

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS INCONGRUENCIAS DE LOS DELITOS DE
ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA
LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LILIAN KARINA GUERRA DUARTE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2011

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS INCONGRUENCIAS DE LOS DELITOS DE
ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA
LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**

LILIAN KARINA GUERRA DUARTE

GUATEMALA, JUNIO DE 2011

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

| | |
|------------|-------------------------------------|
| DECANO | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana |
| VOCAL I | Lic. César Landelino Franco López |
| VOCAL II | Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi |
| VOCAL III | Lic. Luis Fernando López Díaz |
| VOCAL IV | Br. Mario Estuardo León Alegría |
| VOCAL V | Br. Pablo José Calderón Galvez |
| SECRETARIO | Lic. Avidán Ortíz Orellana |

**TRIBUNAL QUE PRACTÍCO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Fase pública:

| | |
|-------------|---|
| Presidente: | Lic. Oscar Mauricio Villalta González |
| Secretario: | Lic. Luis Alfredo González Ramila |
| Vocal: | Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández |

Fase privada:

| | |
|-------------|-----------------------------------|
| Presidente: | Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar |
| Secretario: | Lic. Ronán Arnaldo Roca Menéndez |
| Vocal: | Lic. Adolfo René Rojas |

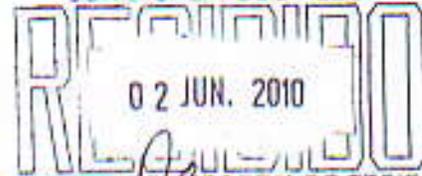
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Luis Felipe Lepe Monterroso
5^a avenida 5-20 zona 2, tel. 2231 - 3083
col. 8233



Guatemala, 1 de junio de 2010

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Nota:

Firma:

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

Como asesor de tesis de la Bachiller **LILIAN KARINA GUERRA DUARTE**, en la elaboración del trabajo titulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS INCONGRUENCIAS DE LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA"**, con base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me complace manifestarle que contiene cuatro capítulos: el primero, constituye los aspectos generales de este importante en materia penal; el segundo, todo lo relativo a la autoría y participación en el delito. En el tercero se explica lo correspondiente a las formas de participación intentada en el delito, lo que contiene la conspiración. En el cuarto, los temas que hacer posible considerar válida la propuesta de análisis de las incongruencias de las figuras legales en cuestión.

La contribución científica en el presente informe, la constituye un estudio profundo acerca de las formas de participación intentada, haciendo énfasis en la conspiración al cual plantea una incongruencia notoria con la figura de asociación ilícita mal regulada en la ley contra la delincuencia organizada.

El carácter científico técnico del informe de tesis, se encuentra en el contenido dogmático o doctrinario del mismo, producto del análisis de los libros de texto y las obras de tratadistas y autores diversos que versan sobre la participación en el delito.

La metodología empleada por la estudiante en el desarrollo de su trabajo, se basa fundamentalmente en la inducción, la cual le ha servido para conducir sus aseveraciones más elementales hacia la comprobación de la hipótesis, en el sentido de que existe incongruencias entre la figura de la conspiración y la de asociación ilícitas reguladas en leyes penales conexas al Código Penal.

Asimismo se utilizó el método deductivo, especialmente en la exposición de los temas, permitiendo de esta manera la estructuración del trabajo de lo general a lo particular.



Las técnicas de campo se observan principalmente en la abundante cita de autores nacionales y extranjeros que enriquecen el trabajo, especialmente por el evidente uso de fichas bibliográficas.

Asimismo la **bibliografía** se ve enriquecida con lo mencionado al respecto de los autores citados.

La **redacción** de todo el trabajo es clara y adecuada a la estructura y naturaleza de estas investigaciones que exige el normativo mencionado.

Las **conclusiones** del autor resultan acertadas, pero es preciso hacer énfasis en una de ellas, quizá la más emblemática de todo el trabajo. Esta hace referencia a que no hay conspiración, sino cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo.

En cuanto a sus **recomendaciones**, se puede afirmar que la más importante es aquella referida a la imperiosa necesidad de que el Estado de Guatemala regule en forma adecuada las figuras de la conspiración y las asociaciones ilícitas.

He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática mencionada; con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente, para su posterior evaluación, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,


Lic. Luis Felipe Lepe Monterroso
col. 8233

Lic. Luis Felipe Lepe Monterroso
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, diez de junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) ARMANDO GONZÁLEZ VILLATORO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **LILIAN KARINA GUERRA DUARTE**, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS INCONGRUENCIAS DE LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA".

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

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

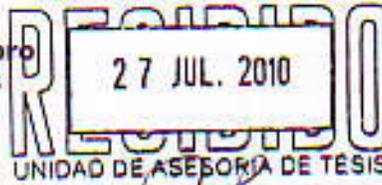


cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Lic. Armando González Villatoro
5 avenida, 5-20 Zona 1, tel. 2232 - 3083
col. 5517



Guatemala, 26 de julio de 2010

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

Como revisora de tesis del Bachiller **LILIAN KARINA GUERRA DUARTE**, en la elaboración del trabajo titulado: "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS INCONGRUENCIAS DE LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**", con base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me complace manifestarle que: el trabajo de mérito esta compuesto de cuatro capítulos, con sus respectiva conclusiones y recomendaciones.

El contenido científico y técnico de la tesis, estriba en el análisis de la participación en el delito y la ley contra la delincuencia organizada Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

La ponente otorga a esta una categoría específica y desde ahí la constituye un análisis de mucha lógica propositiva.

Los métodos empleados son: el inductivo, el deductivo, el analítico y el sintético. En cuanto a las técnicas que empleó el estudiante son las bibliográficas y las de campo.

La redacción del trabajo en general, es apegado a las reglas que la sintaxis y la gramática establecen para tal efecto, logrando en forma clara y concreta, presentar sus principales afirmaciones en torno al tema en cuestión.

La bibliografía empleada evidencia lo antes mencionado, ofreciéndose una convincente trama de citas en relación con autores nacionales e internacionales.

La contribución científica del trabajo es proponer una reforma al Código Penal guatemalteco en el sentido de normar a la asociación ilícita en el cuerpo de este y no un cuerpo legal aparte.

