

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



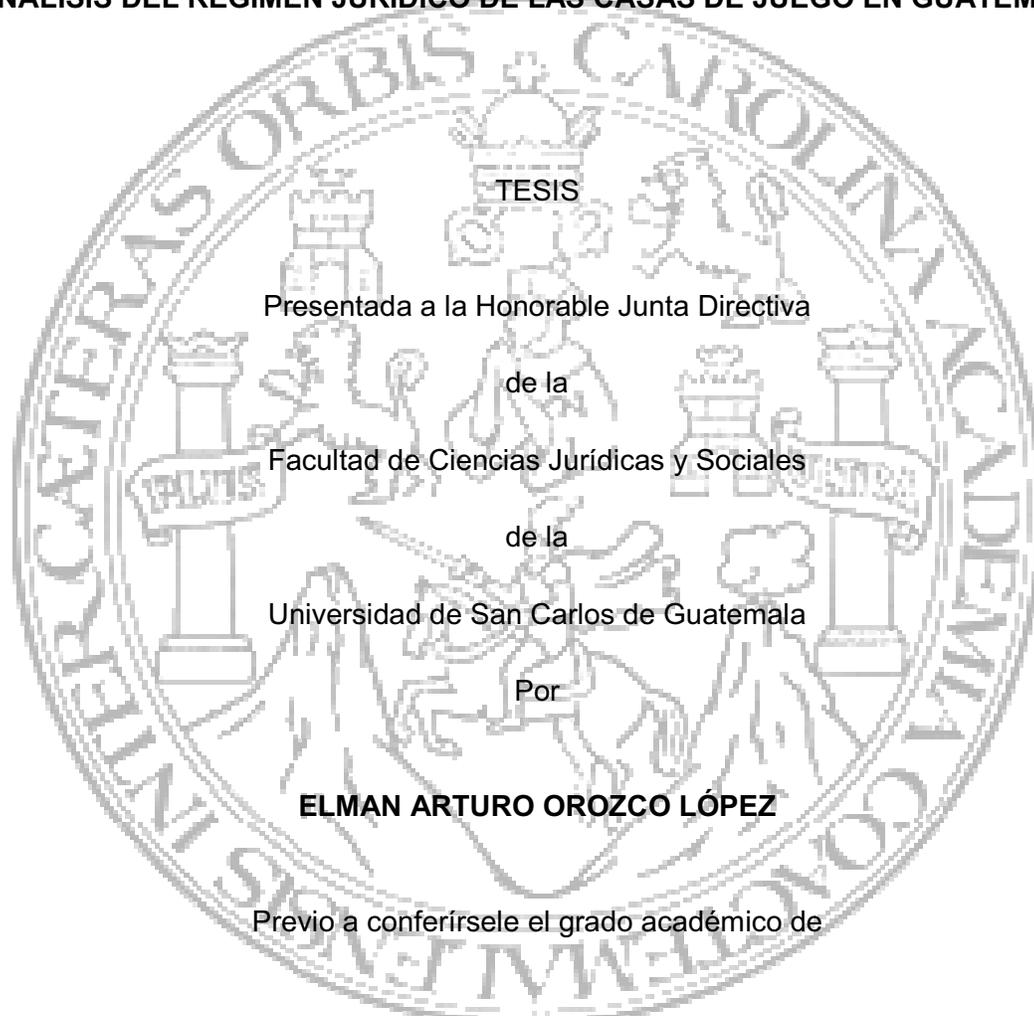
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CASAS DE JUEGO EN GUATEMALA

ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010

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

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CASAS DE JUEGO EN GUATEMALA



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz.
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría.
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada.
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Mario René Monzón Vásquez.
Vocal:	Lic. David Sentes Luna.
Secretaria:	Licda. Liliana Irasema Araujo P.

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno.
Vocal:	Lic. Julio César Quiroa Higueros.
Secretario:	Lic. Ronaldo Sandoval Amado.

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).

BUFETE CORPORATIVO DE ABOGADOS Y AUDITORES
11 CALLE 4-52, ZONA 1, GUATEMALA, CIUDAD.
TELÉFONO: 2232-3916



Guatemala, 17 de junio de 2010.

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

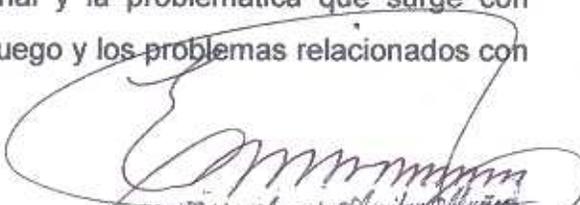
Presente

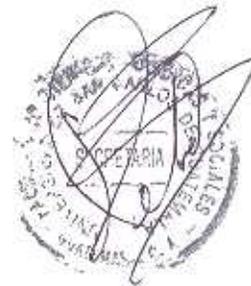


Licenciado Castillo Lutín:

Con el debido respeto me dirijo a usted, con el objeto de dictaminar sobre el trabajo de tesis del bachiller **ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ**, el cual se intitula **“ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CASAS DE JUEGO EN GUATEMALA”** manifestándole al respecto lo siguiente:

- A. Que fui designado como asesor de la tesis indicada por lo que orienté al bachiller Orozco López respecto a la forma de enfocar el tema y desarrollarlo conforme al plan que se había trazado, con algunas modificaciones que fueron hechas.
- B. El autor, en el trabajo que desarrolla, analiza que es tema de discusión en el ámbito Penal, el hecho de la existencia de las casas de juego, y la forma de su autorización y funcionamiento.
- C. Asimismo, el autor luego de hacer un análisis amplio sobre el tema, en donde hace énfasis desde el punto de vista Penal y la problemática que surge con relación al funcionamiento de las casas de juego y los problemas relacionados con las personas que las frecuentan.

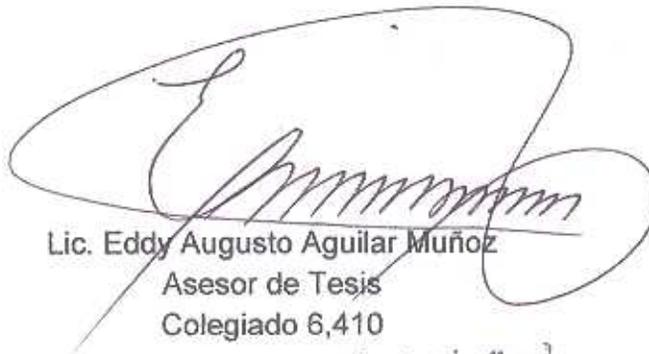

Eddy Augusto Aguilar Chucura
ABOGADO Y NOTARIO



BUFETE CORPORATIVO DE ABOGADOS Y AUDITORES
11 CALLE 4-52, ZONA 1, GUATEMALA, CIUDAD.
TELÉFONO: 2232-3916

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis en Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular,



Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Asesor de Tesis
Colegiado 6,410

Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cinco de julio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR OSBERTO OROZCO Y OROZCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ, Intitulado: "ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CASAS DE JUEGO EN GUATEMALA". -

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".

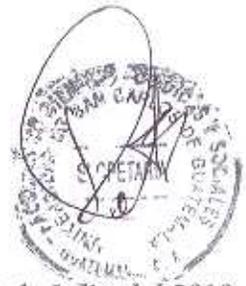

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

BUFETE JURÍDICO

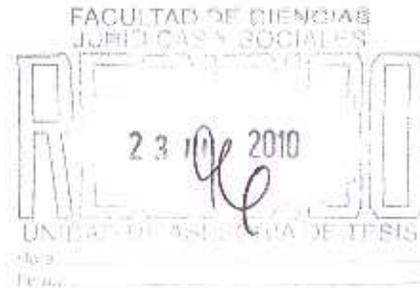
21 calle 2-21 zona 1 segundo nivel. Guatemala
Tels. 22211376, 22207989



Guatemala, 23 de Julio del 2010

Licenciado:

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su despacho.

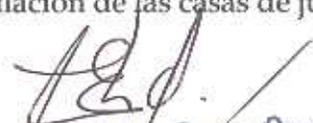


Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con su oficio de la fecha cinco de julio de dos mil diez, me permito informarle a usted que he REVISADO el trabajo de tesis del estudiante **ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ**, intitulado "ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CASAS DE JUEGO EN GUATEMALA".

El estudiante **ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ** en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad con apoyo en el derecho positivo, vigente y la doctrina, lo relevante a la regulación de las casas de juego establecidas en Guatemala, siendo este trabajo una aportación importante para el desarrollo y comprensión del derecho y su regulación como normas vigentes y su aplicación dentro del ámbito guatemalteco y por ende en la formación académica y su libre albedrío, bajo normas jurídicas mismas que se deben respetar y cumplirse. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones, doctrinas, conclusiones y recomendaciones así como regulación legal en materia de las casas de juego reguladas en el Código Civil y Código Penal guatemalteco, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicables a nuestro derecho positivo y por ende en normas vigentes, lo que hace de estere trabajo un documento de consulta y utilidad técnica y científica a quien esa clase de información necesite.

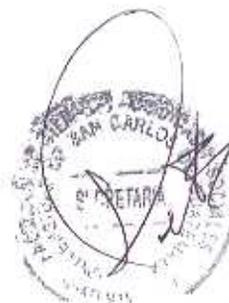
Al trabajo de tesis se le hicieron algunas recomendaciones bien fundantes, las cuales fueron entendidas fielmente por el estudiante **OROZCO LÓPEZ**. El autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios que lo enriquecen, y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo del criterio jurídico sobre la regulación de las casas de juego.


Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario

BUFETE JURÍDICO

21 calle 2-21 zona 1 segundo nivel. Guatemala

Tels. 22211376, 22207989



En definitiva el contenido del trabajo de investigación se ajusta a los requisitos científicos y técnicos necesarios exigidos en el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo que emito **OPINIÓN FAVORABLE** para que el mismo sea discutido en Examen público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de consideración y respeto,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

A handwritten signature in black ink, appearing to read "H. Orozco".

Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco

Colegiado 5068

Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco

Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de octubre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ELMAN ARTURO OROZCO LÓPEZ, Titulado ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CASAS DE JUEGO EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/slh.



DEDICATORIA

- A DIOS: A ti sea esta gloria y honra, ya que con tu luz divina has iluminado mi camino, me has dado el entendimiento y la sabiduría para alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES: Arturo Orozco y Ofelia López de Orozco, por el apoyo incondicional brindado en mi carrera universitaria.
- A MI ESPOSA: Lily Marleny Bravo de Orozco, por su gran amor, paciencia y apoyo incondicional.
- A MIS HIJOS: Heidi, Estuardo y Arturo, como una recompensa a su amor, comprensión y apoyo sin lo cual no hubiese sido posible este triunfo.
- A MI NIETA: Sophia Orozco, regalo de Dios.
- A MIS HERMANOS: Celia, Axel, Adilia, Heber, Osiel y Abel, por el apoyo brindado para lograr mis metas.
- A MI FAMILIA EN GENERAL: Con cariño y aprecio.
- A MI ASESOR Y REVISOR: Por sus consejos dedicación, paciencia y enseñanza, gracias.
- ESPECIALMENTE A: Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco, por el apoyo brindado para alcanzar esta meta.
- A NUESTRA GLORIOSA: Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a mi Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de forjar mis anhelos y aspiraciones en mi vida profesional.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I.

1. Derecho penal.....	1
1.1 Definición de derecho penal.....	2
1.2 Naturaleza jurídica del derecho penal.....	4
1.3 Principios informadores del derecho penal.....	4
1.4 Clases de derecho penal.....	7
1.5 Características del derecho penal.....	8
1.6 Finalidad del derecho penal.....	10
1.7 Definición de delito.....	17
1.8 Naturaleza del delito.....	19
1.9 Criterios para definir el delito.....	22
1.10 Elementos positivos del delito.....	29
1.11 Elementos negativos del delito.....	31

CAPÍTULO II

2. Los juegos de azar.....	35
2.1 Generalidades.....	35
2.2 Antecedentes históricos de los juegos de azar.....	36
2.3 Definición de juegos de azar.....	39
2.4 Antecedentes históricos de las casas de juego.....	40
2.5 Aspectos generales de las casas de juego.....	40
2.6 Definición de las casas de juego.....	41
2.7 Clasificación de las casas de juego.....	41
2.8 Elementos de las casas de juego.....	43

	Pág.
2.9 Las casas de juego relacionadas con los juegos ilícitos.....	44
2.10 Características de los juegos ilícitos.....	45
2.11 Clasificación de los juegos ilícitos.....	46
2.12 Definición de juegos ilícitos, de suerte, envite o azar, y juegos prohibidos...	50
2.13 El juego como delito y falta.....	54
2.14 Falta.....	55
2.15 Diferencia entre falta y delito.....	56

CAPÍTULO III

3. Las casas de juego y su relación con otras formas de juego.....	59
3.1 Análisis comparativo entre las casas de juego y otras formas de juego en Guatemala.....	61
3.2 Instituciones que autorizan las casas de juego en Guatemala.....	62
3.3 Instituciones que ejercen control de las casas de juego en Guatemala.....	63
3.4 Las casas de juego como fuentes de ingresos fiscales.....	65
3.5 Las casas de juego en el Derecho Comparado.....	65

CAPÍTULO IV

4. Regulación legal de las casas de juego en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	71
4.1 Regulación legal de los juegos ilícitos en el código penal y otras leyes nacionales.....	72
4.2 Situación legal de las casas de juego en Guatemala.....	79
4.3 Análisis jurídico de la normativa que permite el funcionamiento actual de las casas de juego y otros centros afines.....	81

	Pág.
4.4 Necesidad de una regulación legal que se adecue a la realidad jurídico legal guatemalteca.....	87
4.5 Falta de positividad de la legislación guatemalteca con respecto a las casas de juego.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

Los actuales cambios violentos que se están dando en la sociedad guatemalteca, a consecuencia de la apertura, autorización y funcionamiento de las casas de juego y que afectan en el ámbito político, social, cultural y económico a todos los sectores de la sociedad, lo que hace necesario investigar los problemas derivados de los juegos ilícitos, los cuales se practican en lugares abiertos al público, sin control por parte de las autoridades encargadas de su autorización y funcionamiento, fenómeno que mediante el presente trabajo, se abordó realizando un análisis con relación al régimen jurídico que se encuentra establecido, por lo que propuse como punto de tesis “Análisis del régimen Jurídico de las casas de juego”, en el cual se hizo un estudio relacionado al funcionamiento, su regulación, y la legalidad de su autorización, con el fin de proponer soluciones que reduzcan las consecuencias negativas que causan en la sociedad guatemalteca.

Es importante destacar que el régimen jurídico que está establecido con relación a las casas de juego, es muy escueto y breve, lo cual hace necesario que se modifiquen los artículos que lo regulan, y se determine que instituciones serían las encargadas de su autorización y funcionamiento; en la investigación realizada se presentaron dificultades por la escasa bibliografía y jurisprudencia que sobre el tema existe, de igual forma se tiene que tomar en consideración que las leyes que lo regulan en la normativa penal y civil, es muy escasa al respecto.

Se deja plenamente establecido lo perjudicial que ha sido la existencia de las casas de juegos, y que siempre serán un problema para la sociedad, difícil de controlar y evitar y que por la naturaleza del ser humano lleva consigo el deseo de jugar, apostar y ganar, ya sea por entretenimiento, o muchas veces por vicio; y de acuerdo a la investigación que se realizó puede decirse, que los juegos prohibidos o ilícitos son aquellos en los que interviene el azar de un modo casi absoluto, y resulta sumamente peligroso sobre todo cuando se arriesgan o apuestan sumas grandes de dinero, obsesionándose el jugador por

el factor suerte, resulta muy difícil evitar que esta sea adversa y poder controlarse; se cree que muchas personas a través del juego tratan de olvidar o aliviar otro tipo de problemas derivados del sistema corrupto, inmoral e individualista en el cual estamos inmersos y debido a la ambición del ser humano, es natural el deseo de adquirir riquezas de un modo fácil, que lo hace caer en el abismo del juego.

