios y lo único que le queda es esperar que la muerte de la víctima se produzca. El sujeto ha ido así hasta las últimas consecuencias en su accionar. No es indispensable que haga algo más para consumar el delito. Sin embargo, éste no se consuma porque el autor hace lo necesario para evitarlo.

3.9 La tentativa imposible

La denominada tentativa imposible es tentativa, entendida *in extensu*. El sujeto tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin; pero, la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza de los medios empleados o del objeto hacia el que se dirige la acción.

Con las palabras de la ley: es cuando se trata de consumar un delito con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de naturaleza tal que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible.

La no producción del resultado es consecuencia de circunstancias accidentales; no dependientes de la voluntad del sujeto.

“A diferencia de lo que sucede en algunos casos de tentativa acabada o inacabada, las circunstancias accidentales en el caso del delito imposible consisten en que los medios empleados por el delincuente o el objeto contra el que dirige su acción son de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible.”⁸³ Por esto sería mejor no referirse a estas circunstancias como accidentales, ya que su presencia hace de la acción una empresa intrínsecamente inadecuada para consumir la infracción.

3.9.1 Imposibilidad absoluta y relativa

El legislador al referirse a la realización absolutamente imposible, presupone la existencia de otros casos, en los cuales la no consumación del delito es relativamente imposible. Se dice que la imposibilidad es absoluta cuando la acción es en sí misma inapropiada, en razón de la naturaleza de los medios o del objeto, para culminar en la consumación del delito.

Por ejemplo, emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (inidoneidad del medio) o practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (inidoneidad del objeto).

Así, la imposibilidad es calificada de relativa, cuando realizada la acción en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios, la producción del resultado sería factible. Por ejemplo, el empleo de una cantidad insuficiente de veneno (inidoneidad del medio), el disparar contra el lecho donde reposaba la víctima, y del cual se había alejado (inidoneidad del objeto).

⁸³ Díaz Aranda, Enrique, **Ob. Cit**; pág. 92.

El Artículo 15 es de aplicación en caso de imposibilidad absoluta. Y los casos de imposibilidad relativa serán reprimidos, según las circunstancias, a título de tentativa stricto sensu, en el Artículo 14.

La distinción entre imposibilidad absoluta y relativa ha sido criticada fuertemente en doctrina. Quienes la practicaron por primera vez fueron los defensores de la idea de que sólo la tentativa peligrosa es punible; y que la peligrosidad debería ser determinada por el juez (ex post). Para ellos, únicamente los casos de imposibilidad relativa constituían un peligro para el bien jurídico, y sólo éstos debían ser reprimidos.

“Por el contrario, la imposibilidad absoluta no era peligrosa, ya que el delito no podía ejecutarse en ningún caso, y menos podía ser empezada su ejecución. Es evidente que el legislador no ha aceptado este criterio; tampoco sigue el de los sostenedores de la nueva teoría objetiva, conforme la cual la peligrosidad no se debe establecer ex post sino ex ante. Lo que significa que el juez debe apreciar la acción en el momento del acto y comprobar si el resultado era posible. El legislador no ha tenido en cuenta la peligrosidad de la acción, sino, en primer lugar, la de la voluntad criminal del sujeto.”⁸⁴

Por lo anterior es conveniente tomar como punto de partida este criterio subjetivo. El factor objetivo de la idoneidad absoluta de los medios o del objeto, es tomado en consideración para determinar la sanción que merece el sujeto. Pero, en ningún momento, para fundamentar la represión.

3.9.2. Tentativa irreal o supersticiosa

Debido a la amplitud del texto legal, parece, a primera vista, muy difícil excluir de la represión los casos extremos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa (el pretender causar la muerte de un tercero recurriendo a medios mágicos).

⁸⁴ Hurtado del Pozo, José, **Ob. Cit**; pág.173.