Estoy de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones de la ponente, toda vez que las asociaciones ilícitas han sido reguladas en forma técnicamente inadecuada.

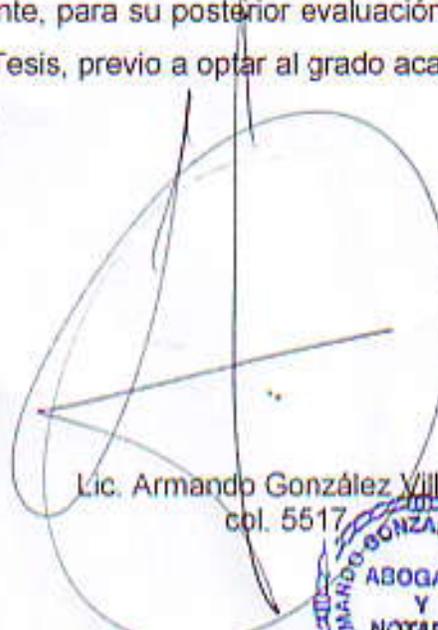


He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con lo cual **comprueba la hipótesis planteada** conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previa a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Armando González Villatoro
col. 5517





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, tres de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LILIAN KARINA GUERRA DUARTE, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS INCONGRUENCIAS DE LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

effl

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

- A DIOS: Por ser mi luz en los momentos difíciles, guiar mi camino y permitirme alcanzar esta meta.
- A MI MADRE: Por su inmenso apoyo y amor en cada momento de mi vida, por estar siempre a mi lado ante las adversidades, siendo sus palabras un aliento en mi vida y por darme el mejor ejemplo para ser una mujer de bien.
- A MI PADRE: Quien no está conmigo físicamente en este momento tan especial, pero estará en mi corazón durante cada día de mi vida.
- A MIS HERMANOS: Por su apoyo, amor y motivación.
- A MI SOBRINA: Por su amor incondicional y por darle alegría a nuestra familia.
- A MI FAMILIA: Por su cariño y apoyo.
- A MI NOVIO: Por ser mi apoyo en los momentos más difíciles de mi carrera, por su amor, motivación, su fe en mi y absoluto respaldo.
- A LA FAMILIA ULBAN LEIVA: Por creer en mí y demostrarme su cariño y amistad.
- A MIS AMIGOS: Con cariño, por estar siempre a mi lado.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser formadora de hombres y mujeres íntegros y de

espíritu fuerte y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|--|---|
| 1. Aspectos generales..... | 1 |
| 1.1. De la participación en el delito..... | 1 |
| 1.2. De la autoría..... | 3 |
| 1.3. De los cómplices..... | 7 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|----|
| 2. Las formas de participación intentada..... | 11 |
| 2.1. Conspiración..... | 13 |
| 2.2. Proposición..... | 14 |
| 2.3. Provocación..... | 15 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. Análisis de la regulación legal de las formas de la conspiración y la asociación ilícita..... | 21 |
| 3.1. La conspiración en el derecho penal guatemalteco..... | 21 |
| 3.2. La problemática de la participación en el delito y la conspiración..... | 23 |
| 3.3. El delito de muchedumbre en la legislación penal guatemalteca..... | 24 |
| 3.4. Regulación legal del delito de muchedumbre..... | 28 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|----|
| 4. El delito colectivo..... | 37 |
| 4.1. Definición de delito colectivo..... | 37 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| 4.2 La pareja criminal..... | 39 |
| 4.3. La asociación de malhechores..... | 39 |
| 4.4. La secta criminal..... | 39 |
| 4.5. El delito colectivo y su naturaleza jurídica..... | 42 |
| 4.6. Improbabilidad de juzgar la conspiración y la asociación ilícita..... | 43 |
| 4.7. Criterios para medir la responsabilidad..... | 52 |
| 4.8. Conductores y conducidos..... | 52 |
| 4.9. El motivo..... | 55 |
| 4.10. Dificultad de prueba..... | 56 |
| 4.11. Implicaciones doctrinarias..... | 61 |
| 4.12. El fenómeno delincencial en Guatemala..... | 65 |
| CONCLUSIONES..... | 91 |
| RECOMENDACIONES..... | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 95 |

INTRODUCCIÓN

La motivación principal para llevar a cabo un estudio acerca del problema objeto de la presente investigación, lo constituye la institución penal de las asociaciones ilícitas y su regulación en la legislación guatemalteca, la cual no se dio de forma que se respetara el tema del delito colectivo del cual proviene, con los avances dogmáticos que ha adquirido en la doctrina, lo cual permite su evolución en la mayoría del derecho comparado.

Cuando se han cumplido tres años de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, resulta conveniente una investigación que analice la efectividad de la misma, tomando como base para ese estudio, los avances teóricos de la institución penal denominada delito colectivo y sus especies, que ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial, la dogmática y doctrina penal.

La presente investigación se ha llevado a cabo en cuatro capítulos, el primero establece los aspectos generales de la participación en el delito, de manera que pueda centrarse la exposición de los temas de todo el estudio; el segundo la participación intentada; en donde se cree está el de las asociaciones ilícitas; el tercero, la problemática de las asociaciones ilícitas y el cuarto, contiene lo relativo al delito colectivo.

Para la comprobación de la hipótesis rectora del trabajo, utilizó métodos científicos de inducción, deducción, análisis y síntesis. El de inducción fue empleado para la aplicación de las medidas precautorias o de garantía en el proceso civil guatemalteco. El deductivo, fue aprovechado dada su funcionalidad, para la exposición del tema yendo de lo general a lo particular.

El método analítico permitió el estudio de las distintas providencias cautelares; y el sintético, se utilizó para la elaboración de las respectivas conclusiones y recomendaciones. Debiendo para tal efecto, establecer en todo el trabajo investigativo el uso de las principales técnicas de estudio, especialmente las bibliográficas y de la observación científica que puede apreciarse en todo el tema.

La principal teoría que se respeta en la presente investigación estriba en lo relativo al delito colectivo, base sustancial para la determinación de cualquier participación en forma asociativa, que es lo que dogmáticamente da origen a la denominada asociación ilícita, pero que en las regulaciones más modernas en Guatemala no se han sabido interpretar para su aplicación.