De esa cuenta, el presente trabajo se compone de cuatro capítulos, los cuales se han desarrollado de la siguiente forma: en el capítulo primero se encuentra lo relativo al derecho penal, su naturaleza jurídica, las clases que existen según la doctrina, cuales son sus características y finalidad; el segundo capítulo desarrolla lo relacionado a los juegos de azar y su clasificación, los aspectos generales de las casas de juego, cuales son sus características y como se clasifican; el capítulo tercero lo relacionado a las casas de juego, que instituciones se encargan de su autorización y control, y como se encuentran reguladas en el derecho comparado; y el cuarto y último capítulo contiene la regulación legal de las casas de juego, y los juegos ilícitos, la falta de positividad de la legislación, asimismo las conclusiones y recomendaciones de esta investigación.

Los métodos de investigación utilizados en el presente trabajo fueron los siguientes: el método analítico, sintético, inductivo, deductivo, y jurídico, los cuales me sirvieron para desarrollar el tema planteado.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.

De las distintas ramas del conocimiento humano, el derecho es sin duda una de las más antiguas, cuya misión ha sido regular la conducta de los hombres a través del complicado devenir histórico de la sociedad, tratando de alcanzar la justicia, la equidad y el bien común, como los valores fundamentales más altos a los que aspira el derecho; y de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas el derecho penal la disciplina más vieja, cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como: su patrimonio, dignidad, honra, seguridad, libertad, y su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás; hasta llegar a la protección del Estado y de la sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados, de acuerdo a lo que se desee hacer referencia; de tal modo, que se hace una clasificación preliminar tal como: derecho penal sustantivo, derecho penal adjetivo o procesal penal, constituyéndose el derecho penal sustantivo, en leyes penales de fondo que son las normas promulgadas por el Estado, en las cuales se establecen los delitos y las penas, y que se encuentran en el Código Penal, mientras que el derecho procesal penal, es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de las mismas contenidas en el Código Penal.

Es el derecho penal, la ciencia del delito y del delincuente; “El derecho penal es la más importante rama entre todas las ciencias de las leyes, ya por sus relaciones morales, bien por las políticas, todo progreso de la ciencia penal es un beneficio para la humanidad, y por ello economiza sufrimientos y, sobre todo, secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral.”¹

1.1 Definición de derecho penal

El derecho penal es definido como el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales; propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el proceso del Estado Constitucional de derecho.

Entre otras definiciones se puede citar la de algunos doctrinarios, que definen al derecho penal como: un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia, o la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y que aplican una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles, o como un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el delito como

¹ Carranca y Trujillo, Raúl, **Derecho penal mexicano**, pág.12.

presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociado a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

Asimismo el derecho penal es definido en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo: es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano (fundamento filosófico del derecho penal); es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.

Desde el punto de vista objetivo: es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

También el derecho penal es definido como: el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece, o como el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

1.2 Naturaleza jurídica del derecho penal

El derecho penal es una rama del derecho público interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos o sociales); la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que solo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito (privado, público o mixto) genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo, en tal sentido, el derecho penal se considera de naturaleza jurídica pública.

1.3 Principios informadores del derecho penal

Dentro de los principios que informan al derecho penal, se puede hacer mención de los siguientes:

1. Los límites al poder punitivo del estado: el cual establece que es uno de los pilares sobre los que reposa la razón de ser del Estado, es su pretensión de monopolizar el uso de la fuerza con la finalidad de asegurar la paz social, evitando la venganza privada y protegiendo a los ciudadanos frente a lo que sería la tiranía del poderoso frente al débil, el monopolio del uso de la fuerza convierte al Estado en el único legitimado para responder

con violencia frente a la comisión de los delitos, manifestándose esta violencia en el poder estatal para imponer penas y medidas de seguridad.

2. Principio de legalidad: establece que nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén expresamente calificados como faltas o delitos en una ley anterior a su perpetración.

Este principio, o sus consecuencias se encuentran establecidos en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, Constitución, Código Penal y Código Procesal Penal, siendo considerado uno de los pilares fundamentales de cualquier Estado democrático y de derecho.

Las consecuencias o garantías que emanan de este principio son muchas, sin embargo solo hare mención de tres de ellas: a) la reserva absoluta de la ley: que estipula que tan solo una ley emanada del Congreso de la República, puede definir tipos penales y establecer sanciones; b) la exigencia de certeza en la ley: la razón de ser del principio de legalidad es evitar que el ciudadano pueda ser sorprendido y sancionado por incurrir en una conducta que ignoraba que era prohibida, para que el principio de legalidad sea efectivo es necesario que el legislador establezca con certeza cuáles son las conductas prohibidas, evitando al máximo el libre arbitrio del juez; c) la prohibición de la analogía: es cuando se prohíbe a los jueces crear por esta vía figuras delictivas o aplicar sanciones, el

derecho penal describe una serie de conductas punibles y bajo ningún concepto un juez está autorizado a aumentar el alcance de dicha punibilidad.

3. Principio de intervención mínima: el derecho penal es la forma más violenta que dispone el Estado para responder a las actuaciones contrarias a la ley de los ciudadanos, este principio impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, debiendo quedar éste reducido a su mínima expresión.

4. Principio de culpabilidad: una de las finalidades del derecho penal es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibidas debido que afectan gravemente a la convivencia social, esperando que de esta forma las personas respeten la normativa y que si se incumplen serán sancionados.

El derecho penal motiva a las personas para que eviten ciertos comportamientos perjudiciales para la mayoría, por ello, la sanción penal no tiene razón de ser si la persona no decidió infringir la norma, para que una persona sea culpable, primeramente tiene que haber cometido el ilícito, en segundo lugar, el resultado prohibido ha de haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia imprudente, en tercer lugar, la persona debe tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba cometiendo un delito, el concepto de culpabilidad se convierte en un límite a la capacidad sancionadora del Estado.

1.4 Clases de derecho penal

El derecho penal por excelencia es el derecho penal criminal y que guarda íntima relación con el derecho procesal penal (adjetivo), y el derecho penitenciario (ejecutivo), sin embargo en la doctrina se ha discutido la autonomía de una serie de derechos penales de tipo particular tales como.

Derecho penal administrativo: el cual esta compuesto de un conjunto de normas o disposiciones (administrativas), que bajo la amenaza de una sanción tratan de garantizar el cumplimiento de un deber de los particulares frente a la administración pública.

El derecho penal disciplinario: que está compuesto por un conjunto de disposiciones que bajo amenaza de una sanción regulan el comportamiento de los empleados de la administración pública en el desenvolvimiento de sus funciones.

El derecho penal fiscal: está compuesto por disposiciones que bajo amenaza de una pena (sanción), protege intereses puramente fiscales, hacendarios o tributarios.

Así se mencionan algunos otros tipos de derecho penal, tales como: derecho penal económico, corporativo, industrial e intelectual y de imprenta.

1.5 Características del derecho penal

Dentro de las características del derecho penal se pueden hacer mención las siguientes:

Es una ciencia social y cultural: ya que dentro del campo del conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias, las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro; por lo que es necesario ubicar a nuestra disciplina en uno de ambos campos, ya que las dos tienen características distintas, así por ejemplo; en las ciencias naturales el objeto del estudio es psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es experimental y el de las sociales es racionalista, especulativa o lógico abstracto, en las ciencias naturales la relación entre fenómenos es causal (causa y efecto); mientras que en las sociales son ciencias del deber ser, de tal manera que el derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la causalidad, si no regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues, una ciencia del deber ser y no del ser.

Es un derecho normativo: es decir, cuando el individuo comete un hecho punible o una infracción punible estaría violando una norma, el derecho penal establece prohibiciones, normas y mandatos que deben ser observados estrictamente por los destinatarios.

Es un derecho valorativo: el derecho penal para sancionar elige conductas que tengan un significado importante, se aquilatan las conductas importantes, no toda infracción va a ser una infracción penal.

El derecho penal es finalista: tiene como fin velar por el respeto de la norma, para el bienestar común y por ser finalista es un derecho destinado a corregir, el derecho penal es un derecho sancionador o punitivo, es decir que castiga los actos delictivos, ampara y protege bienes jurídicos de importancia, luego al sancionar se protegen estos bienes, por lo anterior se dice que no es declarativo de derechos.

Es un derecho personalísimo: las penas y sanciones se aplican exclusivamente a la persona que cometió el delito.

Es un derecho público: el Estado es el único que puede fijar cuáles son las conductas ilícitas, es decir, cuales son las infracciones punibles.

Castiga las conductas externas: luego, se dice que el derecho penal es un derecho regulador de conductas externas, entonces, se dice que no se pena el hecho de pensar, se castiga la conducta externa cuando se trasgrede la ley o el derecho.

1.6 Finalidad del derecho penal

La finalidad esencial del derecho penal desde hace un buen tiempo es la protección de bienes jurídicos, comprendiéndose dentro de este concepto aquellos valores consagrados por el legislador como importantes o relevantes en la vida de la persona humana y de la sociedad, pero no entendido como valores éticos o morales como lo veremos luego, entonces, puede decirse que, sobre la base de esta posición, la verdadera finalidad es determina la protección de la persona humana.

Aunque originalmente esta posición fue concebida como protección de bienes jurídicos individuales, vale decir de aquellos dirigidos a proteger el libre y normal desarrollo del individuo, posteriormente surgió la idea de proteger también a la colectividad como entorno necesario para el desenvolvimiento del ser humano, ya que con ello se lograba el cometido original, aparecieron así los llamados bienes colectivos, sociales o universales que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal.

De igual forma apareció esta necesaria clasificación del concepto de bien jurídico en bienes individuales y colectivos, surgió una modificación entorno a la coyuntura que rodeaba el ataque de los mismos, como presupuesto básico para la imposición de una pena, originalmente se entendía que la pena requería de una lesión efectiva a un bien

jurídico determinado, comprendiéndose únicamente a los delitos de resultado como aquellos que merecían el ejercicio del ius puniendi estatal.

Sin embargo como fue sucediendo en el tiempo, se vio que era necesario extender ese ámbito de protección original hasta comprender como sucede ahora no sólo a la lesión del bien jurídico, si no también a su puesta en peligro, determinado por la producción de un estado real y concreto de peligro previo a la lesión efectiva como presupuesto para considerar la puesta en marcha del sistema de coerción penal, surgieron entonces los delitos de peligro frente a esta última posición han aparecido como era de suponerse muchas críticas.

Entre ellas, la más importante es la que indica la indebida extensión del marco de actuación del derecho penal que debe regir por el principio de mínima intervención, se sostiene que no es conveniente que se configure un adelantamiento a situaciones que aún no significan ningún resultado concreto porque podría caerse en legislaciones abusivas y desnaturalizantes del derecho penal como última ratio.

El derecho penal criminal, que es el verdadero, autentico y genuino derecho penal, ha tenido tradicionalmente como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena, cuando es afectado o menoscabado por la comisión de un delito; en este orden de ideas corresponde al derecho penal criminal castigar los actos delictivos que lesionan o ponen

en peligro intereses individuales, sociales o colectivos, de ahí el carácter sancionador, sin embargo el derecho penal moderno con aplicación de las discutidas medidas de seguridad ha tomado otro carácter, el de ser también preventivo y rehabilitador, incluyendo entonces dentro de sus fines últimos la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.

La finalidad del derecho penal, no es únicamente la sanción, si no también la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que tienen como fundamento normas morales, no obstante la Ley Penal no puede ser una protección absoluta de la moral, la función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, se trata de la prevención de la lesión a los bienes jurídicos.

En primer lugar debe tenerse en cuenta solo en aquellas ocasiones que representan por lo menos, un peligro objetivo de la lesión de bienes jurídicos, en segundo lugar la protección a bienes puede comenzar donde se manifiesta una acción desvaliosa, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro concreto, en este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor, mientras la función preventiva del derecho penal no se discute la función represiva no es aceptada tan pacíficamente.

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad, siendo la misión amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.

Por una parte puede ser valorado según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independiente del resultado que con las acciones se obtengan, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto), en el orden negativo ocurre, el desvalor de la acción puede ser basado en que el resultado, que produce es digno de desaprobación (desvalor del resultado de la acción); pero, también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda, a un resultado reprochable es digna de desaprobación (desvalor de la acción); por ejemplo la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el desvalor, del resultado con la punición del desvalor del acto, con ello se asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal, asegurando su real observancia, determinando la pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales.

La misión central del derecho penal reside en asegurar la validez inviolable de esos valores mediante la amenaza y la aplicación de la pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano, al mismo tiempo, ampara los bienes jurídicos, sancionando el desvalor del acto correlativo.

Sin embargo, la misión primaria no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, es allí donde llega generalmente demasiado tarde, por encima de los bienes jurídicos, individuales concretos, esta la misión de asegurar la validez real (observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico, ello constituye el más sólido fundamento sobre el que se basa el Estado y la sociedad, el mero amparo de bienes jurídicos solo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva.

En cambio el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético social; prescribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho, detrás de la prohibición de matar, esta el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida de los demás; es decir, el valor del acto, precisamente por eso, es también homicida quien mata arbitrariamente a alguien cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal condenado a muerte.

Mediante la función ético-social del derecho penal, se garantiza en forma mas comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos, que con la mera idea del amparo de esos bienes, los valores del acto de fidelidad, obediencia, respeto por la persona, etc.; son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud al amparo de bienes, hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir con los deberes jurídicos.

Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés del egoísta, o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber), despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal, la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y solo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales.

El bien jurídico es un bien vital de grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente, es todo Estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, si no tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social.

Es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los elementos valores ético-sociales de la acción, con lo cual cumple su misión de amparar los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole, el derecho

penal es solo un factor de entre el sin número de fuerzas que constituyen el concepto moral de una época, pero entre ellas puede ser señalado como de importancia fundamental.

La seguridad del juicio ético-social de los particulares depende de la seguridad con que el Estado pronuncie e imponga juicios de valor, por cierto que a esa seguridad del juicio estatal no lo determina tanto la severidad, como la certeza en la aplicación de las penas, es decir, la continuidad permanente de su aplicación, y donde la validez de los deberes sociales elementales va cediendo a causa de una administración de justicia penal insegura de sí misma.

El derecho penal se eleva por sobre sí mismo, toma su lugar en la raigambre de la cultura total de la época, se debe limitar a sancionar los hechos que lesionan los deberes ético-sociales elementales, la grave intervención de la vida de las personas que la pena supone, implica que el Estado solo podrá ejercerla dentro del derecho penal.

1.7 Definición de delito.

Desde el punto de vista del derecho penal, actualmente la definición de delito tiene un carácter descriptivo y formal, además, corresponde a una concepción dogmática, cuyas características esenciales sólo se obtiene de la ley, de conformidad a lo anterior, en la

mayoría de los ordenamientos jurídicos herederos del sistema continental Europeo, se acostumbra a definirlo como una acción típica, antijurídica y culpable, eventualmente punible.

El delito es definido como toda acción u omisión o comisión por omisión, típicamente antijurídica y correspondientemente imputable al culpable, siempre y cuando no surja una causal de exclusión de la pena o el enjuiciable sea susceptible de la aplicación de una medida de seguridad, sin embargo, aunque hay un cierto acuerdo a la misma es punible respecto de su definición, no todos le atribuyen el mismo contenido, así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos, por lo tanto se define como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

Una definición más completa es la que nos indica que: “el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado a una pena o en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.²

La cual es muy acertada, ya que definitivamente el delito es un acto típicamente antijurídico imputable a un culpable, es evidente que debe también estar sometido a condiciones objetivas de penalidad y ser sancionados, ya sea con una pena o medida de seguridad.