“Con el fin de fundamentar la no represión de la tentativa irreal, se recurre en Alemania a un criterio objetivo. En estos casos, se afirma que no se perturba la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico, lo que se produciría si se deja impune a quien, de manera seria, se propone un hecho penalmente relevante y ha comenzado su ejecución.”⁸⁵

De acuerdo con Bacigalupo, nosotros pensamos que los casos generalmente calificados de tentativa irreal o supersticiosa, no son, en buena cuenta, tentativa, ya que no puede considerarse comenzada la ejecución del delito, "pues según la experiencia general no es parte de la acción típica",⁸⁶ el acto realizado por el sujeto. Por ejemplo, realizar sesiones de magia para hacer que un espíritu haga daño a un tercero o lanzar con una honda piedras contra un avión con el fin de derribarlo. Por no darse un comienzo de la ejecución, en estos casos, no se produce un acto penalmente relevante y, por lo tanto, sin efecto en la comunidad.

3.10 El delito de conspiración en la legislación guatemalteca

Como hemos podido observar cuando se desarrollo el tema del *iter criminis* en los numerales anteriores, el tema de la conspiración debe analizarse no solo desde la óptica eminentemente científico-jurídica, sino también desde la variable política y específicamente político criminal, recordando que: “...Cuanto respecta al que se llamó desde los prácticos, el *iter criminis*, no sólo reviste dificultades ingentes, sino que, a menudo, en cuanto al primer estadio de la vía criminal—el pensamiento delictivo— resulta hoy, especialmente en los países que hablan nuestra lengua, contradictorio desde los principios que dicen acatar (...) Si, abandonando este tema, nos limitamos a las cuestiones jurídico penales, forzoso resulta que arduo resulta el deslinde entre el acto preparatorio y el comienzo de ejecución...”⁸⁷

⁸⁵ Jiménez de Asúa, Luís, **Ob. Cit**; pág.573.

⁸⁶ Citado por Díaz Aranda, Enrique, **Ob. Cit**; pág. 96.

⁸⁷ Jiménez de Asúa, Luís. **Ob. Cit**; pág.546.

3.10.1 La Conspiración en el Código Penal

En primer término la simple enunciación verbal de la resolución criminal, sólo será punible según nuestro Código Penal cuando se encuentre tipificada expresamente en la ley.

Así, el *Artículo 17 del código penal indica*: “Conspiración y proposición. Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo. La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.”

De esta forma nuestra ley penal al expresar que solo se considerarán delictivas aquellas manifestaciones que estén expresamente consagradas en la ley a contrario sensu nos está diciendo que los actos preparatorios por regla no constituyen delito.

Nuestro código regula sólo unas cuantas figuras delictivas, que comentamos anteriormente pueden considerarse como tipos sui generis de carácter excepcional y que como se ha dicho deben tener una penalidad proporcional al riesgo que representan para un bien jurídico concreto.

Un ejemplo lo constituye la conspiración de rebelión regulada en el Artículo 386 del código penal.

3.10.2. El delito de conspiración en la ley contra la delincuencia organizada

Habiendo ya comentado la posición de la doctrina y la legislación en materia penal con respecto a la penalización de los actos introductorias, que son eminentemente contrarios a estos, es recomendable citar que a nivel del informe sobre leyes penales y Derechos Humanos para América Latina, el cual en el apartado relativo al numeral 23,

Desconocimiento de principios básicos en materia de tentativa y participación, al finalizar concluye: "...1) Procurar, por vía legislativa e interpretativa, excluir del ámbito de la tentativa los actos preparatorios, evitando fórmulas e interpretaciones que extiendan el ámbito de lo punible a actos que no afecten bienes jurídicos..."

En igual forma debe constar en este trabajo una más moderna opinión doctrinaria basada sobre todo en el apareamiento de la denominada delincuencia organizada, así, dada la forma en que opera una organización criminal y, que su estructura está diseñada precisamente para desarrollar acciones criminales, la tendencia internacional ha sido la de justificar que la concertación para cometer actos criminales se sancione como un delito independiente de los que se consumen.

Esto, obedece a que un aparato organizado que resuelve cometer acciones delictivas y que se ha organizado precisamente para cometerlos, utiliza la concertación como un acto fundamental para garantizar el éxito de la actividad criminal, pues allí radica una de las diferencias concretas con la criminalidad común: su alto grado de planificación y su distribución de roles.

Por ello, desde la Convención de Palermo, se especificó al respecto:

"Artículo 5.- Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado: 1. 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..."