Los objetivos que dieron origen a la realización de la presente investigación estriban en la determinación de las principales formas del delito colectivo en el derecho penal, de tal manera que se pudiera establecer, una comparación entre lo regulado por las leyes penales en Guatemala y lo que al respecto establece la dogmática penal moderna, especialmente en cuanto a la asociación ilícita.

En consecuencia, habiéndose comprobado la hipótesis de esta investigación, pero especialmente, haber logrado el análisis más importante que constituye el delito colectivo en sus distintas especies, es procedente señalar que se ha concluido plenamente en que las regulaciones acerca de la asociación ilícita en Guatemala, no concuerda con los avances que científicamente evidencia el delito colectivo.

La recomendación más importante por consecuencia de la conclusión relacionada anteriormente, consiste en la necesidad de que toda normativa relacionada con la asociación ilícita, cumpla con los lineamientos que ha establecido la dogmática más reciente que en materia de derecho penal comparado ha influenciado a las legislaciones del mundo.

Por lo tanto, se establece como principal aporte a la ciencia del derecho penal en Guatemala, el presente estudio acerca de las especies del delito colectivo que representan una forma moderna de la política criminal para enfrentar el flagelo social de la delincuencia, pero más propiamente aquella a la que ha venido en llamarse organizada.

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales

La institución central que debe analizarse en el presente informe lo constituye la asociación ilícita, por cuanto es esta la principal figura del Artículo 3 del Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada. Siendo ésta más adecuada a una forma de participación en el delito, se debe exponer los principales elementos de conocimiento para la misma.

1.1. De la participación en el delito

Primero que nada, hay que empezar señalando que la participación en el delito, no supone la autoría, porque más bien quien participa lo hace en la acción en la que otro, siendo el primero nada más que un cómplice.

Este hecho lo explica en mejor forma Muñoz Conde y García Arán, cuando señalan: “El que participa en la acción de otro puede ser un cómplice o un cooperante, pero no un autor, por ello, la participación supone la existencia de una acción llevada a cabo por otro sujeto”¹. Por lo tanto, el sujeto que no es autor, participa de la acción de este.

Como es evidente, la participación no puede incluir la autoría.

¹ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho penal, parte general**, Pág. 69.

A pesar de lo explicado en los párrafos precedentes, el título V del libro primero del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, tiene como epígrafe: De la participación en el delito, del cual se deriva en el Artículo 36 del cuerpo de leyes mencionado, la autoría. Esto resulta contradictorio porque el autor no participa del delito, más bien es quien lo realiza en forma directa, sea esta mediata o inmediata como puede observarse de su redacción.

Pese a que un epígrafe no constituye ley, si puede conducir a interpretaciones equivocadas o erróneas, que derivan en regulaciones equivocadas como el caso del Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, en donde se legisla a asociación ilícita no como forma de participación en el delito, sino como delito. Esto último se analiza con mayor profundidad, más adelante.

No obstante lo mencionado de la equivocación evidente en el Código Penal guatemalteco, se procede a explicar lo que el título mencionado de la Ley en cuestión contiene.

La participación en el delito consiste en graduar la responsabilidad penal de sujetos que están vinculados con la perpetración de un delito. De tal manera que si varios sujetos participan en un hecho delictivo pueden presentarse dos casos, o que su participación sea exactamente la misma, en cuanto a responsabilidad, lo que conlleva tomarlos a todos como coautores, o bien, que uno o más sean los responsables directos y otros participantes simplemente tengan relación de complicidad. Y, a esto último es lo que la doctrina nombra como participación en el delito.

1.2. De la autoría

El autor de un delito es quien tiene el dominio de la acción que se va a perpetrar. Por cuanto sabe con antelación (en el caso del delito doloso), la idea general del crimen que se cometerá. Según Santiago Mir Puig: “El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. La doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo”.² De manera general, el autor en cuestión señala que el autor es a quien se puede imputar el hecho; sin embargo, dicho elemento resulta muy general.

Siguiente en la línea de la cita antes expuesta, se tiene a Claus Roxin quien indica que: “Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde”.³ En lo que se puede interpretar que el sujeto no lleva a cabo la acción por haber empleado métodos no idóneos para lograrlo.

Según María González: “En la actualidad, la ciencia del derecho penal reconoce la existencia de la categoría de la autoría mediata, a través de la cual se permite imputar la comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de otra persona para ello (autor

² Mir Puig, Santiago, **Derecho Penal, Parte General**. Pág. 385..

³ **Ibid.** Pág. 385.

inmediato o instrumento). Durante las dos décadas pasadas, los países de América Latina se caracterizaron por una ola de violencia social y de terror organizado que se tradujo en desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, torturas... etc. Esta situación trajo aparejada la desarticulación del tejido social, la desconfianza de las instituciones y la perpetuación de la impunidad para cometer estos delitos... Si a los efectos negativos del sistema inquisitivo imperante le sumamos la existencia de una legislación penal que respondía a concepciones positivistas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el derecho y el sistema judicial, una vez más, no dieron respuesta a los conflictos que en la realidad social se estaban generando y por consiguiente, no resguardaron los derechos de los ciudadanos.”⁴ Lo que explica la autor de la cita anterior, consiste en que las instituciones de control del Estado, emplearon a terceras personas en la realización de actos delictivos de los cuales tenían conocimiento y por tal motivo también eran autores.

“Dentro de la doctrina española, la participación en el delito, presupone la existencia de un autor... y para este hecho basta con tener la intención criminal; de este modo desaparece la distinción entre autor y partícipe, entre hecho principal y actividad accesoria... La participación es la intervención en un hecho ajeno. Dada esta circunstancia, de ser ajeno, esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal”⁵. Tal como se explicó anteriormente, la doctrina española encuentra una actividad accesoria dentro de la misma autoría, pero no por eso, una complicidad.

⁴ González, María. **La Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**. Pág. 14

⁵ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de Derecho Penal Español**, Pág. 289.

Según el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República, Artículo 36, autores son aquellos que: Toman parte en la ejecución directa de un delito; fuerzan o induzcan directamente a otro a ejecutar un delito. Cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. Están presentes en el momento de su consumación, habiéndose concertado con otro u otros para la realización del mismo. Haciendo un análisis de este Artículo es posible determinar que en efecto, existe una confusión, porque el autor no participa de la acción, el autor realiza en forma directa la acción, sea mediata o inmediatamente.