² Jiménez de Azua, Luis, **Tratado de derecho penal**, pág. 251.

Una definición más breve, pero que encierra todos los elementos que debe contener el concepto de delito, es: “El delito es una acción humana antijurídica, típica, culpable y sancionada por la ley.”³ al respecto “El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable a la que esta señalada una pena.”⁴ se podrán citar muchas otras definiciones pero hay que tomar en cuenta que aquí es precisamente donde entra en acción la teoría del delito, ya que esta se ocupa de reunir todas aquellas características comunes que son esenciales para que un hecho pueda ser considerado como delito y dichas características son las que deben ser aplicadas a cada hecho delictivo.

1.8 Naturaleza del delito

A través de los tiempos ha sido difícil para los diferentes tratadistas abordar la naturaleza del delito, siempre tratando de definir que es lo que esencialmente hace que un acto sea considerado como delictivo, por lo que “muchos criminalistas han intentado buscar una noción filosófica que sea universal y válida para todos los tiempos y en todos los Estados”.⁵

Al haber estudiado, y sabiendo que el derecho es una ciencia que constantemente cambia y que se encuentra ligado a la vida diaria de cada sociedad y a la conducta social; se puede ver por qué la teoría del delito ha evolucionado con la historia, la estructura

³ Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal**, pág. 280.

⁴ Rodríguez de Versa, José María, **Derecho penal español**, pág. 321.

⁵ Cuello Calón, **Ob. Cit**; pág. 287.

moderna de esta teoría ha venido evolucionando desde los años de la Revolución Francesa, variando también las ideas de los elementos que se consideraban esenciales del delito, para explicar de mejor manera, se mencionan definiciones de algunos tratadistas y algunas escuelas con el fin de observar su evolución.

La Escuela Clásica considera al delito como: “un ente jurídico creado por el Estado, de lo cual derivan todas sus consecuencias”.⁶ esta definición causa una indiferencia al estudio del derecho penal y olvida el estudio de las causas y elementos esenciales del delito, no llega a las raíces de las conductas que deben ser consideradas delictivas por su esencia e independientemente de su tipicidad. Garafalo y Ferri construyen la Escuela Positiva, pero como es del conocimiento, sus postulados fundamentados en la psicología y en la antropología se prueban falsos, hoy en día no se atienden a las características físicas del individuo ni a su perfil psicológico; sino se pone énfasis en el hecho y no en la persona.

A finales del siglo XVIII, Hegel influye con sus reflexiones acerca de la pena como una necesidad dialéctica y sus otras observaciones del delito, en la concepción del derecho penal, posteriormente, Von Feurbach, fundador de la ciencia del derecho positivo, cuya base es la idea de una teoría penal preventiva llevada a cabo por una ley anterior; constituye los conceptos de *nullum crimen sine lege* y *nula poena sine lege*, hoy en día, son estos considerados como principios fundamentales para un Estado democrático de derecho, en la actualidad se encuentran contenidos y protegidos en la legislación de la

⁶ Mezger, Edmundo, **Tratado de derecho penal**, pág. 57.

mayoría de naciones en el mundo, aquí es donde nace la teoría moderna del delito, centrándose básicamente en la tipicidad.

Feurbach hace referencia a la necesidad de establecer conceptos claros y precisos en donde se recojan las conductas delictivas, esto con el fin de hacer más fácil la tarea del legislador y del juez, por medio de la elaboración de normas precisas y justas, hace la distinción entre el mandato jurídico y la ley positiva, y es define el delito como “un acto antijurídico y culpable que tiene como consecuencia una pena.”⁷ aquí se puede analizar que este tratadista considera a la pena no como un elemento del delito, sino como su consecuencia; y dejando como elementos de su naturaleza, únicamente a la acción antijurídica y a la culpabilidad, este tratadista, clasifica al delito como “la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetividad de penalidad”.⁸

Otros tratadistas excluyen expresamente el requisito de una condena sancionada por medio de una pena, por ejemplo el delito es definido como: “la acción típicamente antijurídica y culpable”.⁹ “el delito es un ente jurídico que para existir necesita de ciertos elementos morales, en cuyo conjunto consiste su unidad, pero lo que completa su ser es su contradicción de aquellos preceptos con la ley jurídica”.¹⁰ se puede observar que se hace una clara distinción entre el elemento subjetivo y el elemento objetivo del delito; el elemento material y elemento moral.

⁷ Beling, Ernesto, **La doctrina del delito tipo**, pág. 29.

⁸ **Ibid**, pág. 29.

⁹ Mezger, **Ob. Cit**; pág. 161.

¹⁰ Franco y Guzmán, Ricardo, **Delito e injusto penal**, pág. 19.

Por otro lado, tanto los juristas alemanes como algunos italianos, afirman que en la naturaleza del delito se encuentran tres elementos, el hecho que debe ser típico, la culpabilidad y la pena, por lo que “el delito es un acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena con forme a las condiciones objetivas de punibilidad, posteriormente, agrega que es el acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹¹

1.9 Criterios para definir el delito

Existen varias formas para definir el delito, atendiendo a cada corriente o pensamiento, ante la imposibilidad de analizar cada una de ellas por separado, considero que resulta más conveniente y comprensivo agruparla entorno a un criterio o juicio que se ha seguido para formularlas, a fin de condensar lo evolutivo que ha tenido las ideas penales respecto al delito, por lo que me enfoco en los siguientes criterios.

Criterio legalista: desde la edad de oro del derecho penal, a principios del siglo XIX, cuando se define el delito, se evidencia el criterio legalista, así Romagnosi, Enrico Pessina, Ortolán y otros, plantean sus definiciones, basándose en que el delito es lo prohibido por la ley, por la simplicidad del concepto se torna indeterminado y resulta ser demasiado amplio en la actualidad, porque cuantos actos hay que son prohibidos por la ley, y no constituyen necesariamente una figura delictiva; asimismo desde otro punto de

¹¹ Jiménez de Azua, **Ob. Cit**; pág. 194.

vista es planteado que si no se resuelve el problema de que es lo que prohíbe la ley, “el delito vendría a ser lo que quiera el legislador y ello puede conducir a absurdas exageraciones”.¹²

A finales de esa época, ya aparecen otras definiciones, una de ellas es la del padre de la Escuela Clásica, Francesco Carrara, en la cual se deja clara una inclinación legalista, pero también incluye otros elementos como, la infracción a la ley de Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Criterio filosófico: los estudiosos del crimen de la época se encaminaron más por senderos filosóficos, tomándolos desde diversos aspectos, haciendo alusión al aspecto moral, por parte de los teólogos que identificaban al delito con el pecado así se dice que Alfonso de Castro (primer penalista español) ni si quiera utilizaba al verbo delinquir si no hablaba de pecar, luego Francisco Julián Oudot y Pedro José Proudhon, definen el delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia, enfocándolo inmediatamente después como violación o quebrantamiento del deber, así Rossi, sostiene que el delito es la violación de un deber, y luego Pacheco dice que es un quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes.

¹² Dorado Montero, **La psicología criminal en el derecho penal legislado**, pág. 228.

Actualmente no se le puede dar validez a ninguno de estos criterios, primero por que el pecado, tiene una orientación divina, que no tiene nada que ver con la orientación jurídica; y, luego por que las infracciones al deber atienden mas a normas de conducta moral, que a normas jurídicas; si bien es cierto, que ambas persiguen de alguna forma, regular la conducta humana, las primeras carecen de sanción estatal, y las segundas cuando se refieren al delito, su característica básica es la amenaza de la sanción del Estado, al no prosperar la concepción del delito, relacionado a la moral y el deber, se intenta definirlo como una infracción al derecho, en este sentido Ortolan se refiere al delito indicando que es la violación al derecho.

Criterios estos que también han sido condenados al fracaso ante el derecho penal contemporáneo, pues existen tantas violaciones al orden jurídico establecido, que no necesariamente constituyen delito.

Ernesto Binding al plantear la sugestiva teoría de las normas, sostiene que no se debe seguir hablando de violación del derecho, al realizarse un acto delictivo, puesto que el delincuente no viola el derecho al cometer delito si no que precisamente actúa de acuerdo con él, al adecuar su conducta a lo que establece la norma.

Criterio natural sociológico: este criterio representa una corriente de pensamiento distinta, como es el de la escuela positiva del derecho penal, después de realizar un estudio casi exhaustivo del delincuente desde el punto de vista antropológico, los positivistas italianos,

se ven en la necesidad de definir el delito, ya que era el presupuesto para que existiera el delincuente.

La postura mas notable al respecto, es la de Rafael Garófalo, al plantear la teoría del delito natural, tomando como base dos clases de sentimiento, que para él fueron lo más importante, el sentimiento de piedad y el sentimiento de prohibidad, sobre los cuales construye la definición del delito natural así, ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibidad en la medida media en que son poseídos por un grupo social determinado; con ese mismo criterio es definido por otros tratadistas tales como: Colojani, Durkheim y Enrico Ferri, éste último como creador de la sociología criminal, le da una orientación más sociológica con el objeto de desvirtuar una parte de la teoría del delito natural, aunque en el fondo son análogas, por cuanto considera que el delito se refiere a las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.

Como quedo expuesto anteriormente el criterio natural sociológico para definir el delito no tiene relevancia jurídico penal, por otro lado, estos criterios fueron en aquel tiempo adversos por todos los sectores de la doctrina penal, tal es el caso de Rafael Garófalo tildándolo de ser un clásico renegado y reaccionario en sus ideas; por su parte Bernardino Alimena, considero la teoría del delito natural, como arbitraria, inútil y falsa ante la historia y psicología, porque es imposible hacer un catalogo exacto de los sentimientos en que las ofensas a los mismos determinan el delito natural.

Criterio técnico jurídico: una vez superada la crisis por la que atravesó el derecho penal en la segunda mitad del siglo XIX, cuando estuvo sometido a las mas exageradas especulaciones del positivismo, principia a renacer la noción jurídica del delito, con el movimiento denominado técnico jurídico, que nació en Alemania y después se extendió a Italia y luego a otros países de Europa.

Dicho movimiento, fruto de la dogmatica alemana y del empleo del método analítico, se aparta de los extremos positivistas, para dedicarse de lleno al examen lógico del delito, surgiendo así lo que en la doctrina se ha denominado la construcción técnico jurídica de la infracción, lo cual se sintetiza en la “Teoría jurídica del delito que alcanza plena relevancia dentro del derecho penal.”¹³ el inicio de esta nueva corriente, que es desarrollado en varias etapas, puede principiar a contarse desde las aportaciones que sobre el delito hicieron los penalistas alemanes: Bohemeo, que construye la teoría del delito sobre bases estrictamente jurídicas; Ernesto Beling, que con su teoría de las normas, intenta llenar el vacío técnico de la teoría filosófica; y el precursor de la escuela sociológica alemana, profesor de la Universidad de Berlín, Franz Von Liszt que en el año de 1881 define el delito como acción antijurídica y culpable castigada con una pena.

Dicha definición se mantiene inalterable, hasta el año de 1906 cuando el profesor alemán Beling, en su trabajo teoría del delito, descubre la tipicidad como uno de los caracteres principales del delito, quien sostiene que la construcción del delito debe tomar sus elementos de la legislación positiva, que nos presenta tipos (figuras de delito); o sea el

¹³ Puig Peña, Federico, **Teoría jurídica del delito**, pág. 246.

concepto formal que por abstracción hace el legislador de los diversos hechos que son objeto de la parte especial de los códigos penales.

Basándose en la tipicidad define al delito como una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad, dichos aportes son resumidos por Carrara a quien se le atribuye haber introducido la tipicidad, como elemento esencial del delito, tomándolo como concepto formal, que al igual que la acción no es valorativo, sino descriptivo, es decir, que pertenece a la ley y no a la vida real, considera la anti juridicidad como característica sustantiva e independiente a la noción del delito, separada totalmente a la tipicidad, ya que hay acciones típicas que no son antijurídicas, sin que por ellos dejen de ser típicas, sostiene la tesis de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, siendo los restantes elementos de índole objetiva.

Considera a la punibilidad como elemento del delito, puesto que éste debe sancionarse con una pena adecuada, no considera constituido el delito, si no que quedan satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad.

Es de hacer notar que en la construcción jurídica del delito que presenta Beling, los elementos característicos del hecho punible operan en forma autónoma e independiente, por lo que fue criticado tanto en la doctrina alemana como la extranjera, atacando, la abstracta y complicada terminología que emplea en la confusa teoría de los tipos y la

consignación de las condiciones objetivas de punibilidad, que además de ser imprecisas, no pueden ser independientes; por lo que lo hicieron caer en el olvido.

En el año 1915 el profesor alemán Max Ernesto Mayer, toma nuevamente la definición de Beling, actualizándola y define el delito como: acontecimiento típico antijurídico e imputable, sus principales aportes son los siguientes: a) hace un notable aporte a la teoría de la antijuridicidad con su doctrina de las normas de cultura, considerando que el orden jurídico, es un orden de cultura y concibe la antijuridicidad como una infracción a esas normas; b) sintetiza la definición eliminando de ella lo relativo a la punibilidad, con el fin de ganar pureza lógica y construcción técnica; c) el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, rompe la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad, destruyendo las barreras entre lo objetivo y subjetivo, estimando que la tipicidad es ratio cognoscendi de la antijuridicidad, poniendo en duda la independencia de los elementos del delito.

En nuestro medio de cultura jurídica, el criterio que mas trascendencia ha tenido para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, aún en nuestros días, ha sido el aportado por el movimiento técnico-jurídico.

En la mitad del presente siglo; sobre esa base, los más prodigiosos penalistas de la época, han construido con sus definiciones, variando únicamente la forma de plantearlas; algunas veces se prescinde de la pena, de algún elemento característico, o bien, se

añaden otros y casi siempre se altera el orden en que quedan enunciados; pero, a la postre, todos responden al mismo criterio.

Y definen al delito como un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetiva de penalidad, y que se haya conminado con una pena o a una medida de seguridad.

1.10 Elementos positivos del delito

Dentro de los elementos positivos del delito el primero es definido como:

La acción o conducta humana: es todo comportamiento humano derivado de la voluntad, y la voluntad implica siempre una finalidad, el contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, el fin; la acción es siempre el ejercicio de una voluntad humana.

La tipicidad: es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal, por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del nullum crimen sine lege solo los hechos tipificados en la Ley Penal como delitos pueden ser considerados como tales, ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a

la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

La antijuridicidad o antijuricidad: es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico, la antijuridicidad es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que, lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

La culpabilidad: es el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica, una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico, es culpable cuando sea un adulto con todas sus facultades, que conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta, la culpabilidad es una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena.

La imputabilidad: es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente, es la capacidad de actuar culpablemente, capacidad que se reconoce a todo hombre por ser inteligente y libre, o sea, dotado de inteligencia y libertad.

Las condiciones objetivas de punibilidad: son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena, asimismo son elementos del tipo objetivo que, como tales, deben ser abarcados por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa); en tanto que otros son requisitos de persecución, es decir, condiciones procesales de operatividad de la coerción penal.

La punibilidad: es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma, es una categoría del delito que existe excepcionalmente, por razones de política criminal, para fundamentar o excluir la imposición de una sanción.

1.11 Elementos negativos del delito

La falta de acción o conducta humana: la ausencia de acción o la negativa de la acción, quiere decir que no hay una acción propiamente, sin la falta de acción no hay delito, pero hay casos en que aparentemente hay acción humana que produce el resultado, pero falta el elemento de voluntariedad, en estos casos en que hay una apariencia de acción, el agente o persona no actúa, si no actúa como medio o instrumento de otro, no obstante, existir esta apariencia de acción y que el sujeto no actúa por si mismo sino como medio, se estima que la persona no sería responsable criminalmente, a pesar de producirse el resultado él no habría participado directamente.