En cumplimiento del compromiso adquirido por el Estado de Guatemala en dicho instrumento, el Congreso de la República incluyó en el Artículo tres de la Ley Contra la Delincuencia Organizada el delito de conspiración, regulándolo de la siguiente manera:

“Artículo 3º. Conspiración. Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo. Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán señaladas por el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos.

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

De los contemplados en la Ley Contra la Narcoactividad:

Tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio tráfico o almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas, facilitación de medios; asociaciones delictivas, procuración a la impunidad o evasión.

De los contenidos en la Ley de Lavado de Dinero u Otros activos:

Lavado de dinero y otros activos.

De los contenidos en la Ley de Migración:

Ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales.

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

Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero.

De los contenidos en el Código Penal:

Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión, y prevaricato.

Evasión, cooperación a 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 o alterada.

De los contenidos en la Ley contra la Defraudación Aduanera.

De los contenidos en la presente ley:

Asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción a la justicia, comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional, exacciones intimidatorios, obstrucción extorsiva de tránsito.”

La conspiración requiere el acuerdo de dos o más personas. Son todos autores, pues no hay conspiración sin que participen en ella por lo menos dos personas. El delito queda consumado con los actos de conspiración.

Como puede apreciarse la conspiración por regla no constituye una acción que pueda ser considerada penalmente relevante, pero cuando se trata de figuras como terrorismo, narcotráfico, lavado de dinero y otras de gravedad, y siempre que de los medios de investigación y de los actos externos ejecutados por los conspiradores se pueda establecer su acuerdo para la planeación de un hecho delictivo, se tiene la posibilidad legal de realizar los actos de persecución penal respectivos antes que el delito final se ejecute. Todo ello, en virtud que la propia naturaleza de los delitos requiere de una intervención del Estado previo a que el producto ilícito principal se configure.

Por ejemplo, en los actos terroristas de la explosión de trenes en Madrid, España, o en los atentados con bombas en distintas partes del mundo, al elevarse a delito la conspiración, se puede intervenir legítimamente antes de que el daño se cause.

Por ello aunque la elevación de delito de conspiración a todas las figuras que regula el Artículo 3 de la Ley motivo de este análisis, tendría una muy buena fundamentación desde el punto de vista del derecho de seguridad, lo criticable, lo constituye el hecho de pretender elevar la punibilidad de la conspiración a la misma pena asignada al delito consumado.

Lo anterior, en razón de que el principio de legalidad de donde se deriva el principio de proporcionalidad de la pena por el cual ésta debe ser acorde a la lesión que se comete con el hecho típico. En palabras del profesor Juan Bustos Ramírez: “Consecuencia del principio de igualdad es también el de proporcionalidad, en cuanto la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Ha de excluirse penas iguales para hechos diferentes, puesto esto implica también discriminación. Una afeción a la vida nunca puede tener la misma pena que una afeción al patrimonio.”⁸⁸

De esta forma se sancionaría con pena de muerte la ejecución de un secuestro como la conspiración para secuestrar, lo cual vulneraría de igual forma el Pacto de San José, pues se aumentan los delitos castigados con la pena de muerte.

En igual forma la última frase contenida en el tipo penal, independientemente de las asignadas a los delitos cometidos, podría entenderse como que podrían imputársele a la persona el delito de conspiración para secuestrar y el de secuestro consumado situación inaceptable a nivel doctrinario y constitucional pues se estaría sancionando en forma independiente el acto preparatorio y el hecho consumado, cuando el primero es solo una etapa en la ejecución del segundo, que al agotarse absorbe al primero.

⁸⁸ Bustos Ramirez, Juan, **Manual de derecho penal**, pág. 104.

En este caso, para evitar la duplicidad de sanciones por actos concertados y luego por actos finalmente ejecutados, es necesario utilizar las reglas generales de la doctrina y del código penal relativo al concurso de delitos, de tal forma que la concertación (conspiración) para cometer el delito finalmente cometido, deberá considerarse como un acto necesario para cometer el segundo; en tal sentido, estaremos ante un concurso ideal de delitos, o más tutelarmente de los derechos humanos de los procesados el principio de absorción por el cual el delito autónomo de conspiración estaría inmerso en el delito principal que sería el que se castigaría, si el sujeto hubiere cometido ambos.