Se evidencian claramente las grandes contradicciones que sustentan las mencionadas formas de autores, puesto que en el numeral segundo, tenemos una manifestación de instigadores, que ya es contemplada como figura delictiva, y que si bien concuerda dentro de la lógica del Código, no hace repercusión de las principales teorías en cuanto a la participación en el delito.

La participación es la intervención en un hecho ajeno. Dada esta circunstancia, de ser ajeno, esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal.

Como lo señala Juan Bustos Ramírez: “sólo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para la actividad de juzgar”⁶. Este hecho tiende a ser un hecho omitido por varios tratadistas, y en efecto en Guatemala. De este modo desaparece la

⁶ **Ibid.** Pág. 289.

situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala: “Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”.⁷ Por ello, se posible determinar que el tratamiento que se da a cada una de las fases de participación en la acción delictiva son distintos, porque no es lo mismo autor que cómplice, en ese sentido no se puede generar la confusión que en el Código Penal como ya se explicó, si existe claramente.

De tal manera que se debe aclarar que el partícipe no realiza su propio injusto, con lo que se rompería la teoría del tipo legal.

Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que se tendría atiborrado de posibles figuras delictivas nuestro Código Penal, situación que indudablemente tendería a la confusión segura de los juzgadores.

⁷ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho Penal, Parte General**, Pág. 384.

1.3. De los cómplices

No se debe perder de vista que la participación en el delito es un asunto de parte general y no de parte especial del derecho penal.

Según el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República, Artículo 37, cómplices son aquellos que: Quienes animan o alientan a otro en su resolución de cometer un delito; Quienes prometen ayuda o cooperación para después de cometido un delito; Quienes proporcionan informes o suministran medios necesarios para la realización de un delito; Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

El primero de los mencionados casos de complicidad, presenta grandes dificultades para individualizarlo de lo que se considera autor que "coopera en la perpetración de un delito"⁸, que como ya se dijo, constituye una participación, porque el sujeto coopera y no realiza la acción.

En el segundo de los casos ¿Qué medios de prueba materiales pueden haber para comprobar que alguien a prometido una **ayuda** para luego de cometido el delito?. Se trata pues de una tesis indefendible, puesto que la ayuda se tendría que materializar y no solo estar **prometida**. La suposición o presunción, aunque ciertamente es admitida como prueba para juzgar a alguien, no necesariamente es la prueba idónea para condenarlo.

⁸Ibid.

En el tercero, es el caso más cercano a la figura de cómplice; sin embargo, es aquí donde toma capital importancia el hecho de que este tipo de informes o medios que suministra y que constituyen el elemento que los convierte en cómplices, debe regularse con mayor exactitud, a manera de adecuar la figura del cómplice simple, distinguiéndola de la del cómplice necesario.

Finalmente, el último de los casos se trata de una actividad no definida correctamente, puesto que el sujeto que realiza dichas actividades puede que las realice como parte de un plan, y esto lo convierte en coautor. Sin embargo, lo que nos interesa es que no entra en la esfera de cómplice. Aunque claro está, que justificándose la necesidad de reformar la figura del cómplice debe también hacerse lo mismo con la del autor.

La doctrina establece dos clases de cómplices, el cómplice necesario y el cómplice simple o eventual.

En el caso del cómplice necesario el problema fundamental de la complicidad, consiste en que el sujeto que participa bajo esta figura en la perpetración de un delito o ilícito, puede hacerlo de diferentes formas y grados de participación. Es decir, su participación puede revestir importancia, esencialidad, como puede que no la tenga. En el caso de que la participación de un sujeto revista esencialidad, es decir, que sin su concurso el delito no podría haberse llevado a cabo, entonces se dice que su participación en dicho ilícito es **necesaria**. Si el sujeto no presta esa complicidad, el ilícito puede no llevarse a cabo.

Es decir que el cómplice necesario, no es un coautor. Un coautor es un autor. El concepto de necesidad como se dijo, también es el segundo aspecto de la problemática del cómplice necesario. Realmente no se tiene bien definido qué se debe entender por medios necesarios para la realización de un hecho delictivo, lo que conlleva a la dificultad de regular la figura del cómplice necesario.

Cómplice necesario, es aquel que de su participación depende la realización del delito, pero porque entrega un elemento, objeto o instrumento que resulta indispensable para la realización del hecho. La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat, con su famosa teoría de **los bienes escasos**. Según ésta, “si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto, y éstos termina por proporcionándoselos otro sujeto, éste último es el cómplice necesario”⁹, puesto que sin él, el autor no comete su delito. A esta “figura de cómplice necesario también se le puede llamar cooperador necesario”¹⁰. En otras palabras, sin el concurso de este sujeto, que ha de juzgársele como cómplice ulteriormente, el delito de todas formas se puede llegar a realizar.

Es decir que este tipo de cómplice tampoco tiene dominio del hecho, puesto que si no se le tomaría como coautor, pero, su participación se genera a partir de un comportamiento que no es tan relevante que de eso mismo pueda depender la realización del delito. El sujeto como partícipe puede ser reemplazado por otro sujeto o por algún medio que cumpla su función, desde un punto de vista del autor. Es decir que si el cómplice necesario aportaba un medio indispensable, es decir un medio abundante, entonces se constituía como tal,

⁹ Gimbernat, Enrique. **Autor y Cómplice en Derecho Penal**, Pág. 152.

¹⁰ Bustos, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 293.

pues eso mismo sirve para determinar que el cómplice simple es quien no aporta un medio esencial.

Es lógico que este cómplice deba recibir una pena menor que la que se le ha de asignar al cómplice necesario. De ahí su importancia en cuanto a la regulación de ambos. Se puede llamar al cómplice necesario, cooperante necesario o de cualquier otra forma; sin embargo, es claro que la participación del mismo no es coautoría. Por otro lado, al cómplice simple se le puede llamar cooperante no necesario, sin embargo, está claro que ésta es la forma más conocida de cómplice y la que en realidad debe existir con dicho nombre.