Este comportamiento del ser humano que actúa como vía para cometer el hecho punible se denomina ausencia de acción, cuando hay fuerza física no cabe la menor duda de que estaría exento de responsabilidad penal, ya que la fuerza física produce la ausencia de acción.

La atipicidad o ausencia de tipo: la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa, suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos, asimismo cuando se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

Las causas de justificación: pueden ser definidas como aquellas circunstancias que, conforme a la ley, hacen desaparecer la antijuridicidad de un acto típico, son el negativo de la antijuridicidad como elemento positivo del delito, y son aquellas que tienen la virtud de convertir en lícito un acto ilícito, es decir, que cuando en un acto delictivo aparece una causa de justificación de lo injusto, desaparece la antijuridicidad del delito, y como consecuencia se libera de responsabilidad penal al sujeto activo.

Las causas de inculpabilidad: son eximentes de responsabilidad penal del sujeto activo, y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, no existe, está justificada; en este sentido las causas de inculpabilidad son el negativo de la

culpabilidad como elemento positivo del delito, y surgen cuando en la comisión de un acto delictivo, no existe dolo, culpa o preterintención, son hechos que absuelven al sujeto en el juicio de reproche porque destruye el dolo o la culpa, así como el vínculo ético y psicológico que se requiere para la existencia del delito.

Las causas de inimputabilidad: son circunstancias que no le son imputables y por ende tampoco responsables penalmente, a los menores de edad, y a los que al momento de la acción u omisión, no posean, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o trastorno mental transitorio, la capacidad de acuerdo con esa comprensión, la inimputabilidad es la incapacidad del sujeto para ser culpable siendo determinante la falta de conocimiento de la ilicitud o la alteración de la voluntad, siempre y cuando ocurran en el sujeto al momento de ejecutar el hecho legalmente escrito, asimismo señala que el sujeto no tiene la capacidad física o psíquica para responder por sus actos, por lo que no se le considera responsable a un menor de edad, a retardados mentales, enajenados y sujetos en estado de interdicción.

La falta de condiciones objetivas de punibilidad: son aquellas que se dan cuando un delito se realiza sin agravantes o que no llegue a tener atenuantes, por lo tanto la pena aplicada se realizará de acuerdo a lo que establezca la ley adjetiva correspondiente.

Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias: son las que eximen de responsabilidad penal por razones de parentesco o por causas de política criminal del Estado.

En la doctrina se establece que son verdaderos delitos sin pena, porque a pesar de que existe una conducta humana típicamente antijurídica, culpable, imputable a un sujeto responsable, ésta no se castiga atendiendo a cuestiones de política criminal que se ha trazado el Estado en atención a conservar íntegros e indivisible cierto valores dentro de una sociedad, de tal manera que cuando habiendo cometido un delito aparece una excusa absoluta; libera de responsabilidad penal al sujeto activo.

CAPÍTULO II

2. Los juegos de azar

2.1 Generalidades

Los juegos de azar son juegos en los cuales las posibilidades de ganar o perder no dependen de la habilidad del jugador sino exclusivamente del azar, de ahí que la mayoría de ellos sean también juegos de apuestas cuyos premios están determinados por la probabilidad estadística de acertar la combinación elegida, mientras menores sean las probabilidades de obtener la combinación correcta, mayor es el premio, ya que el azar es un elemento importante en numerosos juegos.

Los juegos de azar, “es una ocupación libre, que se desarrolla dentro de ciertos límites temporales y espaciales determinados, según reglas absolutamente obligatorias, aunque libremente aceptadas, acción que tiene su fin en su misma y la cual va acompañada de un sentimiento de tensión y alegría, además de la conciencia de ser o comportarse de otro modo distinto al de la vida corriente”.¹⁴

¹⁴ Padilla Meléndez, Luis Alfonso, **Análisis crítico sobre la inoperancia de la figura delictiva juegos ilícitos**, pág. 19.

2.2 Antecedentes históricos de los juegos de azar

El origen preciso de los juegos de azar es desconocido, en China se registro la primera versión oficial con relación a la práctica de los juegos de azar, en el año 2300 antes de Cristo, se consideraba generalmente que la actividad de los juegos, de alguna manera u otra, se han relacionado en todos los momentos y en casi todas las sociedades.

En Grecia, Roma, Francia e Inglaterra, la mayor parte de su historia esta llena de entretenimiento sobre la base de los juegos de azar, en la historia de Estados Unidos, los casinos se les conocen originalmente como salones, la creación y la importancia de los mismos son fuertemente influenciados por cuatro grandes ciudades, Nueva Orleáns, St. Louis, Chicago y San Francisco, fue en los salones que los viajeros podían encontrar a la gente hablando, bebiendo y jugando.

En 1850 antes de Cristo el imperio babilónico prohibió toda lotería ajena al templo o al palacio, así, el Código de Hammurabi convertía los sorteos en reserva fiscal, costumbre que se prolonga hasta nuestros días.

Para los filósofos como, Tales de Mileto, la esencia del cosmos era el agua: para Heráclito de Éfeso, el fuego, para Pitágoras y sus seguidores, el universo, era regido por los números, pero el azar, junto con la necesidad, llegaría a convertirse en la base de la filosofía del sabio Demócrito.

Otros filósofos también se ocuparon en detalle del tema: Platón aseguraba con sarcasmo que los egipcios consideraban al juego un invento de Zeus, un demonio distinguido, pero callaba su propia opinión al respecto, para Aristóteles, los apostadores eran avarientos y ladrones, opinión que, al mismo tiempo, utilizaba para descalificar a gran parte del pueblo griego, decididamente propensos a las emociones del juego de azar.

Se dice que Pascal inventó la ruleta, la cual dio origen, sin saberlo, a una de las industrias más prósperas de la actualidad, en octubre de 1658. Pascal dio a conocer el libro historia de la ruleta, fundamentándose en los métodos de Roberval, un sabio francés que lo había precedido en ese rumbo.

En Estados Unidos, el gobierno decidió organizar una lotería oficial en 1875, y los escasos billetes que sobrevivieron al tiempo, firmados de puño y letra por George Washington, son hoy preciadas piezas de colección.

Actualmente en el país del Norte el juego no se limita a las máquinas tragamonedas de las Vegas ni a los casinos de las grandes ciudades, publicitados hasta el hartazgo en las superproducciones de Hollywood, el futuro no es otro que una era de loterías súper tecnificadas, violentamente competitivas, inviolables, infalibles, computarizadas, e incluso transnacionales, el nueve de mayo de 1992 se realizó el primer sorteo mundial de lotería, en el cual Argentina comprometió su participación.

El 7 de septiembre de 1594, Felipe tercero, señalaba desde su palacio de San Lorenzo, que el mal del juego se hallaba difundido aún en las más altas clases sociales, y que algunos ministros togados, debiendo dar mejor ejemplo en sus acciones, y corregir y castigar excesos, los cometen y conscienten, teniendo en sus casas tablajes públicos, con todo género de gente, donde día y noche se pierden y se aventuran honras y haciendas.

Así era vista en España la situación del juego, favorecida por la distancia, la desobediencia y el olvido, las cosas no podían ser más claras: en 1610, el hijo de Felipe II prohibía a las altas autoridades españolas en América que tengan tablajes de juego, aunque sea con el pretexto de sacar limosnas para hospitales, y otras obras de piedad.

En América, el casino se convirtió en un juego ilegal y prohibido por la legislación estatal y los reformadores sociales de la época, sin embargo, en 1931, el juego fue legalizado en todo el Estado de Nevada, las Vegas y, actualmente es conocida como Sin City, América generó la primera agencia oficial de casino, poco después, en el Estado de Nueva Jersey, Atlantis City se unió a la industria del casino en 1978 para convertirse en la segunda ciudad más grande de los juegos de azar, otro centro regional para los juegos de azar en los Estados Unidos, se encuentra en Túnica Resorts, Mississippi y la Costa del Golfo.

2.3 Definición de juegos de azar

Son juegos en los cuales las posibilidades de ganar o perder no dependen de la habilidad del jugador si no exclusivamente del azar, de ahí que la mayoría de ellos sean también juegos de apuestas cuyos premios están determinados por la probabilidad estadística de acertar la combinación elegida, mientras menor sea la probabilidad de obtener la combinación correcta, mayor es el premio, el azar es también un elemento importante en numerosos juegos que se combinan.

En cada juego de azar, dados, cartas o ruleta, por ejemplo, cada una de las jugadas debe dar un resultado tomando de un conjunto finito de posibilidades, si el juego de azar es correcto, no se puede predecir de antemano el resultado que se obtendrá en una jugada, es lo que define el azar del juego, se observa una cierta simetría en los posibles resultados, son todos igualmente posibles, es decir que el riesgo para un jugador es el mismo cualquiera que sea lo que juega.

Los juegos de azar están diseñados para que exista un conjunto de resultados bien definidos a los cuales el jugador puede apostar, con la certeza de que alguno de ellos, saldrá favorecido, por lo cual, el juego de azar se puede definir de la siguiente manera, el apostar dinero u otra cosa de valor a un evento futuro, posibilidad, o contingencia que es desconocida o incierta a los participantes, la característica esencial de un juego de azar es la apuesta o el riesgo que se corre, como tal.

2.4 Antecedentes históricos de las casas de juego

Siempre ha existido controversia de estos locales y sus juegos con los gobiernos de cada país, de tal forma que en muchos, aun existe la prohibición de autorizar dichos juegos y locales, siendo la tendencia a permitirlos con una regulación y fiscalización muy estricta.

Mucho ha tenido que ver la religión y los totalitarismos con las prohibiciones, queriendo dar una imagen de vicio y depravación, hay que tener en cuenta también que la mayoría de juegos de los casinos son de recompensa inmediata, lo cual puede influir en personas propensas psicológicamente a caer en una adicción al juego, al igual que ocurre con todos los juegos que tienen el mismo tipo de recompensa (máquinas tragaperras, bingos), esto llevo a crear su mala imagen con ejemplos amplificadas así como su asociación con lo ilícito y a veces con lo depravado, normalmente los casinos no incluyen solamente los juegos de azar entre su oferta, si no que habitualmente va acompañada de restaurantes, hoteles, salas de fiesta, salas de convenciones.

2.5 Aspectos generales de las casas de juego

Se puede mencionar en primer lugar, el establecimiento que debe existir, los muebles, los aparatos o máquinas, las personas encargadas, los jugadores, y la clase de juego que se practican, como es el, póker, la ruleta que es uno de los juegos mas típicos de las casas de juego, el black jack, cuyo objetivo es alcanzar, con dos o mas cartas, los veintiún

puntos, sin sobrepasar este número, las loterías, etc., en las apuestas que se realizan, se involucra más que todo el dinero.

2.6 Definición de las casas de juego

Se denomina casa de juego pública o privada aquel lugar que se destina habitualmente a juegos prohibidos, “solo pueden ser casas de juego cuando concurra aquella nota de habitualidad”.¹⁵ se entiende por casas de juego “aquellos lugares en que se juega habitualmente o se toman precauciones para no ser descubiertos y, las sociedades de recreo o de cualquier otra clase que autoricen o toleren los juegos prohibidos en el domicilio social”.¹⁶ y como dueño de casa de juego a la persona individual o colectiva que establece, consciente o fomenta el juego en el local sometido a su disposición, dirección o gerencia, basta con que sea simplemente arrendatario del local, si, con su anuencia o consentimiento, se practica el juego.

2.7 Clasificación de las casas de juego

En la investigación que he realizado con respecto a las casas de juego, éstas pueden ser clasificadas de la siguiente manera: casas de juego, casinos y garitos.

¹⁵ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 315.

¹⁶ Enciclopedia Universal España-Kalpe, pág. 3076.

Con relación a las casas de juego la doctrina al respecto dice que debe clasificarse como, casa de juego al lugar habitualmente destinado a los juegos de suerte, envite o azar, aunque corresponda a un establecimiento público, si no fuese enteramente libre de entrada al lugar donde se juega.

Se entiende por casa de juego “aquellos lugares en donde se juega habitualmente o se toman precauciones para no ser descubiertos y, la sociedades de recreo o de cualquier otra clase que autoricen o toleren los juegos prohibidos en el domicilio social”.¹⁷ se considera casa de juego al sitio, local o lugar donde se practiquen juegos de suerte, envite o azar, en forma permanente, habitual y de libre acceso al público, también son consideradas no solo a las que con fines lucrativos se dedican a la práctica de juegos prohibidos, si no también aquellas en las que habitualmente tengan lugar dichos juegos, aún cuando a simple vista se destinen a juegos lícitos.

Es importante mencionar, que en estas casas aún prescindiendo de las malas artes que suelen ponerse en práctica para despojar del dinero a los jugadores, resulta ilícito el contrato de juego de azar explotado por las mismas o a través de los dueños de casas, ya que por ser un contrato leonino el que pierde, pierde todo lo apostado, pero, el que gana no gana todo lo que el otro ha perdido, sino que, el dueño de la casa de juego se queda con una parte del dinero que fue apostado o perdido por el jugador, de tal manera que los jugadores pierden siempre y los dueños de casas de juego se quedan a través del tiempo con todo el dinero apostado por los jugadores.

¹⁷ **Ibid**, pág. 3076.

Los casinos: son considerados como lugares privados, en los cuales solo es permitido el acceso a los socios, por tal motivo no se les da la categoría de casas de juego, otros consideran a los casinos como un medio para atraer turistas, y así aprovechar la estancia de los mismos, quienes por su propia idiosincrasia, gustan del juego, quienes dejarían buenas sumas de divisas y, que las ganancias o utilidades podrían distribuirse entre diversas entidades de beneficencia.

Los garitos: son lugares escondidos, clandestinos donde se juega toda clase de juegos de azar, en nuestro medio los hay por todas partes, muchos de ellos funcionando abiertamente al público.

2.8 Elementos de las casas de juego

Para que sea considerado como casa de juego debe de tener ciertos elementos concurrentes para su existencia tales como: a) un establecimiento fijo previsto de los elementos necesarios, como las máquinas, los muebles etc.; necesarios para su funcionamiento; b) los banqueros, administradores, encargados, empleados; c) que esté destinado a la explotación del juego de azar exclusivamente; d) que se admita público. aunque esta última condición es la esencial, ya que la misma puede ser libre o basada en afiliación, si eso no se da, la infracción resulta muy difícil de configurarse, escapando a las previsiones legales las casas a donde concurren los socios, en virtud que las personas tienen derecho a practicar cualquier juego, ya sea en sus domicilios, club, etc., asimismo

se puede mencionar que la permanencia tanto de los encargados de las casas de juego como los jugadores es importante para su funcionamiento, estos elementos son bastante difíciles de interpretar, por cuanto que, cada uno de ellos resulta muy complicado en su concreción y objetivación.

2.9 Las casas de juego relacionadas con los juegos ilícitos.

La relación que existe es aquella en que las casas de juego cuentan con sitios adecuados para practicar los juegos ilícitos, así como también existe personal muchas veces diestro para la ejecución y la manipulación de los instrumentos apropiados para la práctica de los juegos en donde las personas con frecuencia apuestan grandes cantidades de dinero, en beneficio de los dueños de las casas de juego, quienes especulan con el juego y la inocencia o bien vicio de los jugadores.

El ordenamiento legal considera por lo anterior, un delito la organización de las casas de juego y la explotación que de los mismos pudieran hacer los administradores, banqueros y encargados de dichas casas.

La realidad en nuestro medio, es que el juego de azar, envite o suerte está prohibido y sin embargo, con el consentimiento o sin autorización legal, existen las casas de juego, en donde se practica, en diversas formas, con apuestas o lances insignificantes o cuantiosos,

con hábito o continuidad o de vez en cuando, en la clandestinidad o abiertamente, lo que obedece al hecho de que la misma ley ha dejado abierto el camino para autorizar el juego, cuando se considera conveniente y, así acepta, permite y autoriza la existencia de hechos que legal y moralmente son perjudiciales, con el objeto de aprovechar las ganancias y donarlas a obras de beneficencia social.