Un último inconveniente a señalar en cuanto a la nueva regulación para el combate al crimen organizado, es que cuando se refirió a la ley de lavado de dinero u otros activos solo mencionó el Artículo 2, de dicha ley especial sin considerar que en el Artículo 6 de la referida normativa se preceptúa que:

“ARTICULO 6. OTROS RESPONSABLES. Quienes se hallaren responsables de participar en la proposición o conspiración para cometer el delito de lavado de dinero u otros activos así como la tentativa de su comisión, serán sancionados con la misma pena de prisión señalada en el artículo 4 para el delito consumado, rebajada en una tercera parte, y demás penas accesorias.” (El resaltado es de la ponente)

Con este Artículo, existe un tratamiento para los conspiradores de lavado de dinero, que es totalmente contraria a la contenida en la Ley contra la delincuencia organizada, toda vez que, como ya se indicó, en el Artículo 47 de la Ley contra el lavado de dinero y otros activos, se normó la prevalencia de esta ley sobre cualquier otra incluso posterior si no la deroga expresamente, circunstancia que no se realizó en esta última. Por ello al momento de quererse aplicar dicha normativa en este especial delito el Juez estaría nuevamente ante un aparente conflicto de normas penales, que si se aplican los principios doctrinarios y legales para resolver el mismo debería prevalecer la de lavado de dinero u otros activos. Esto porque la nueva ley (Contra la delincuencia) no derogó expresamente a la de Lavado de dinero u otros activos, que sigue siendo la especial,

Principio de Especialidad, y en base a otros principios fundamentales del derecho penal como el de *indubio pro reo*, principio de legalidad, proporcionalidad de la pena, culpabilidad, entre otros.

CONCLUSIONES

1. La ley contra la delincuencia organizada generó una nueva corriente político – dogmático en Guatemala, al abrir la posibilidad de penalizar de forma autónoma, los actos preparatorios en que incurra una persona para preparar la comisión de delitos considerados de criminalidad organizada.
2. La ley contra la delincuencia organizada en Guatemala violenta los principios constitucionales de personalidad y de legalidad, al penalizar de igual forma al delito de conspiración y a los delitos consumados, contenidos en dicha ley.
3. Con la regulación del delito de conspiración en la Ley Contra la Delincuencia Organizada en Guatemala, se viola la Convención Americana de Derechos Humanos, al implantar la pena de muerte al conspirador del delito de secuestro.
4. La ley contra la delincuencia organizada en Guatemala establece doble sanción al considerar la aplicación de la pena para el delito de conspiración y la pena para el delito finalmente consumado, violentando así, el principio de non bis in idem.
5. En virtud de la forma en que se penaliza la conspiración en la ley contra la delincuencia organizada, su aplicación taxativa podría rebasar el límite máximo de la pena de prisión prevista en el código penal.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe restringir el listado de delitos a los que la ley contra la delincuencia organizada les aplica la conspiración como un delito autónomo, y de esta manera evitar el abuso del ejercicio del poder sancionatorio por parte del Estado y la consecuente violación a los principios fundamentales de un Estado democrático de derecho.
2. Que los Jueces al aplicar el marco de sanción penal para el delito de conspiración, conforme la Ley contra la Delincuencia Organizada, hagan prevalecer los principios constitucionales para evitar la sanción desmedida de los actos preparatorios y los actos criminales externos propiamente dichos.
3. Que los Jueces en Guatemala apliquen con primacía la Convención Americana de Derechos Humanos, evitando extender la pena de muerte al delito de conspiración de secuestro, cuando éste se haya consumado y hubiere fallecido la víctima.
4. Que los Jueces en Guatemala apliquen las reglas del concurso ideal del delito cuando la misma persona haya ejecutado los actos preparatorios y la consumación del delito principal, evitando así, sancionar a una misma persona por la conspiración y por el delito consumado; haciendo prevalecer el principio constitucional de non bis in idem.
5. Que los jueces que integran los tribunales de sentencias, en cumplimiento del principio constitucional de indubio pro reo, al aplicar las penas por los delitos de conspiración y otros delitos consumados, respeten el límite máximo de pena de prisión prevista en el código penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. **Derecho penal venezolano**. McGraw-Hill. Caracas, Venezuela. 1997.
- BENTACUR, Norberto A. **Grandes corrientes del derecho penal. Escuela Clásica**. Editorial Linoyipia Bolivia. Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1996.
- BONESANA, César. **De los delitos y las penas**. Iure editores. Decimoquinta edición.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Editorial Hammurabi.
- CARMIGNANI, Giovanni; Carrara, Francisco; y otros. **Escuela Clásica. Cuerpo orgánico de conocimientos relativos a la defensa de las garantías individuales como reacción contra los abusos de poder y contra la arbitrariedad**. <http://www.geocities.com>.
- CARNELUTTI, Francisco. **Las miserias del proceso penal**. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.
- CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Edit. Temis. Bogotá (Colombia) 1957.
- DE MATA VELA, José Francisco y DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. **Derecho penal guatemalteco**. Parte General y Especial. Editorial Magna Terra Editores. Decimo Octava Edición corregida y aumentada. Guatemala. 2008.
- Diccionario de Derecho Usual**. Edit.; Heliasta S.R.L. Buenos Aires (Argentina), 1979
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. (Teoría del Garantismo Pena)** Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trota. S.A. 1997.
- FOUCAULT, Michael. **La verdad y las formas jurídicas**. Editorial Gedisa, segunda Edición; Barcelona 1983.
- FOUCAULT, Michael. **Vigilar y castigar**. Editorial Siglo XXI; 1975.
- GÓMEZ RAMÍREZ, Nola; **Análisis de los principios del derecho penal**, www.Monografias.com. Consultada 15 de febrero de 2009
- GREEN, Tomas. **Los contrabandistas**. Nueva York: Walker; 1969.