Por todo lo anteriormente expuesto, queda evidenciada la forma poco adecuada de la regulación legal del cómplice en la legislación penal guatemalteca, particularmente lo establecido por el Artículo 37 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

En efecto, la legislación nacional al contemplar la figura del cómplice como un coautor no hace sino enredar la comprensión de esta institución penal y complicar su aplicación en la práctica jurídica.

Por ende, los juzgadores deben establecer una forma adecuada de encuadrar la participación de los sujetos involucrados en un hecho delictivo, por cuanto es verdaderamente importante saber distinguir entre un cómplice y un autor, sobre todo en cuanto a la aplicación de la pena que ha de darse a cada uno de los encartados.

CAPÍTULO II

2. Las formas de participación intentada

Estas formas de participación intentada, reciben su nombre por ser un grado de desarrollo del delito.

En Guatemala, la legislación no desarrolla figuras importantes de participación intentada.

Sin mayor detalle se menciona por no ser objeto de descripción de la presente investigación, empero sirve de prueba una lectura simple del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, la tentativa inidónea y el delito frustrado tampoco se encuentran regulados, encontrándose adicionalmente la tentativa imposible, poco actualizada. Siendo las distintas formas de tentativa y el delito frustrado importantes grados de participación en el delito, y no encontrándose actualizados o regulados, es fácil de deducir que la regulación de otros grados de participación sean en forma menos técnica aún.

Las formas de participación intentada consisten en actos que incitan o excitan la realización de un hecho punible pero nada más, es decir que se desarrollan dichos actos para provocar a otra persona a su realización. Estos actos son considerados punibles por la comunidad de autores de doctrina, sin embargo, no ocurre lo mismo en las legislaciones, puesto que como muestra, Guatemala no regula más que en el Artículo 17

del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, sin embargo, dicha ubicación sistemática no se encuentra en el apartado específico de la participación en el delito, sino más bien en Artículos aislados y por tal, da poca lógica organizativa al Cuerpo de leyes mencionado, a reserva de que la ubicación sistemática de cualquier figura o institución en el Código, acarrea importantes implicaciones.

Según, **Claus Roxin**: “Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde”.¹¹ El dominio del hecho en este caso, constituye una forma de evaluar el grado de intervención del sujeto en la acción delictiva.

Se puede afirmar que las formas de participación intentada en el delito, son: “formas preparatorias punibles de la participación”¹² por ello, se entiende que las mencionadas maneras provisionales no pueden ser sancionadas, salvo que estén tipificadas en ley.

Por supuesto, las definiciones específicas de cada una de las formas que adoptan estas conductas preparatorias punibles se desarrolla en las clases de formas de participación intentada.

¹¹ **Ibid.** Pág. 345.

¹² Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 298

La doctrina señala concretamente tres formas de participación intentada: la Conspiración, la proposición y la provocación.

2.1. Conspiración

La conspiración se presenta cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para realizar un delito. Muñoz Conde la define como: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”¹³, en otras palabras, la conspiración constituye una forma diferente de participar en el delito, que en otro sentido podría considerarse como un cómplice.

Se dice que esta clase de participación intentada es a su vez una forma de coautoría anticipada, puesto que el coautor no obrará por culpa o como resultado de la causalidad, sino más bien **conspira** se pone de acuerdo con otro y otros para la perpetración del delito, lo que evidencia una conspiración.

Hay que recordar que la conspiración se encuentra regulada en el Artículo 17 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual señala que: Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. En el análisis de esta frase, se puede entender que la palabra conciertan, significa ponerse de acuerdo para llevar a cabo un delito.

¹³ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal parte general**, Pág. 299

Sin embargo se hace énfasis en que la ubicación sistemática de dicho Artículo no es la de la participación en el delito.

2.2. Proposición

La proposición es diferente a la conspiración, puesto que en esta segunda los sujetos se ponen de acuerdo desde el primer momento que surge la idea de realizar un delito, mientras que en la proposición se trata de que uno de ellos se le ocurre, lo piensa y lo planea, para luego planteárselo a los otros sujetos, lo que actuarán por la proposición del primero.

Muñoz Conde señala al respecto “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra y otras personas a ejecutarlo”.¹⁴ Es decir que, la proposición es una forma intentada de participar en el delito, no de cometerlo en manera directa, porque de lo contrario el que propone no tendría que realizarlo, sino habría una contradicción por lo menos en la teoría porque si se propone hacer algo a otra persona, no puede después hacerse directamente esa acción porque no tendría sentido habérsela propuesto a alguien más.

La proposición también se encuentra contenida en el Artículo 17 del Código Penal guatemalteco en los siguientes términos: hay proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra y otras personas a ejecutarlo.

¹⁴Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 299.

2.3. Provocación

Finalmente la provocación a diferencia de la proposición consiste en incitar o excitar de palabra, sea esta escrita o hablada, o por cualquier símbolo o forma de lenguaje, para que determinada persona lleve a cabo un delito. La discusión en torno a esta forma de participación intentada es que debe ser punible únicamente en caso de que se lleva a cabo el delito, y no solamente por incitarlo y que luego no se realice.

La definición de provocación la extrae Muñoz Conde del Código Penal español, en el segundo párrafo del mismo Artículo que define a la proposición, en la siguiente forma: “La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.¹⁵ Esta forma de participación intentada, como se puede evidenciar en la cita anterior, no es lo mismo que la proposición o las anteriores.

También el Artículo 17 mencionado en las formas precedentes de participación intentada y que ya se encuentran definidas, contiene la palabra provocación, sin embargo no define este término, hecho que pone de manifiesto una laguna muy importante. Haciendo un análisis más extenso de la Artículo en cuestión, puede determinarse que estas formas no deben ser punibles, es decir no deben sancionarse,

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 299

salvo que estén calificadas en el tipo penal como una forma real de participar en el delito.

Una teoría conspirativa consiste en la explicación de un evento o cadena de eventos ya sucedidos o todavía por suceder a partir de la ocultación de sus verdaderas causas al conocimiento público o a un complot secreto, a menudo engañoso, por parte de un grupo de personas u organizaciones poderosas e influyentes que permanecen en la sombra.

La expresión teoría de conspiración se usa para destacar la falta de fundamento de una explicación, evaluándola como especulativa, falsa o estrafalaria.

Casi nunca se llaman teorías de la conspiración las explicaciones de hechos que han tenido lugar por causa de una conspiración históricamente probada, llamándoseles simplemente conspiración.