La relación entre las casas de juego y los juegos ilícitos es que cuando en un modo público y persistente se juega a los juegos ilícitos, en un local o sitio determinado, fomentando de este modo el vicio, podemos afirmar que se trata de una casa de juego, y de esa manera debe calificarse, aunque en los locales mencionados se persiguen otros fines diferentes al juego, en la mayoría de los casos hay juegos que sin la existencia de las casas de juegos no existirían, porque no tendrían lugar donde practicarse, ya que el juego prohibido, es pues, una de las pasiones más vivas del ser humano, además de ejercer un enorme influjo pernicioso en las costumbres, es el origen de muchos y graves delitos contra las personas y la propiedad; aparte de ser este vicio, tenaz como ninguno, aleja al individuo del trabajo, de la tranquilidad, para precipitarlo en la miseria, lanzándolo por el camino de la desesperación.

2.10 Características de los juegos ilícitos

Los juegos en general y los pasatiempos por su misma variedad constituyen una actividad importante en la vida de muchas personas, en términos generales, se puede señalar que

las características de los juegos son las siguientes: a) fuerza o potencia física; b) destreza o habilidad mecánica para la ejecución del juego o deporte respectivo; c) maña, inteligencia y suerte, sin embargo dejamos claro que en todos ellos interviene la suerte en mayor o menor grado.

Como características primordiales se mencionan las siguientes: a) su libertad: consiste en la facultad que se tiene para jugar o no jugar, se hace sin imposición, espontáneamente, debe encontrarse en su practica un placer, puede principiar o concluir en cualquier momento, las reglas son rígidas sólo si voluntariamente se han establecido con anterioridad, las mismas pueden cambiarse o suprimirse voluntaria y libremente; b) desinterés: el juego no es la vida corriente, cotidiana, se encuentra fuera del proceso de la satisfacción directa de necesidades o deseos, aunque filosóficamente podríamos decir que la vida la deberíamos tomar y ver como un gran juego que inteligentemente jugado, nos proporcionaría placer, alegría, contentamiento, satisfacción; c) delimitación; d) incertidumbre; e) dinámica.

2.11 Clasificación de los juegos ilícitos

En virtud de que existe una gran variedad de los juegos considerados como ilícitos, resulta difícil precisar con exactitud una clasificación, sin embargo se puede establecer que hay juegos en los cuales el ganar o el perder dependen principalmente de la destreza, inteligencia habilidad o practica de los jugadores, en los cuales intervienen de una manera

secundaria en la practica de los mismos, la suerte y el azar; en otros las ganancias o las perdidas son determinadas principalmente por el azar o la suerte, dependiendo secundariamente la destreza del jugador; hay otros juegos en los cuales el resultado se debe exclusivamente al azar; los primeros son los llamados juegos ilícitos, los segundos mencionados, son los prohibidos.

Por supuesto que puede clasificarse el juego de diversas maneras, así por ejemplo, si se pone en juego una suma de dinero, será un juego interesado y lo contrario será un juego desinteresado, desde el punto de vista jurídico se establece que son "lícitos o ilícitos, según que en ellos predomine la inteligencia o la destreza de los jugadores, o simplemente el azar".¹⁸

En la mayoría de los pueblos modernos, los juegos se clasifican en permitidos y prohibidos, negándose a los que pertenecen a esta última clase, como jugos permitidos están conceptuados todos los que constituyen al ejercicio del cuerpo, los que tienen por objeto el adiestramiento en el manejo de ciertas armas, las carreras en sus diversas manifestaciones en los cuales se pueden mencionar (carros, caballos, etc.) y un sin fin de actividades que constituyen verdaderos ejercicios físicos, los cuales muchas veces son recomendados a veces con propósitos médicos.

¹⁸ Labarut Glenda, Gustavo Enrique, **Derecho penal, Tomo II, parte especial**, pág. 156.

Los juegos prohibidos caen dentro de la esfera de la acción penal y de las medidas represivas o sancionadores del derecho, siendo lícitos todos los demás y, en consecuencia con eficacia para obligar, tal y como sucede con las loterías.

Existe la clasificación que hace mención, a los juegos de movimiento, sedentarios y científicos, los primeros desempeñan una función importante en la vida de los niños, en las milicias, tanto así, que en los pueblos antiguos estos juegos fueron los únicos practicados y preferidos por los adultos (tiro de arco, esgrima, etc.) en la edad media los torneos, los caballeros y gente de armas tuvieron preferencias; los practicados al aire libre o en locales amplios y espaciosos, interesan tanto al jugador como a los espectadores, a tal extremo que superan en mucho a las representaciones escénicas y otras manifestaciones del arte.

Los segundos colaboran en parte con la higiene, tanto del cuerpo como del espíritu, sobre todo cuando se practican en momentos de reposo, son llamados intelectuales y algunos de ellos constituyen un arte completo, como el ajedrez y las damas, o bien tienen cierta dosis de azar como el dominó, mientras que en otros el azar puede ser total como sucede con el póker, que es un juegos de grupo, de sociedad.

Los últimos desarrollan la atención, constituyen una recreación a veces muy hermosa, forman un útil complemento educativo como es el ajedrez, el dominó, etc.

Hay quienes los han clasificado en tres grupos: “juegos de calculo, de azar y de habilidad”.¹⁹ de acuerdo a las habilidades que se necesitan para jugar cada uno de ellos, muchos de los juegos podrían ser incluidos en cualquiera de los grupos mencionados, por estar todos sujetos precisamente al cálculo, al azar y a la habilidad; de acuerdo a lo anterior, se puede mencionar en el primer grupo al ajedrez, al dominó, a las damas, luisa, billar, etc.; en los cuales el azar es de mínima importancia y si se requiere de atención, reflexión cálculo, habilidad y paciencia, en la segunda clasificación se puede mencionar la diversidad de juegos que se practican con el naipe, bridge, canasta, póker, manilla, veintiuno, bacará, en el tercer grupo se puede mencionar, aquellos en donde se necesita una buena dosis de habilidad, entre los cuales se menciona el billar, los bolos.

Existen por supuesto los pasatiempos o entretenimientos que pueden practicarse sin necesidad de compañía (los juegos de cartas llamados solitarios, las pirámides, las cuatro parejas, rojo y negro, etc.), por último se pueden mencionar los juegos infantiles, son tan numerosos que serian realmente prolijeo enumerarlos, además de que, cada país tiene los suyos (trompo o peonza, el aro, las piñatas, los cincos o canicas, la gallina ciega, etc.)

Es de hacer mención que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, no se hace ningún tipo de distinción entre las diferentes clases de juego, pues tanto en el Código Penal así como en el Código Civil y otras leyes que brevemente hacen mención a lo relacionado a los juegos ilícitos, de suerte, envite o azar.

¹⁹ Enciclopedia Labor; Tomo CIII, pág. 809.

De acuerdo a lo anterior, en el ordenamiento jurídico se puede decir que los juegos pueden ser: a) juegos ilícitos; b) juegos lícitos; y, c) los prohibidos; aquellos que siendo de envite o azar y jugados en casa de juego constituyen delito y, accidentalmente practicados constituyen falta.

2.12 Definición de juegos ilícitos, de suerte envite o azar y juegos prohibidos

Considero dar antes una definición de juego, sobre todo porque la legislación no lo hace, etimológicamente la palabra juego deriva del vocablo latín *iusdus-iudere*, que comprende lo necesario, el simulacro y la burla, el recreo, el juego infantil, la competición, la representación litúrgica, la teatral y los juegos de azar; es pues, un ejercicio recreativo sometido a ciertas reglas en el cual se puede ganar o perder.

Desde el punto de vista jurídico el juego “es un contrato en virtud del cual las partes contratantes, sometiéndose a reglas determinadas, arriesgan la adquisición o la pérdida de un valor económico, pudiendo conocer por igual el cálculo de probabilidades en pro y en contra que tiene y, haciendo depender en cuya resolución interviene el azar”.²⁰

Después de definir en términos generales y jurídicamente el juego, se definen los ilícitos, como aquellos en los que resulte a favor de uno de los competidores, ventajas conocidas,

²⁰ Enciclopedia Jurídica Española; Tomo Vigésimo, pág. 130.

mientras que los lícitos son aquellos en los que interviene la destreza, el cálculo y la habilidad del jugador, por supuesto, que hay mixtos, es decir, juegos en los cuales se combina el azar con la destreza, la legislación no hace ninguna diferencia con respecto a los otros juegos (lícitos, de azar, de envite, prohibidos).

Por lo cual resumo diciendo que los juegos ilícitos son aquellos en los cuales las pérdidas o ganancias de los jugadores no dependen o están sujetas al cálculo o destreza aplicada en el juego, sino que, el resultado dependerá del azar exclusivamente.

Al referirme a la suerte citare la definición siguiente: "Sucesión o encadenamiento causal de los hechos, casualidad, circunstancia favorable o adversa de producción superior a la acción humana, de evitación imposible o ajena a la conjetura."²¹

La palabra azar, que conviene aclarar su significado, y deriva del vocablo árabe y significa casualidad, aunque realmente significaba el nombre que se daba al dado para jugar, es un acontecimiento vinculado a lo incierto y de cuya producción depende algún efecto.

Los juegos de suerte, envite o azar, son aquellos juegos cuyos resultados no dependen de la habilidad, destreza o inteligencia de los jugadores, sino de la suerte, del caso en que se apuesta dinero sobre lances determinados.

²¹ Osorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 728.

De la definición anterior se distinguen dos grupos: a) los de azar o suerte y; b) los de envite, que siendo de azar, se distinguen por que en ellos se apuesta a la vez, dinero sobre un lance determinado, los de azar propiamente son aquellos cuyos resultados dependen exclusivamente de la casualidad, del imprevisto o de la suerte, en el entendido de que la suerte o el azar es el encuentro con una serie de hechos independientes, carentes de correlación entre unos y otros, sin pertenecer a un orden común, es decir, que el resultado depende de un factor externo, independiente de la voluntad humana, siendo precisamente este elemento o factor la suerte, la cual para algunos es de carácter divino, para otros extra-sensorial y, para los realistas, no pasa de ser un principio digno de considerar, incontrolable para el ser humano, pero, que no puede ser obra de Dios, pues, su concepción, no va con la ambición y pasión que el juego desenfrena, en los de envite existe una apuesta de por medio, la cual el jugador somete a la suerte.

En conclusión se establece que si se trata de un juego cuyo resultado depende de la habilidad, destreza o inteligencia de los jugadores, aunque se practique en una casa de juego, no es delictuoso de acuerdo al ordenamiento legal.

Si bien el juego de suerte, envite o azar, cuando se verifica más o menos accidentalmente en una casa particular, no constituye el delito de juegos prohibidos, adquiere este carácter y por lo mismo se haya comprendido en el Artículo 478 del Código Penal, cuando por la frecuencia y manera de jugar que en ella se emplea, se reputa habitualmente destinada al juego, que es el elemento que caracteriza este delito.

Ahora bien, a pesar de lo dicho, considero muy oportuno mencionar que de la “ociosidad que revelan, el derroche que significan, cuando se atraviesa el dinero, que es lo común por la actitud que suscitan, por las riñas y delitos que provocan, los de azar suelen entrar en la categoría de juegos prohibidos”.²²

Con relación a éstos se definen en términos generales como: los juegos prohibidos son aquellos de codicia, de ocio y en general, de vicio, en que la suerte o el azar, llamado por otro nombre, deciden exclusivamente de la ganancia o pérdida respectiva de una puesta de dinero o de valores.

De la definición de juegos prohibidos el Código Penal establece, que los de suerte, envite o azar, lo cual implica la deducción de que han de considerarse como lícitos, aquellos en los cuales interviene la destreza, el cálculo y la habilidad del jugador, consecuentemente no se consideran prohibidos los juegos que constituyen al ejercicio del cuerpo, como son los que persiguen el adiestrarse en el manejo de ciertas armas, carrera de caballo, atletismo, carreras de carros, juegos de pelota y otros de análoga naturaleza, al respecto de los juegos prohibidos “son aquellos que siendo de envite o azar y jugados en casa de juegos se trasforman en delito y jugados accidentalmente en lugares o establecimientos públicos en falta.”²³

²² Cabañelas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual; Tomo IV**, pág. 17.

²³ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 314.

2.13 El juego como delito y falta

El juego puede ser una acción, un hecho penado por la ley y, en consecuencia puede constituir un delito o una falta según la naturaleza de la infracción.

La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, salvo las excepciones del caso, por el contrario, cuando el juego no se da de esa naturaleza debemos entender que existe acción para reclamar sus ganancias, esto sirve perfectamente sin embargo, para demostrar que tal y como permite la ley el juego, puede llevar de la mano a los que juegan a su ruina.

Ahora bien, si el estado explota y organiza los juegos de suerte, envite o azar, son por su puesto lícitos, pero, por cuenta de particulares, son reprimidos penalmente y, en todo caso el engaño en los mismos y aún en los lícitos, constituyen estafa, con respecto a los dueños de casa de juego el delito se consuma con el hecho de tener estas casas; por los banqueros y jugadores en el momento de su intervención en el juego.

El hecho de que existan normas jurídicas que regulan los juegos como delito y como falta, no supone que la naturaleza de ambas infracciones sea diferente, el juego de suerte, envite o azar, solo es punible como delito cuando se lleva a cabo en casas de juego propiamente, sea o no pública y, solamente se cometerá falta cuando en sitios o

establecimientos públicos (pero no casas de juego) se promuevan o tomen parte en cualquier clase de juego de azar que no se considere de puro pasatiempo o recreo, es decir, que para estimar el juego como falta es necesario que el mismo se practique de modo eventual, debiéndose entender por jugador para los efectos calificativos de la infracción, a los que asisten a la casa de juego y tomen parte directa en el juego, sin que sea suficiente la mera presencia de la persona en el local en donde se juega.

En el delito se toma en consideración la habitualidad como elemento básico del mismo, en tanto que en la falta, es la eventualidad la que le da ese carácter.

2.14 Falta

Para poder conceptualizar el significado de falta; es necesario tener claro el concepto de derecho, el cual proviene del término latino *directum*, que significa lo que esta conforme a la regla, y que el mismo se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad, por lo cual se considera como falta a una infracción de una norma, pudiendo ser esta voluntaria o culposa.

Para efectos de la presente investigación se entiende por faltas aquellos actos ilícitos penales que lesionan los derechos personales, patrimoniales y sociales pero que por su

intensidad no constituyen delitos, ya que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Destaco que si bien es cierto existe gran identidad entre los delitos y las faltas, esto en cuando a sus elementos o presupuestos, la diferencia entre ellos se da en la menor intensidad criminal que se da en las faltas, por lo que una falta o contravención, en derecho penal, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegido, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito.

2.15 Diferencias entre falta y delito

El ordenamiento penal guatemalteco, hace una clasificación de las penas, esto dentro de su Título IV, y las clasifica en penas principales y accesorias; de las cuales interesan para efectos de la presente investigación las primeras; dentro de las cuales se contemplan las de arresto; pena que se aplica a los responsables de faltas y que consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días; por otro lado la pena de prisión y de muerte se aplican a los responsables de delitos que han producido una lesión grave a un bien jurídico tutelado y contenido en el ordenamiento penal guatemalteco.

Por lo cual se puede concluir que la mayor diferencia entre delito y falta es que en los primeros la lesión del bien jurídico tutelado es de mayor gravedad, mientras que en las faltas la lesión es menor y por ende la intensidad criminal también.