- GRISANTIS A, H. **Lecciones de derecho penal**. Parte General. Edit.; Vadell Hermanos. Valencia (Venezuela), 2000.
- GRISANTIS A, H. **Lecciones de derecho penal**. Parte General. Editorial Vadell Hermanos. Valencia (Venezuela), 2000.
- GUERRERO, Jorge. **Consideraciones acerca del jurado, en reminiscencia de Cátedra y Foro**, Trad. De, Editorial Temis. Bogotá (Colombia), 1988.
- HURTADO DEL POZO, José. **Nociones fundamentales de derecho penal**. Editoria Ad Hoc. Primera Edición. México. 2003.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **El debate en el proceso penal guatemalteco**. Editorial Magna Terra. Guatemala 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. (Principios de Derecho penal) Edit.; sudamericana. Buenos Aires (Argentina), 1980.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Teoría general del delito**. Colección de textos jurídicos. Iure Editores México. 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Autoría y participación**. <http://www.unifr.ch/derechopenal/>.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Fundación Universidad De Jerez. 1985.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Tirant. 1989.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.
- PADILLA, Luis Alberto. **Guatemala: Implicaciones jurídicas de la Discriminación Indígena**. www.iidh.ed.cr/.../diversidades/docs.
- PARIONA ARANA, Raúl B. **Delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución del delito**. <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtual/Publicaciones>.
- RESA NESTARES, Carlos. **Evolución reciente de la delincuencia organizada transnacional en España**. www.bibliotecajuridica.org consultada 2/02/2007.
- RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **Modulo de autoría**. UCI OJ/AID.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. ***El Principio de nullum crimen sine actione.*** www. Monografías.com.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en el derecho penal**", Ed. Marcial Pons. Madrid. 2000.

ROXIN, Claus; MIR PUIG, Santiago y otros. **Autoría y participación criminal**, Serie Justicia y Derechos Humanos, Fundación Myrna Mack.

SAGGS, H.W.F. ***The greatness that was Babylon.*** Nueva York: Hawthorn. Traducido al español por Jorge Rodríguez, Editorial Hamurabí. Primera Edición.1988.

SÁNCHEZ, Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Bosch Editor. 1992.

TOCORA, Fernando, **La Personalidad y el Derecho Penal de Autor.** www. Monografías.com.

VELASCO GAMBOA, Emilio. **La Delincuencia en la era de la globalización.** <http://www.galeon.com/emilio-velazco>. 8/02/2007

WESSELS, Johannes. **Derecho penal. Parte general**, traducido de la 6a. Ed. alemana por Conrado Finzi, Buenos Aires 1980.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, 1986.

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de La República de Guatemala

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

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