El término teoría conspirativa se usa como descripción, neutral para algunos, de cualquier aseveración de conspiración. Conspirar significa unirse en secreto acuerdo con el fin de efectuar un acto ilícito o impropio o para usar tal medio para llevar a cabo un fin ilícito. Sin embargo, el término teoría conspirativa también se usa para indicar un género narrativo que incluye una amplia selección de argumentos a favor de la existencia de grandes conspiraciones que en caso de ser ciertas tendrían profundas implicaciones sociales y políticas.

El primer uso registrado de la expresión teoría conspirativa data de 1909. “Originalmente se trataba de un término neutral pero durante los avatares políticos de la década de 1960 el término adquirió su actual sentido peyorativo. El término ingresó en un suplemento al Oxford English Dictionary recién en 1997”¹⁶. La comparación con la época actual, permite ver que se trata de una manera diferente de concebir la palabra conspiración, pero que tiene como origen los problemas sociales de la década de los años sesenta del siglo XX, como lo hacer ver la cita anterior. Hoy día, no se puede asignar dicho sentido a la palabra, porque las situaciones sociales y políticas son diferentes a aquella época.

El término teoría conspirativa es usado por académicos establecidos y en cultura popular para identificar un tipo de folclore similar al de una leyenda urbana, especialmente un relato explicativo que se construye con fallos metodológicos particulares. El término también se usa peyorativamente para desestimar aseveraciones que se consideran mal concebidas, paranoicas, sin fundamento, extravagantes, irracionales o no merecedoras de consideración seria. Por ejemplo los términos chiflado conspirativo y teorizador conspirativo se usan en ocasiones peyorativamente. Algunos de los que soportan teorías o especulaciones que son tildadas de teorías conspirativas rechazan el término por prejuicioso.

Es controversial si una aseveración conspirativa particular puede tildarse imparcial o neutralmente de teoría conspirativa.

¹⁶ Muñoz Conde. **Ob. Cit**; Pág. 124.

La teoría conspirativa se ha vuelto un término político altamente cargado y la amplia crítica de teorizadores conspirativos por parte de académicos, políticos, psicólogos y medios supera las líneas políticas tradicionales de derecha e izquierda.

El académico estadounidense Noam Chomsky “contrasta la teoría conspirativa como más o menos lo opuesto al análisis institucional”¹⁷, el cual se enfoca mayormente en el comportamiento público a largo plazo de instituciones conocidas públicamente, según se registra por ejemplo en documentos académicos o reportes de medios de comunicación, en lugar de coaliciones secretas de individuos.

Las teorías conspirativas a menudo no se toman seriamente debido a que muchas de ellas, casi por definición, carecen de evidencia verificable.

Esto lleva a la pregunta de qué mecanismos podrían existir en la cultura popular que lleven a la invención y diseminación subsiguiente de teorías sin fundamento.

En búsqueda de respuestas a tal pregunta, la teoría conspirativa se ha vuelto un tema de interés para sociólogos, psicólogos y expertos en folclore desde por lo menos la década de 1960, cuando el asesinato del presidente de Estados Unidos de América, John F. Kennedy provocó una respuesta del público sin precedentes dirigida contra la versión oficial del caso según lo expuso el Reporte de la Comisión Warren. El informe de dicha comisión ha sido contradicho por el Comité Selecto de la Cámara sobre

¹⁷ **Ibid.** Pág. 124.

Asesinatos, establecido en 1976, que en su informe final concluye que el presidente John F. Kennedy fue probablemente asesinado como resultado de una conspiración.

Una visión del mundo que tiene como centro teorías conspirativas en el desarrollo de la historia se denomina en ocasiones como conspiracionismo.

De acuerdo a Mintz, el conspiracismo denota "creencia en la primacía de conspiraciones en el desarrollo de la historia"¹⁸. Como ya se dijo, la creencia en las conspiraciones proviene de la experiencia de la humanidad en materia política.

"El conspiracismo satisface las necesidades de diversos grupos políticos y sociales en EEUU y otras regiones. Identifica élites, las culpa por las catástrofes económicas y sociales, y asume que las cosas serán mejores una vez la acción popular las pueda remover de las posiciones de poder. Como tales, las teorías conspirativas no tipifican una época o ideología particular"¹⁹.

A lo largo de la historia humana, líderes políticos y económicos han sido genuinamente la causa de enormes cantidades de muerte y miseria, y ellos en algunas ocasiones se han visto involucrados en conspiraciones mientras al mismo tiempo promueven teorías conspirativas sobre sus objetivos. Hitler y Stalin serían meramente los ejemplos más prominentes; ha habido numerosos más.

¹⁸ www.conspiracionismo.com (Guatemala, 18 de febrero de 2010)

¹⁹ **Ibid.**

En algunos casos ha habido aseveraciones desestimadas como teorías conspirativas que luego se mostraron tener alguna base en los hechos. La idea de que la historia misma está controlada por grandes y duraderas conspiraciones es desestimada por el historiador Bruce Cumings: Pero si las conspiraciones existen, ellas raramente mueven la historia; hacen una diferencia al margen de cuando en cuando pero con las consecuencias imprevistas de una lógica fuera del control de sus autores: y éste es el error de la teoría conspirativa.

La historia se mueve por las amplias fuerzas y grandes estructuras de las colectividades humanas.

De acuerdo con Berlet y Lyons, "El conspiracionismo es una forma narrativa particular de articular un chivo expiatorio, la cual enmarca enemigos satanizados como parte de un vasto e incisivo argumento contra el bien común, mientras que valora el chivo expiatorio como un héroe para la alarma resonante"²⁰. Los casos de conspiración más importantes en la historia, han tenido siempre un chivo expiatorio, tal como lo alude la cita textual anterior. Se puede citar como ejemplos, el de Lee Harvey Oswald en el asesinato del entonces presidente de Estados Unidos de América, Jhon Fitzgerald Kennedy. A Lucas Boots, en el del también presidente Abraham Lincoln, el asesinato del entonces Presidente de facto de Guatemala, Coronel Carlos Castillo Armas, en el año de 1956.