CAPÍTULO III

3. Las casas de juego y su relación con otras formas de juego

Dentro de las otras formas de juego se puede hacer mención, aquellos que surgen como otras formas mas sofisticadas y que trascienden fronteras dentro de un Estado y otro, que permiten a los jugadores dentro de un computador, realizar transacciones mediante los juegos de manera ilícita, y que por lo tanto, se encuentran reguladas como figuras delictivas dentro de la ley penal, cada vez son mas las posibilidades que ofrece Internet para practicar juegos de azar por ordenador y por ello, los expertos han advertido de los problemas graves de adicción y estafas que pueden acarrear esta actividad.

No se tiene un control de cuantas compañías de apuestas funcionan en el mundo, la mayoría de ellas basadas en paraísos fiscales del Caribe, operan en la red mundial de ordenadores y su objetivo es, sobre todo, el lucro en el mercado, sin embargo, el acceso por medio de este computador, puede evidenciar a través de distintos países en cualquier parte del mundo.

Se ha catalogado en la sociedad internacional como un problema de tipo económico, y que ha preocupado a expertos y especialmente a legisladores, así como las autoridades estatales, ya que puede generar adicción, fraudes, amenazas, coacciones, estafas.

Se puede mencionar dentro de las otras formas de juego, los juegos de video, que pueden ser mucho mas adictivos que los que se practican en mesa, con ello, se quiere establecer que en esta circunstancia se pone de manifiesto las nuevas formas de adicción, de juego, y que en la actualidad, ofrece mayor accesibilidad de los jugadores a través del uso de computadores y del sistema de Internet.

El uso de Internet lleva consigo una gran responsabilidad, por parte de los padres de familia que deben tener control hacia sus hijos, cuando estos se encuentran utilizándolo y, así poder evitar que estén consultando paginas que ofrecen la practica de juegos ilícitos, lo que les puede ocasionar adicción, y que pueden llegar a generar actitudes compulsivas que no podrían frenarse en el país, por la limitación del Estado en contrarrestar esta problemática a través de la Ley Penal.

Se puede hacer mención que otras formas de juego, está el ámbito deportivo, toda vez que se apuesta a los resultados de los equipos, a la carrera de caballos, a los juegos, únicamente se hace necesario que el jugador, no importando su edad obtenga una tarjeta de crédito, para poder abrir una cuenta y apostar desde su casa o en el lugar donde elija, una determinada empresa que atienda este tipo de apuestas o se encuentra habilitada para recibir oferta de los juegos de azar.

Es de hacer notar que la sanción para las empresas que se encargan de recibir apuestas, tienen muy poco control por parte de los gobiernos, ya que operan por lo regular fuera del

país donde el jugador se encuentra haciendo determinada apuesta, y muchas veces se da que las personas que se encuentra haciendo la apuesta se encuentra domiciliadas en países donde el juego esta permitido, en conclusión se puede establecer que el Estado tiene el deber de regular las nuevas formas de juego ya sea de manera penal o administrativa y, adecuarla a los avances de la sociedad con relación a los juegos a nivel Internacional.

3.1 Análisis comparativo entre las casas de juego y otras formas de juego en Guatemala

Para hacer un análisis de las casas de juego y su relación con otras formas de juego, se hace mención de aquellos que son considerados como lícitos y en los que interviene la destreza, el cálculo y la habilidad del jugador, consecuentemente no se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, los que persiguen el adiestramiento en el manejo de ciertas armas, carreras de caballos, de carros, y otros de análoga naturaleza, y que para su practica es necesario que tengan un lugar donde practicarlos, mientras que en las casas de juego en donde las personas que se reúnen su único objetivo es jugar y apostar dinero.

La relación que se da muchas veces entre las casas de juego y los juegos prohibidos son practicados en los lugares que son autorizados para la practica de alguna actividad que si esta autorizada por la ley.

3.2 Instituciones que autorizan las casas de juego en Guatemala

En Guatemala las instituciones que han autorizado el funcionamiento de las casas de juego son: la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, por medio del Decreto 76-97 Ley Nacional para el Desarrollo de la Cultura Física y del Deporte, la cual se encuentra vigente a partir del cinco de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, basado en los Artículos 212. Sistematización. Se autoriza el establecimiento de loterías, quinielas, o sistemas de vaticinios deportivos, se crea como un medio de fortalecimiento del reglón económico para el desarrollo de las actividades del deporte, educación física y recreación.

Su funcionamiento se regirá por un reglamento especial. Artículo 213. Facultad en manejo de vaticinios deportivos. Corresponderá a la confederación para realizar o autorizar, supervisar y controlar las loterías, las quinielas y los concursos sistemas de vaticinios deportivos, por medio de estos Artículos la Asamblea General de la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, con fecha siete de diciembre de dos mil dos, emitió el reglamento del régimen jurídico para la autorización de loterías, quínelas, concursos o sistemas de vaticinios deportivos, el cual fue publicado en el Diario Oficial el siete de marzo de dos mil tres, fecha que entro en vigencia.

Otra de las instituciones que han autorizado el funcionamiento de las casas de juego es el Ministerio de Gobernación, mediante resoluciones administrativas, y aunque la ley no

permite la existencia del funcionamiento de casinos, sin embargo son utilizadas como fachadas para promover estos negocios, dentro de estas autorizaciones se pueden mencionar las resoluciones números 00433, y la 00128, en donde se autoriza el funcionamiento de juegos de diversión operados por maquinas de sorteo electrónico en todo el territorio nacional.

3.3 Instituciones que ejercen control de las casas de juego en Guatemala

Dentro de las instituciones que deben ejercer el control del funcionamiento de las casas de juego se encuentran.

El Ministerio de Gobernación: por medio de la Policía Nacional Civil, debe velar porque se cumpla con los requisitos establecidos por la ley, para el funcionamiento de una casa de juego.

El Ministerio Público: quien por mandato legal es el encargado de la persecución penal, y de oficio iniciar proceso por delito flagrante en contra de las operaciones de todas las empresas que estén operando juegos de azar, y como consecuencia de la comisión de delito flagrante el cierre inmediato de todas las operaciones que se realizan en dichos centro de juego, asimismo llevar un control estricto con relación a la forma en que son autorizados dichos centros para su funcionamiento.

La Superintendencia de Administración Tributaria: supervisar si el funcionamiento de las casas de juego están cumpliendo con la obligación tributaria a que están obligadas de conformidad con lo que establece la ley.

La Contraloría General de Cuentas: verificar que todos los contratos celebrados para el funcionamiento de las casas de juego, cumplan con los requisitos que están establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y, solicitar a la autoridad competente la aplicación de las sanciones correspondientes, a las personas que resulten responsables por la autorización del funcionamiento de las casas de juego en donde se practican juegos prohibidos.

Superintendencia de Bancos: investigar la procedencia del dinero que ingresa en dichos centros de juego, para poder establecer si existe el ilícito penal de lavado de dinero, y que personas o empresas pudieran estar involucradas en este caso.

Procuraduría General de la Nación: velar porque los contratos que se encuentren vigentes se hayan autorizado de conformidad con lo que establece la ley, y si se ha cometido irregularidades en la autorización de los mismos, iniciar los procesos de nulidad de los mismos, y así hacer que se restablezca el Estado de derecho.

3.4 Las casas de juego como fuente de ingresos fiscales

Los ingresos fiscales son aquellos que percibe el Estado y, que normalmente se consolidan en el presupuesto nacional, con los que se hace frente a los gastos del gobierno central y sus diferentes organismos, los ingresos fiscales provienen, fundamentalmente, de los impuestos que se cobran a la población.

Tales impuestos pueden ser recaudados por el gobierno central o por los gobiernos regionales y locales, de conformidad como lo establece el ordenamiento legal vigente, los gobiernos reciben ingresos por rentas especiales que cobran, como los que se recaudan en las aduanas o los que se reciben por concesiones especiales, por derecho de registro; por ventas o alquiler de la propiedad pública, por instituciones autónomas y empresas públicas, otra fuente de ingresos para el gobierno podría ser, la que permitiera la legalización o autorización de las casas de juego, es decir, que el juego debidamente reglamentado representaría cierta suma de dinero en concepto de ingresos fiscales.

3.5 Las casas de juego en el derecho comparado

El derecho comparado es definido como una disciplina o método de estudio del derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados.

No es propiamente una rama del derecho, por ese motivo, el derecho comparado puede aplicarse a cualquier área del derecho, realizando estudios específicos tales como: derecho penal, derecho constitucional, derecho civil, etc.

Con relación a las casas de juego, tomo como referencia la forma en que son autorizadas en la República de Honduras, las leyes que la regulan, las sanciones que son aplicadas a las personas que se dedican a esta actividad, el control con respecto a los ingresos que se obtienen del funcionamiento de las casas de juego.

El Código Penal de la República de Honduras, Decreto No. 144-83, en el Capítulo XI, regula lo relacionado a los juegos en los artículos siguientes.

Artículo 260. “Los propietarios y los administradores de casinos, casas de juego o de suerte, invite o azar no autorizados legalmente, serán sancionados con reclusión de tres a siete años, más una multa de cincuenta mil a cien mil Lempiras, sin perjuicio del cierre definitivo del negocio, a quienes jueguen en dichas casas se les sancionará con la reclusión de uno a tres años, más una multa igual a la mitad de la anterior”.

Artículo: 261. “Los productores y expendedores de billetes de loterías no autorizadas legalmente y quienes efectúen rifas que tampoco hayan sido legalmente autorizadas, serán sancionados con reclusión de dos a cuatro años más una multa de diez mil a

cincuenta mil lempiras, se exceptúan las rifas que para fines benéficos, educativos o de fomento a las artes o al deporte realicen los centros o establecimientos dedicados a estas actividades”.

Artículo: 262. “El dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego o rifas, caerán en comiso”.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras, C.A. por medio del Decreto Número 488 autoriza la ley de casino, juegos de envite o azar, en el cual hace mención en el primer considerando que la Ley del Instituto Hondureño de Turismo declara de interés nacional la promoción, protección, desarrollo y explotación del turismo, en el tercer considerando se hace mención que para promover el desarrollo del turismo, atraer divisas al país y proporcionar al Estado una fuente adicional de ingresos, es conveniente establecer las normas y regulaciones a que deberán sujetarse las personas naturales o jurídicas, que deseen operar casinos de juegos de invite o azar.

En el Artículo 1. Se establece las normas y regulaciones a que deberán sujetarse las personas naturales o jurídicas, que operen casinos de juegos de envite o azar. Artículo 2. Se hace mención que son juegos de envite o azar, los de ruleta, dados, barajas, punto y banca, bacará, máquinas tragamonedas y otros similares. Artículo 4. La autorización y el tiempo de duración y prórroga del funcionamiento. Artículo 6. La finalidad de los casinos, y la prohibición de admitir como jugadores a personas que no acrediten ser extranjeros.

Artículo 8. El pago que deberá efectuarse en concepto de impuestos. Artículo 12. Las personas encargadas del control y funcionamiento de los casinos. Artículo 16. Se mencionan las infracciones y sanción a la ley y su reglamento, multa, clase de procedimiento, plazo para el pago de la multa, la vía de cobro en caso de vencimiento. Artículo 20. Deroga todas las disposiciones que se opongan y vigencia, dado en la ciudad de Tegucigalpa, Distrito Central, a los ocho días del mes de julio de mil novecientos setenta y siete. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 22247 de fecha 16 de julio de 1977.

El poder judicial de Honduras, por medio del Decreto Número 100-88, del Congreso Nacional, en el primer considerando establece que es deber del Estado proteger y fomentar el patrimonio familiar, de todos los hondureños emitiendo leyes proteccionistas que establezcan disposiciones enmarcadas en el ámbito de la moral, la educación y las buenas costumbres, en el segundo considerando mención la protección de los menores de edad, por lo cual Decreta Artículo 1. Reforma el Artículo No. 6 de la Ley de casino y juegos de envite o azar, el cual deberá leerse de la siguiente manera: Artículo 6. Queda terminantemente prohibido admitir como jugadores a las salas de juego de envite o azar a personas nacionales o extranjeras menores de 21 años de edad.

Decreto que fue dado a los doce días del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, y entro en vigencia el 20 de octubre de 1988, el cual fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 25660.

El Congreso Nacional de la República de Honduras por medio del Decreto No.101-88, en el segundo considerando se establece que la ley de casinos de juegos de envite o azar, debe de estructurarse en forma que el Estado se asegure del control de los impuestos decreta: Artículo 1. Reforma el Artículo 8, del Decreto 488, de fecha 8 de julio de 1977, que contiene la Ley de casinos de juegos de envite o azar, el cual queda así.

Artículo 8. Los beneficiarios de una licencia para operar casinos de juegos de invite o azar, deberán pagar al fisco en concepto de impuestos una suma anual de 700,000.00 lempiras pagaderos mensualmente o el veinte por ciento de los ingresos brutos que perciban menos los premios pagados. Artículo 2. La vigencia y publicación, el cual fue dado en el salón de sesiones del Congreso Nacional, a los doce días del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

El Presidente Constitucional de la República de Honduras en Consejo de Ministros, en el Decreto Ejecutivo No. 70-92, hace mención en el sexto considerando que existen casas en las que se practican juegos de invite o azar, como ruletas, dados y otros, que por la tecnología moderna, se identifican como máquinas tragamonedas, traganíqueles u otra denominación, y que por su naturaleza y práctica, corresponden a juegos de apuestas, pertenecientes a los de envite o azar, por lo que su funcionamiento debe regirse a los requisitos legales establecidos, y por lo tanto si no cuentan con el permiso respectivo es ilícito su funcionamiento por lo que decreta.

Primero: prohibir en el Territorio Nacional el funcionamiento y operación de casas de juego envite o azar, como ruleta, dados, barajas, punto y banca, bacará, maquinas tragamonedas, por cuya operación medie precio y apuesta.

Segundo: se ordena a las autoridades correspondientes, que procedan a la localización, cierre y clausura definitiva, de casas, edificios y demás instalaciones en que funcionen y practiquen juegos de invite o azar.

Tercero: se ordena a las autoridades correspondientes que informen y reporten la localización y clausura de casas o edificios en que sin el permiso del Poder Ejecutivo estén en funcionamiento, el cual fue publicado en el Diario Oficial la Gaceta número 27023, de fecha 20 de abril de 1993, fecha que entro en vigencia.

CAPÍTULO IV

4. Regulación legal de las casas de juego en el ordenamiento jurídico guatemalteco

No está definido en el ordenamiento jurídico guatemalteco un régimen a través del cual se pueda dar la autorización de casas de juego dentro del territorio guatemalteco, pero pese a esto y no obstante estar regulado en el ordenamiento penal guatemalteco la figura legal de juegos ilícitos, estos establecimientos operan al margen de la ley incurriendo en forma flagrante en dicho ilícito; y es el caso que algunos centros de esta naturaleza su funcionamiento lo hacen recurriendo al ordenamiento relativo al deporte federado, para lo cual, es necesario determinar la necesidad de regular su existencia así como su eventual control y fiscalización.

El Decreto Ley Número 106 Código Civil, en el libro V, del derecho de obligaciones, en la segunda parte, de los contratos en particular. Título XIX, regula lo relativo a las loterías, rifas, apuestas y juegos; sin embargo tales disposiciones son muy simples en lo concerniente a las loterías y rifas, únicamente refiriéndose en el Artículo 2144, que dentro de las disposiciones del Código Civil establece, que en relación a éstos cuando se permita, quedaran sujetos a las leyes y reglamentos especiales que las regulan.

El Código Penal Decreto Número 17-73, en el título XV, en su capítulo único en el Artículo 477, hace referencia a los juegos ilícitos señalando, los banqueros, administradores, empresarios, gerentes o demás personas encargadas y los dueños de casas de juego, suerte, envite o azar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de un mil a diez mil quetzales. El Artículo 479.- (Loterías y rifas ilícitas). Los empresarios y expendedores de billetes de loterías y rifas, no autorizadas legalmente serán sancionadas con multa de cincuenta a un mil quetzales.

4.1 Regulación legal de los juegos ilícitos en el Código Penal y otras leyes nacionales

Primero analizare la regulación de este delito en el campo penal, como es sabido en el Código Penal los delitos se encuentran clasificados de acuerdo al bien jurídico tutelado, siendo esta clasificación a manera de ejemplo: los delitos contra las personas, contra el honor, la propiedad, la seguridad pública, el orden público, etc.

Por supuesto, el delito de juegos ilícitos ha sido considerado como una violación que atenta contra la propiedad, hay quienes afirman que va en contra de las buenas costumbres y, otros dicen que este delito atenta contra el orden público, como es sabido los delitos deben agruparse en distintas categorías, tomando en cuenta el bien o interés jurídicamente lesionado y que, no puede existir un delito donde no haya lesión al derecho, ya que la variedad del derecho ofendido o lesionado, nos sirve de guía para conocer las

clases de posibles delitos. “La variedad del derecho agredido o violado es el único criterio exacto y seguro de la calidad de los delitos.”²⁴ si bien es cierto que un idéntico hecho, puede caer bajo diversos títulos, ello obedece a que, en varios casos se ataca diferentes derechos con el mismo hecho, o porque con una idéntica actuación se produce la violación de varios derechos.

El Código Penal regula este delito en el Título XV, al final del libro II, denominado de los juegos ilícitos, al cual le dedica únicamente tres artículos, los cuales se refieren a los juegos de suerte, envite o azar.

Es de hacer notar que el contenido de los artículos que se refieren a los juegos ilícitos, es muy escaso, y siendo este un asunto tan importante solo demuestra el poco interés que se le ha dado por parte del legislador, no solo en cuanto a las graves consecuencias que los mismos provocan a la sociedad, si no que denota su imprecisión al ubicarle en un título especial, sin que se establezca a que categoría pertenece esta infracción, es decir que tipo de interés lesionan, que bien jurídico protegido se ve afectado, denotando de esta manera, un total desconocimiento con respecto a la naturaleza jurídica de estos delitos, que si bien pueden clasificarse en delitos en contra de la propiedad, o los que atentan el orden público, o las buenas costumbres, el Código Penal lo regula como una simple contravención, sin clasificarlos en determinado grupo de delitos.

²⁴ Gómez, Eusebio, **Tratado de derecho penal, Tomo II**, pág. 8.

La redacción de los preceptos legales, en cuanto a la definición de las conductas incriminatorias, resultan tan breves si se toma en cuenta la importancia de estos delitos y, en su redacción tan ambigua, extensa y oscura, da lugar a interpretaciones confusas, pues, no dicen con claridad que debe entenderse por juegos de suerte, envite o azar.

En el Código Penal se encuentra tipificada las conductas penales que caen bajo la regulación del delito de juegos ilícitos, cuyo contenido es de carácter no positivo, por cuanto que ni se cumple y ni se aplica a la realidad, además de que, no existe reglamentación específica para su regulación.

La clasificación de los delitos obedece a la naturaleza jurídica de los mismos, al bien jurídico que afectan, en cuanto al orden o ubicación de los mismos en un texto legal, dependerá del sistema que se adopte, pues existen dos diametralmente opuestos, uno que coloca a todos aquellos delitos que protegen intereses del Estado y que coloca de último los que atentan contra los intereses individuales y, el otro sistema que opera de forma inversa, es decir, que coloca a los que afectan intereses individuales al principio y termina con los que lesionan o afectan intereses estatales; el nuestro sigue el segundo sistema, al colocar de primero los delitos que atentan contra los intereses individuales y finaliza con los que atentan contra el Estado.

Los responsables de la comisión del delito de juegos ilícitos, de conformidad con el Artículo 477, son los banqueros, administradores, empresarios, gerentes y demás

personas encargadas, así como, los dueños de casa de juego de suerte, envite o azar, además son responsables quienes asistan a las mismas y jueguen.

Como es de hacer notar la ley penal guatemalteca no define expresamente lo que debe entenderse por cada uno de éstos términos, por lo que considero de interés referirme aunque sea brevemente a la estafa en el juego, este delito se encuentra regulado en el Título VI, capítulo V, Artículo 264, inciso 7º, del libro II del Código Penal, al establecer: “Los que se valieren de fraude en el juego para asegurar la suerte”. Entiendo que se refiere este inciso a los juegos que he llamado licito, porque si se refiriera a los ilícitos, estaría dando lugar a un hecho que para la misma ley es ilícito.

La persona víctima de un engaño de esta naturaleza, no puede lógicamente enderezar una acción penal reclamando justicia por un delito que nace de un hecho que la misma ley califica de ilícito, por lo que, quien pierde con trampa o fraude una suma de dinero, no puede hacer valer la acción penal reclamando una estafa, ya que él a su vez, ha cometido el delito sancionado por el Artículo 477 del Código Penal.

Luego de analizar lo que considero necesario en relación al tema que me ocupa y su regulación en la ley penal vigente, creo que es oportuno referirme a la regulación del citado delito en el Código Civil, y Código Laboral, hago la aclaración que lo hago muy concretamente, sin entrar en consideraciones o profundizaciones, pues, el planteamiento que me ocupa es en torno al campo penal.

Desde el punto de vista civil, quiero referirme al juego como causal de divorcio, suspensión de la patria potestad, precisamente por las repercusiones que esto conlleva en el ámbito familiar. El Decreto Legislativo Número 106, Código Civil, en el Título XIX, libro V, Artículos 2137 al 2150, regula con la denominación de loterías y rifas; apuestas y juegos, lo relacionado al planteamiento que me ocupa.

De los artículos citados puede hacer las siguientes consideraciones: no se puede demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas, que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, carreras o de otros juegos o apuestas semejantes, siempre que no se haya infringido alguna ley o reglamento, la deuda de juego o apuesta no puede compensarse, ni ser convertida por novación en obligación civilmente eficaz, en la legislación guatemalteca, el contrato de juego y de apuestas, no están definidos, no se concede acción para reclamar lo que se gana en un juego ilícito, pero, el perdedor no puede repetir lo pagado voluntariamente, salvo que hubiese mediado dolo, y se trate de menor o estuviere inhabilitado para administrar sus bienes.

Quien pierde en un juego de los no prohibidos queda obligado civilmente, pero, los jueces pueden moderar la cantidad adeudada cuando se exceda de lo común, el Código Civil se refiere a los juegos lícitos, pues si tomara en consideración los ilícitos, sería ilógico, ya que, ninguna obligación puede surgir de ellos, salvo las reparaciones civiles que provengan de los mismos.

En lo relacionado a las loterías y rifas, las mismas están reguladas en los artículos antes mencionados del citado código, y son consideradas como juego de azar, con excepción de las autorizadas por el gobierno, las cuales se autorizan, en virtud de disposiciones especiales, por constituir fuentes de ingresos al fisco y en algunos casos para entidades benéficas.

Con respecto a la separación y al divorcio, se encuentra establecido en el Artículo 155, numeral nueve, del Código Civil. “los hábitos de juego... cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de la desavenencia conyugal”; en este inciso se equipara el juego a la embriaguez y al uso constante de drogas, de lo cual deduzco que al no mencionarse la clase de juego, entiendo que tácitamente será a toda clase de juegos, ya que los vicios y las drogas constituyen un verdadero cáncer social.

Con relación a la suspensión de la patria potestad, en el Artículo 273 numeral 4º del Código Civil, se establece que se suspende por tener el hábito de juego... sin indicar la ley a que clase de juego se refiere, pero debe entenderse que la habitualidad puede ocurrir en cualquier clase de juego, y lógicamente conduce a la desatención, falta de cuidado y abandono de los hijos menores de edad, al perjuicio patrimonial que se puede ocasionar a los mismos con la dilapidación de bienes; de esta manera pues, la ley pretende salvaguardar los intereses de los hijos menores de edad, que se verían afectados por el juego del padre de familia.

En el Código de Trabajo, Decreto Ley No.1441, en el Artículo siete, con muy poca positividad y claridad se prohíbe los juegos de azar en las zonas de trabajo, asimismo, las drogas y la prostitución, limitada tal prohibición a un espacio de tres kilómetros alrededor del centro de trabajo, siempre que el mismo se encuentre fuera del poblado, dije poca positividad ya que en muchos centros de trabajo se juega al azar de diferentes modos, y aunque la prohibición se refiere al espacio, pareciera que la norma en este sentido se dirige a la protección del salario, al pretender evitar que los trabajadores de una zona de trabajo se dediquen durante el mismo o en su tiempo libre, a la practica de los juegos de azar.

Nada establece el artículo citado en relación a otra clase de trabajadores, y no da una definición de lo que se debe entender por zonas o centros de trabajo, en el Artículo 226 inciso b) del Código de Trabajo, se establece que de probarse en juicio que en el local ocupado por un sindicato, directamente o por medio de otra persona se utilice el mismo para la práctica de juegos prohibidos, se procederá a declararlo disuelto.

Soy de la opinión que los artículos referentes a los juegos de suerte, envite o azar, como los denomina el Código Penal actual, debe ser modificado substancialmente, y elaborar un reglamento que responda a las costumbres y circunstancias actuales de nuestra población, en el cual se estipule la diversidad de juegos, indicando cuales son permitidos y cuales no, quienes son autores, que sanciones se impondrían, etc.

4.2 Situación legal de las casas de juego en Guatemala

La situación relativa a las casas de juego en donde se practican los juegos de azar, actualmente está inmersa en controversias y discusiones que la sumergen, indefectiblemente en una crisis, esto se debe a que, legalmente, el gobierno de Guatemala, autoriza solamente el funcionamiento de entretenimientos operados por máquinas de sorteo electrónico.

Por lo tanto los casinos o cualquier otra opción que no fueran las llamadas video loterías son ilegales, circunstancia que naturalmente toca de cerca el entorno de las apuestas deportivas, esta historia que hoy tiene consecuencias sociales, políticas y legales en el país se inició después que se tomaran decisiones para cerrar el funcionamiento de la Lotería Nacional de Guatemala, debido a manipulaciones que dan como resultado a actos de corrupción.

Después de un tiempo, fueron dictándose diversas decisiones para permitir el trabajo a juegos como bingotón millonario, autorizado por la Fundación Pediátrica Guatemalteca, que promueve recursos para el área de salud materno-infantil; y la lotería santa lucía, que colaboran con todos los ciegos y sordos de Guatemala, la negativa de las autoridades encargadas de la autorización del funcionamiento de las casas de juego de azar, aleja la creación de un entretenimiento oficial que esté basado en la actividad de la Liga Nacional de Guatemala.

Por eso es que algunas casas de apuestas tales como betcris, decidieron promocionarse en el país y pusieron representantes a disposición de los guatemaltecos que deseen incursionar en el mundo de las apuestas deportivas.

El presidente de la República de Guatemala, Álvaro Colóm, ordenó la investigación de la legalidad de las loterías, algo que va de la mano de los constantes pedidos de clausura de casinos y sitios similares que no deberían estar en funcionamiento, la realidad es tan grave que se llegó a pensar que alguno de estos recintos abiertos al público de manera ilegal son lugares que pueden estar en cualquier momento involucrados en el lavado de dinero del narcotráfico.

Por lo cual el Estado, ha tomado medidas legales en contra de los contratos que se han autorizado para determinar si se cumplió con lo que determina la ley, por medio de la Contraloría General de Cuentas, con fecha dieciséis de junio de dos mil ocho, la dirección de asuntos jurídicos de la institución en mención, emitió dictamen jurídico, en el cual opina que el contrato suscrito entre la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala y la empresa: Intergames de Guatemala, S.A. adolece de lesividad y nulidad, por lo cual se solicita que se le traslade a la Procuraduría General de la Nación, como representante del Estado, para que inicie las acciones legales que correspondan, es de hacer notar que en el presente proceso, solo se solicita la nulidad de un solo contrato y no de los otros que han sido suscritos por la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala.

Por lo que la Procuraduría General de la Nación, con fecha veintitrés de septiembre de dos mil ocho, presentó demanda de nulidad únicamente en contra del contrato celebrado con la empresa Intergames y, así como también de los sub contratos que fueron celebrados con las empresas: Tunderbir, S.A. y Desarrollos G. y a consecuencia de las acciones emprendidas en contra de estos contratos, con fecha quince de octubre de dos mil ocho, fue declarada la suspensión provisional del contrato, y con fecha nueve de julio de dos mil nueve se declara la apertura a prueba.

Por lo que se considera que la Procuraduría General de la Nación procedió de manera correcta la demanda, la que se orientó únicamente a la nulidad, ya que la lesividad no era legalmente viable por el tiempo transcurrido desde el momento en que se firmó el contrato, los argumentos de nulidad se basaron en que la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, siendo una entidad autónoma no tiene la facultad de delegar en base a la Ley del Organismo Ejecutivo, es de hacer notar que si el contrato fue suspendido provisionalmente, sin embargo las operaciones continúan a través de los otros contratos que fueron suscritos y de los cuales no se han tomado medidas legales.

4.3 Análisis jurídico de la normativa que permite el funcionamiento actual de las casas de juego y otros centros afines

Para poder determinar si el funcionamiento de las casas de juegos que han sido autorizadas por la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, están autorizadas de conformidad con lo que establece la ley, se hace un análisis del Decreto 76-97, Ley

Nacional para el Desarrollo de la Cultura Física y del Deporte, la cual se encuentra vigente a partir del cinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete, en la cual establece en los Artículos: 212 y 213, lo siguiente.

Artículo 212: Sistematización. Se autoriza el establecimiento de loterías, quinielas, o sistemas de vaticinios deportivos, se crea como un medio de fortalecimiento del renglón económico para el desarrollo de las actividades del deporte, educación física y recreación, su funcionamiento se regirá por un reglamento especial. Y el Artículo 213: Facultad de manejo de Vaticinios Deportivos. Corresponde a la confederación para realizar o autorizar, supervisar y controlar las loterías, las quinielas y los concursos sistemas de vaticinios deportivos, las concesiones que, sobre el particular otorgue la confederación, deberán ser adjudicadas en licitación pública, conforme bases previamente aprobadas por su asamblea general y se elevarán a escritura pública, y haciendo constar los términos y condiciones en que se conceda la autorización y beneficios que corresponde a cada una de las partes interesadas.

Por lo cual con fecha siete de diciembre del año dos mil dos, la asamblea general de la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, emitió el reglamento del régimen jurídico para la autorización de loterías, quinielas, concursos o sistemas de vaticinio deportivos, mismo que fue publicado en el Diario Oficial el siete de marzo de dos mil tres, fecha en que entro en vigencia, en el reglamento en mención se incluyeron dos artículos que contravienen a la Constitución Política de Guatemala, siendo estos los Artículos tres y cuatro, en el que se establece. Artículo tres: Naturaleza, para los fines de este reglamento

las loterías, quinielas, concursos o sistemas de vaticinios deportivos en todas sus modalidades podrán estar o no relacionados con el resultado de un evento deportivo en los términos que los establece la Ley Nacional para el Desarrollo de la Cultura Física y del Deporte, siempre y cuando sean organizados por la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, o delegados concesionados por ésta y, generen ganancias que se apliquen al fortalecimiento económico y desarrollo de las actividades del deporte, educación física y recreación, y el Artículo cuatro. Que se refiere a la operación directa o asociada.

Para lograr los objetivos del Artículo 212 de la Ley Nacional para el Desarrollo de la Cultura Física y del Deporte, las loterías, quinielas, concurso o sistemas de vaticinios deportivos, podrán llevarse a cabo por administración directa de la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, por delegación en los términos que prevé el Artículo tres de la Ley del Organismo Ejecutivo o por concesión según lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado.

Por lo tanto la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, utiliza un Artículo de la Ley del Organismo Ejecutivo, para delegar el funcionamiento de las casas de juego, siendo que es una entidad autónoma, y no es una institución que forme parte del Organismo Ejecutivo.