²⁰ **Ibid.**

CAPÍTULO III

3. Análisis de la regulación legal de las formas de la conspiración y la asociación ilícita

El Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Título V, Capítulo I, Artículos del 35 al 40 lo que denomina **De la Participación en el delito**. Del cual ya se ha hecho una análisis anteriormente.

En ninguno de estos Artículos se contiene lo que se conoce como formas de participación intentada, las que pueden ir desde la conspiración hasta la proposición y provocación.

3.1. La conspiración en el derecho penal guatemalteco

La conspiración y proposición que aparece regulada en el Artículo 17 del mismo cuerpo de leyes mencionado, por encontrarse ubicado sistemáticamente en la parte del delito y no de la participación en el delito esto no permite que se pueda establecer un grado de responsabilidad penal, o que por otro lado se pueda aplicar el principio de accesoriedad limitada, por medio del cual se puede establecer la participación intentada de un conspirador o de un provocador.

Por tal motivo, es preciso realizar una investigación que permita establecer un análisis del principio de accesoriadad limitada, que permita elaborar una propuesta de regulación legal en una ubicación sistemática distinta a la actual, es decir como correctamente debe hacerse, como participación en el delito.

La instigación como tal, mencionada en el Artículo 17 del Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República, no esta tratada de forma técnica.

Se puede considerar ausente de la legislación penal guatemalteca puesto que el Código no se ocupa de definirla ni ampliar su forma de aplicación.

El Artículo 17 mencionado no especifica la forma en que debe entenderse lo que es instigación, y al mencionarla entre los conceptos de conspiración, proposición, provocación, hace confundir su contenido y genera ambigüedad en su interpretación. Además, al regularla de esa forma, no permite desarrollar dicha figura como se debe.

La instigación, debe aclararse, que puede ser directa o indirecta, además de que para que se presente ésta última es necesario que se dé sobre un hecho determinado y hacia una persona determinada, por lo cual según la mayoría de tratadistas de los cuales se apuntan algunos en la presente investigación, la provocación no puede ser tomada como investigación.

La instigación ya es una forma de participación del delito, en muchas legislaciones como la española, la argentina e incluso la chilena. Situación que debiese ser estudiada con mayor profundidad en la legislación nacional para un mejor desarrollo de la presente figura.

Anticipadamente a las conclusiones que deje la presente investigación, el ponente del presente plan de trabajo establece como hipótesis, que la instigación debe ser regulada en el Código Penal guatemalteco como participación en el delito.

Por toda esta serie de elementos, la instigación no se encuentra regulada de forma adecuada en el contenido del Código Penal, por lo que es imperioso estudiar a fondo los efectos e implicaciones que conlleva esta figura, para regularla de mejor forma después.

3.2. La problemática de la participación en el delito y la conspiración

Por todo lo expuesto en los capítulos precedentes y por las implicaciones de no ubicar sistemáticamente en el lugar idóneo las formas de participación en el delito, así como no definir lo que debe entenderse por provocación, es preciso la realización de una reforma al Código Penal en su parte conducente, y que dicha reforma vaya en dos sentidos: el primero de los cuales consiste en ubicar sistemáticamente las formas de participación intentada, como lo son la conspiración, la proposición y la provocación, en el Título V, Capítulo I, Parte General del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República

de Guatemala, de manera que se regulen dichas formas intentadas, adecuadamente como formas de participación en el delito.

Y por otro lado, la provocación debe ser definida legalmente, al punto de corregir dicha laguna en el Código Penal vigente, en el cual se omitió establecer lo que debe entenderse por provocación y cuando se vuelve provocación y cuando no.

3.2. El delito de muchedumbre en la legislación penal guatemalteca

La figura de la muchedumbre es más bien una figura sociológica y psicológica, desarrollada ampliamente por los italianos y planteada a partir del Congreso de Antropología Criminal de Bruselas, celebrado en 1892, donde presentó Gabriel Tarde, una ponencia sobre el delito colectivo.

Más tarde se sucedieron otros eventos de importancia que fueron definiendo el contenido de una figura jurídica que no precisaba al delito de muchedumbre, sino más bien al delito colectivo, (delito cometido por varios sujetos), y con éste, una serie de otras figuras relativas, que aún así no eran delito de muchedumbre; refiriéndose a la pareja criminal, a la secta criminal y la asociación de malhechores, por lo que el delito colectivo es el género que da origen a las especies.

Sin embargo, el delito de muchedumbre, por su relación con las Ciencias sociales mencionadas es cuestionable en su tratamiento como figura jurídica propiamente.

Debido a la poca aplicación jurídica del término y contrariamente la abundancia que suscita el tema en otras categorías científicas como la psicología, o la sociología, los comportamientos de cada individuo que actúa manifiestamente alterado, la muchedumbre se puede concebir como un concepto prejurídico, lo cual quiere decir fuera del ámbito de la ley.

Por tal motivo además el tema es muy poco abordado por tratadistas penales, puesto que lo consideran un tema no jurídico, o simplemente, no lo consideran.

Lo anteriores fácil comprobar al leer los textos de autores nacionales como el Manual de Derecho Penal de los Licenciados Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela.

El delito de muchedumbre se encuentra regulado en el Código Penal en su parte general, como participación en el delito, sobre la simple e insustancial base de que genera participación.

Es decir confluencia de autores con cómplices, pensándose equivocadamente en una forma de codelincuencia o coautoría.

Ciertamente cuando un grupo o colectividad de sujetos comete un delito, existe un ilícito que reviste antijuridicidad y en muchos casos se desarrolla estrictamente un tipo penal, por lo que además se puede decir que tiene tipicidad; sin embargo, esta misma situación no se

presenta en el caso de la culpabilidad, la cual puede atenuarse o incluso diluirse entre la multitud, por los motivos emocionales o psicológicos que dan origen a las acciones de esa misma multitud.

Situación que incluye el que su tratamiento no sea precisamente jurídico sino de otra índole científica.

Por lo mismo, resulta poco fácil establecer la definición.

Por un lado puede observarse la misma al citar el Artículo 39 del Código Penal; sin embargo, dicha circunstancia no es más que confundirse más aún del verdadero tratamiento que debe darse, y la forma científica en que se debe asumir el tema.