Por medio de este artículo que viola la Constitución Política de Guatemala, que establece que la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala es una entidad autónoma, las

autoridades eluden la obligatoriedad de licitar las concesiones de las loterías, quinielas o vaticinios deportivos.

Además de la ilegalidad de basar una opción de delegación basado en la Ley del Organismo Ejecutivo, el reglamento excede el espíritu de la ley, adicionando la frase podrán estar o no, relacionados con el resultado de un evento deportivo, esta violación a la Carta Magna, es confirmada por la Corte de Constitucionalidad, ya que con fecha doce de octubre del año dos mil seis, dictó sentencia en la cual ordena se expulsa del ordenamiento jurídico la frase podrán estar o no, relacionados con el resultado de un evento deportivo.

Siendo evidente la violación a la Constitución Política de la República de Guatemala en lo que respecta a la emisión del mencionado reglamento, la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala ha delegado la administración del funcionamiento de casas de juego, para loterías, quinielas y sistemas de vaticinios deportivos, así como también para todo tipo de juegos de azar, lo cual es evidente en los siguientes contratos.

El cuatro de abril de dos mil tres, la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, otorgo un acuerdo de delegación para la instalación, operación, manejo y administración de jugos de video lotería, a favor de la entidad: Intergames de Guatemala, S.A. a través de su representante legal, por un monto de \$75,000.00 de los Estados Unidos, por un plazo de diez años, para la operación de locales o instalaciones de máquinas de video lotería en

modalidad de combinación de símbolos (constituidos por símbolos, números, letras y figuras entre sí) en forma de video lotería electrónica en una variedad indefinida de juegos, (los cuales no están relacionados a vaticinios deportivos) en el cual no se realizó licitación pública.

Por medio de Escritura Pública número 181, de fecha ocho de diciembre de dos mil tres, la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala y la empresa: Intergames, se le otorgo la ampliación del objeto del contrato, para que opere: loterías, bingo, keno, vaticinios deportivos.

El treinta de mayo del dos mil cinco, la empresa en mención a través de su representante legal, subcontrata a la empresa: Thunderbird, S.A. por medio de su representante legal, para que administre el funcionamiento del casino denominado Fiesta, siendo su objeto la operación, instalación, consulta, dirección y administración de juegos de video lotería, (los cuales no están relacionados a vaticinios deportivos) por un plazo de diez años, en el cual se establece una ganancia neta del diez por ciento a favor de la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala.

El quince de julio de dos mil cinco, la empresa Intergames, a través de su representante legal, subcontrata con la empresa: Desarrollos G, por medio de su representante legal, para que administre la explotación de loterías en línea en la República de Guatemala, por

un plazo de diez años, y el monto de \$150,000.00 de los Estados Unidos, (lo cual no esta relacionado a vaticinios deportivos).

El diecisiete de noviembre de dos mil seis, la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, otorga contrato de delegación a la empresa: Claassenvil Management Inc. a través de su representante legal, que es una sociedad anónima de las Islas vírgenes británicas; por un plazo de veinte años; siendo el objeto del contrato, la delegación directa para la instalación, operación, manejo, asesoría y administración de vaticinios deportivos, salas de bingo, juegos novedosos y video loterías, el cual se otorgo sin licitación.

El quince de febrero de dos mil siete, esta empresa sub contrata a la empresa: Thunderbird de Guatemala, S.A. para que administre casinos fiesta. Siendo la misma empresa que es sub contratada por la empresa: Intergames que en su momento le había delegado la instalación, operación, manejo, asesoría y administración de vaticinios deportivos, salas de bingo, jugos novedosos y video loterías (los que no están relacionados a vaticinios deportivos).

El seis de junio de dos mil siete, la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala, otorga un nuevo contrato con la empresa: Operalot, S.A. a través de su representante legal, siendo el objeto del mismo la instalación, operación, manejo y administración de juegos de lotería en línea y juegos novedosos en línea a través de medidos electrónicos,

por un plazo de veinticinco años, los cuales no están relacionados a vaticinios deportivos, el cual fue otorgado sin licitación.

4.4 Necesidad de una regulación legal que se adecue a la realidad jurídico legal guatemalteca

Es importante crear una ley en la cual se establece cuales serian los requisitos para poder autorizar el funcionamiento de las casas de juego, y que instituciones serian las encargadas de su autorización y el control del funcionamiento de las mismas, ya que hasta el día de hoy, no se encuentra legislado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la forma o los requisitos para su autorización y funcionamiento de las casas de juego, ya que en el Decreto Número 17-73, Código Penal de Guatemala, en el Título XV, capítulo único, hace referencia a los juegos ilícitos, en los Artículos, 477, se menciona a los encargados y dueños de casas de juegos y a la sanción que se les impondrá cuando sean sorprendidos, en el Artículo 478, se hace mención, que las personas que sean sorprendidas y, en el Artículo 479, hace referencia a los empresarios y expendedores de billetes de loterías o rifas que no estén autorizadas legalmente,

En el Decreto Número 106, Código Civil, en el Título XIX, esta establecido loterías y rifas; apuestas y juegos, en los Artículos 2137, la participación o interés en una lotería o rifa, y su acreditación, Artículo 2138, los derechos de quien posee un billete de lotería, Artículo 2139, la intervención de autoridad competente cuando se realice sorteo, Artículo 2140, el

producto de la venta y el pago de las personas que sean favorecidos en el sorteo, Artículo 2141, la fecha de sorteo y devolución del valor de los billetes cuando el sorteo no se realice, Artículo 2142, el valor que se le da al billete de lotería adquirido legalmente, Artículo 2144, a las regulaciones especiales que están sujetas las loterías o rifas, cuando no están reguladas en el título en mención, Artículo 2145, no se puede reclamar lo que se gana en apuestas o juegos, Artículo 2146, la facultad de la ley le otorga al cónyuge del que perdió, Artículo 2147, no se pueden compensar las deudas, Artículo 2148, la anulación del que hubiere firmado una obligación que se derive de una deuda de juego, Artículo 2149, la forma legal de una obligación de juego de buena fe y, Artículo 2150, la forma en que pueden ser divididas cosas comunes.

Es evidente que la forma en que se encuentra redactados los artículos del Código Penal así como del Código Civil, en ninguno de los mencionados artículos está establecido la forma o los requisitos a que se sujetarían las casas de juegos al momento de ser autorizadas, por lo cual es necesario crear una ley en la cual se estaría regulando su autorización, control y las obligaciones a las que estarían sujetas, así como también que autoridades serían las encargadas de su control.

4.5 Falta de positividad de la legislación guatemalteca con respecto a las casas de juego

Creo que la base para prohibir el funcionamiento de las casas de juego, debería basarse en lo inmoral del mismo, en todo lo perjudicial que resulta, tanto para el que juega como para la familia del mismo, al daño económico que sufre su patrimonio, así como también para la sociedad, pero, no fundarse la ley para declarar lícito o ilícito un juego, haciéndolo depender de la fuerza, de la destreza o de la inteligencia, o por el contrario las decisiones se deben al envite, suerte o azar.

Es lamentable que en este aspecto el derecho ha sido tergiversado el fundamento de la prohibición, desde luego con las consecuencias que esto trae consigo, la legislación guatemalteca al regular los juegos ilícitos, lo hace más que todo para proteger la propiedad privada, interés de tipo económico, más que ser de orden moral, social o familiar.

Entiendo que el derecho vigente es aquel que en determinado momento es válido, es decir, que ha cumplido todas las etapas para su creación y por lo cual su cumplimiento es obligatorio, hasta que el mismo sea abrogado expresa o tácitamente, ya sea por una ley que así lo indique o porque otra resulte contradictoria con la anterior, ya que por derecho positivo se entiende al que está vigente y qué, real y verdaderamente se aplica y se cumple.

Consecuentemente por tal razón existen normas vigentes no positivas y a contrario sensu, normas positivas no vigentes, por lo cual “El derecho erigido en una sociedad de clases antagónicas resulta siendo positivo para la clase dominante y relativamente positivo para los dominados.”²⁵ de acuerdo a lo anterior, la mayor parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, al menos en el campo penal, no sería positivo, pues, las leyes responden a intereses de clase, más que a intereses de la colectividad.

Todos sabemos y nos damos cuenta que el juego considerado prohibido, se practica por una serie de grupos privilegiados, unas veces en forma subrepticia y otras cínicamente con la tolerancia y amparo de las autoridades respectivas; no podemos menos que afirmar que las normas reguladoras de estos juegos, carecen de toda positividad, pues vemos como a diario en nuestro medio, los billares, barberías, restaurantes, e incluso en la vía pública, resultan ser verdaderos lugares de juego, antros del vicio, de la holganza y de la improductividad, en donde en muchos casos a plena luz del día los jugadores practican esta clases de juego, y las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la ley, no actúan, como debería de ser, por lo cual existen cientos de casas particulares y clubes en todo el territorio guatemalteco, que no tienen temor de ser sancionados cuando sean sorprendidos en la practica de juegos prohibidos.

Lamentablemente existen verdaderos centros de vicio, en donde muchos adolescentes, jóvenes y hasta niños, con frecuencia visitan esos lugares para competir con máquinas electrónicas, en donde positivamente se sabe que lo único que lograrán es perder dinero,

²⁵ Santiago, López Aguilar, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 54.

sin obtener ningún beneficio, dichos centros, son lugares en donde las personas se reúnen a despojarse de dinero mutuamente a través de los juegos ilícitos, en la misma situación están los bingos, con el agravante que estos son mas frecuentes.

Todo lo anterior, la ley lo prohíbe; la moral lo censura, la sociedad lo rechaza, existen penas pecuniarias y restrictivas de la libertad, sin embargo, las normas no se aplican, no se cumplen, por lo tanto cabe preguntarse ¿Qué positiva puede ser una norma jurídica si su aplicación no se cumple, si se infringe constantemente, si su observancia es encubierta por las propias autoridades? una norma jurídica que no se cumpla, que no se observa y que no se aplique, resulta ser norma de carente positividad y para encontrarse plasmada en un texto legal en calidad de letra muerta, sin ningún efecto legal, sería mejor derogarla y en su lugar crear nuevas normas que respondan verdaderamente a la realidad de la época.

CONCLUSIONES

1. El juego ilícito siempre ha sido reprimido en todos los países civilizados, estableciéndose para ello diversidad de sanciones por medio de las legislaciones respectivas, las cuales siempre han girado en torno a la explotación y habitualidad, este último elemento que precisamente caracteriza a este delito, pues el juego en si no es un delito, la legislación solamente lo prohíbe y castiga cuando es explotado comercialmente y el propósito es para lucrar.
2. El significado de casas de juego, garitos y casinos, técnica y doctrinariamente no es lo mismo, la legalización y autorización constituye un verdadero dilema, pues así como pueden representar magníficos beneficios, también pueden ocasionar graves problemas de diversa naturaleza en la sociedad.
3. La práctica frecuente del juego acarrea serios problemas a la sociedad, los cuales pueden ser visibles u ocultos, y cuándo los que constantemente juegan no son sancionados por la justicia, cualquier esfuerzo que se haga para aminorar sus estragos resulta inútil o estéril. Y siendo el juego ilícito sancionado por la ley penal guatemalteca cuando interviene el azar, mas no lo es desde el punto de vista civil, ya que son considerados lícitos, tal dicotomía crea confusión y permite que haya arbitrariedad por parte de las autoridades.

4. El patrimonio de las personas que constantemente practican cualquier clase de juegos ilícitos, es afectado o disminuido, ocasionando con ello problemas familiares, y hasta la desintegración del hogar. Ya que a través del juego ilícito, se despiertan las más bajas pasiones, egoísmos e individualismo, y aumenta su intención al enriquecimiento a costa de otros.

5. Las normas jurídicas carecen de positividad con relación a los juegos ilícitos, por cuanto que a diario y a toda hora se practican los mismos, en diferentes lugares, con la tolerancia y complicidad muchas veces de las propias autoridades.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe crear una ley específica relacionada a los juegos ilícitos y regulando de forma clara y concreta que son juegos licitos e ilícitos y también regular un procedimiento adecuado a seguir para su autorización y funcionamiento.
2. Al ser creada la ley específica de juegos ilícitos el Congreso de la República de Guatemala debe fortalecer el marco legal, creando sanciones mas drásticas a las personas que estén relacionadas en la practica de los juegos prohibidos.
3. El gobierno, atraves del ministerio de gobernación debe controlar estrictamente el funcionamiento de las casas de juego, a efecto de evitar que se convierta en centros, donde se concentren delincuentes.
4. En vista que el contenido del texto penal en materia de juegos ilícitos, es muy tolerante y permite su burla fácilmente, y que las propias autoridades encargadas de su cumplimiento contribuyen a la impunidad, es necesario que el ministerio de gobernación ejerza un control más estricto sobre las instituciones encargadas del control y funcionamiento.

5. En definitiva en cuanto a juegos ilícitos y su legalización, al ser adecuada la ley correspondiente se debe tomar en cuenta la opinión de entidades diversas de la sociedad, tales como: La Universidad de San Carlos de Guatemala, las iglesias, el Instituto Guatemalteco de Turismo, las municipalidades, asociaciones, sindicatos y otros, pues al legislar pretendiendo proteger intereses de tipo fiscal, puede olvidarse lo problemático y peligroso que para la sociedad, la juventud, la moral, la familia, resultaría su autorización.

BIBLIOGRAFÍA

BELING, Ernesto. **La doctrina del delito tipo**. Barcelona, España: (s.e.), 1961.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch Casa, 1965.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano parte general**. México: Ed. Porrúa, 1980.

CAUHAPÉ CAZAUX, Eduardo González. **Teoría del delito**. 2ª. ed.; Guatemala: (s.e.), 2003.

CABAÑELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 8ª. ed.; Guatemala: Ed. Lorena, 1996.

Diccionario de la Real Academia Española, 1997.

Enciclopedia Universal Espasa-Kalpe,

Enciclopedia Labor; Tomo VIII; 2ª. ed. Ed. Labo S.A. Barcelona 1959.

Enciclopedia Jurídica Española; Tomo vigésimo, Barcelona, Francisco Seix, Editor

FRANCO Y GUZMÁN, Ricardo. **Delito e injusto penal**. México: Ed. Harla, 1990.

GÓMEZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Compañía Argentina de Editores Sociedad de Responsabilidad Ltda. Tecumán 826, 1939.

JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Madrid, España: Ed. Reus, 1929

JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. **La ley y el delito**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hermes, 1960.

LABARUT GLENDA, Gustavo Enrique. **Derecho penal**. 2t.; parte especial, (s.l.i.) Ed. Jurídica de Chile 1965.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. 1t.; Barcelona, España: Ed. Labor, 1976.

ORELLANA BARRIENTOS, Aníbal Ulice. **La falta de positividad de la normativa que regula los juegos ilícitos y sus repercusiones con la realidad**. (s.l.i.) (s.e.), 2001.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. (s.l.i.) (s.e.), (s.f.).

PADILLA MELÉNDEZ, Luis Alfonso. **Análisis crítico sobre la inoperancia de la figura delictiva juegos ilícitos**. (s.l.i.) (s.e), 1985.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Barcelona, España: Ed. Nuta, 1966.

PASZKOWSKI, Diego. **La juego manía el auge de los apostadores y capitalistas en la Argentina**. (s.l.i.) (s.e.), 1992.

RODRÍGUEZ DE VERSA, José María. **Derecho penal español**. Madrid, España: Ed. Harla, 1973.

Legislación:

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

Código Civil. Gobierno de Facto. Decreto Ley 106, 1963.

Código Penal. Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código de Trabajo. Decreto 1441, del Congreso de la República de Guatemala, 1961.

Ley Nacional para el Desarrollo de la Cultura física y del deporte. Decreto 76-97, del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto 114-97, del Congreso de la República de Guatemala, 1997

Código Penal. Decreto No. 144-83, del Congreso Nacional de la República de Honduras.