Debido a que el objeto es establecer una definición aceptable que básicamente describa lo que en el presente trabajo se entiende por delito de muchedumbre o como quiera llamársele a la figura contenida en el Artículo 39 del Código Penal, que aún siendo así debe tener el mayor parecido posible con el espíritu del legislador que incluyó en dicha norma penal a aquella figura, se procede a continuación a deslindar lo que se entiende como muchedumbre, definición de carácter universal que sirva tanto para efectos jurídicos como para otras categorías científicas, para establecerse con mayor claridad lo que se debe apreciar cuando dicho ente al que podemos calificar anticipadamente de: social, comete un delito y por tal motivo debe determinarse su grado de responsabilidad penal.

Fueron los italianos, los que en su Código Facista de 1930, y por la influencia de Garófalo, los que determinaron la famosa causa de sugestión multitudinaria como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

“Garófalo beneficiaba a los acusados en este tipo de delito de muchedumbre pero que además resultaban delincuentes ocasionales, con la llamada doctrina del vicio parcial de mente, por la que sentaba la posibilidad de disminuir su responsabilidad, atenuándola”²¹.

Se hace énfasis en que para poder gozar de ese beneficio, el reo tenía que haber delinquido por primera vez, puesto que en caso contrario sería reincidente o habitual, a lo que los positivistas llamaron delincuente nato.

Sin embargo, todas estas consideraciones tienen como crítica o criterios opuestos, dos en particular.

Primero que ya es sabido el resultado que arrojaron los estudios que en materia de delincuente y teoría del delito se hicieron en la última parte del siglo veinte, los cuales llevan a descartar los estudios de los delincuentes como algo natural, y a sus acciones como obra de una causalidad, sea esta natural, valorativa o social.

Por otro lado, probablemente el criterio más serio en contra de concebir al delito de muchedumbre como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, es decir como

²¹ **Ibid.**

causa de sugestión multitudinaria, consiste en que la doctrina actual pugna por la extinción de la responsabilidad penal totalmente.

Luis Jiménez de Azúa lo resume así, cuando se refiere a la doctrina y legislación penal de los italianos: “Apresurémonos a decir que esta tímida tendencia está ya superada, y que hoy la doctrina proclama netamente la irresponsabilidad completa”²². En este caso, el autor de la cita, permite establecer que la doctrina exculpa a los autores de delito en esa forma.

3.3. Regulación legal del delito de muchedumbre

Como se mencionó el Artículo 39 del Código Penal regula lo relacionado con el delito de muchedumbre de la siguiente forma:

Cuando se trate de delitos cometidos por una muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- Si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución así como los que sin haber tenido participación material, asumieren el carácter de directores.

²² Jiménez de Azúa, Luis. **Lecciones de Derecho Penal**. Pág. 354.

- Si la reunión no tuvo por objeto cometer delitos y estos se cometieron después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieren participado materialmente en la ejecución y como autores, los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los hechos delictivos.
- Quedarán exentos de pena los demás.

Esta última exención no alcanza a la reunión en si misma, cuando estuviere prevista en la Ley como delito.

El Código Penal, mal regula en su Artículo 39. el llamado **Delito de muchedumbre**; lo ubica en la parte general, lo que hace muy difícil distinguir dentro del mismo, cómplices o autores, porque ésta es ya una forma de **participación en el delito**, y no un delito, como su mismo epígrafe lo intitula (delito de muchedumbre).

En tal circunstancia, se debe juzgar según el Código, como cómplices a aquellos que participaron materialmente, y como autores a aquéllos que participaron como instigadores. Monumental error, nada más equivocado, porque basta con darle una breve lectura a lo que el Código Penal considera como cómplice.

En el Artículo 37, numeral 1º. señala que serán aquéllos que animaren o alentaren, a la comisión de un delito; y luego se contradice adelante, en el Artículo 39 al considerar como autores a los instigadores, conducta ésta, que puede ser considerada como sinónimo de

aquéllas del cómplice, además por no existir una definición legal de dichos términos en el Código. El dolo o la culpa no se presentan con toda la anterioridad necesaria para determinar su existencia. En otras palabras, suelen no ser tan claros y manifiestos en el mundo exterior.

Se tiene el caso de muchedumbres que reunidas con fines muy distintos a la perpetración de un delito, para un evento de cualquier tipo cultural, por ejemplo, se encuentran a un sujeto cometiendo un hurto o asalto, y en muchedumbre finalmente lo linchan.

En este caso, aquellos a los que se les compruebe relación directa, no pueden ser cómplices; sin embargo, se presenta un grado especial de omisión en aquéllos que aunque no tomaron parte directa en la perpetración del injusto, demostraron una conducta permisiva, y nada denunciativa. Por lo tanto dentro de la muchedumbre pueden haber autores, y otros simplemente cómplices.

En tales circunstancias, la ubicación sistemática el Código Penal del **delito de muchedumbre**, en el apartado de la participación en el delito, es un asunto que resulta imposible de probar y, por tanto, técnicamente equivocado, así como actualmente cuestionable.

Para el delito cometido en muchedumbre, lo que nos interesa, es que el Código Penal lo menciona como una forma especial de participación en el delito, según Artículo 89 del Código Penal.

De manera que cuando un delito se comete por una muchedumbre, y es posible establecer que su reunión fue con ese propósito, un linchamiento por ejemplo, es una participación en grado de autoría.

Por el contrario, si se trata de un delito cometido en muchedumbre, que fue reunida sin el ánimo de cometerlo, entonces estamos frente a una participación en grado de complicidad.

La dificultad de esta figura, es que en muchas ocasiones, el dolo o la culpa no se presentan con toda la anterioridad necesaria para determinar la existencia de una u otra. En otras palabras, los grados del iter críminis, suelen no ser tan claros y manifiestos en el mundo exterior.

Se tiene el caso de muchedumbres que reunidas con otros fines, sin la intención de cometer ningún delito, probablemente, y para un evento de cualquier tipo cultural, y en este encuentran a un sujeto cometiendo un hurto o asalto, y en muchedumbre finalmente lo linchan. En este caso, algunos dentro de la muchedumbre pueden ser autores, sin embargo, no se han reunido con ese objeto.

Al respecto, la tesis sostenida hace dos décadas por el licenciado Guillermo Alfonso Monzón Paz, es contraria a la del Código Penal y lo explica de esta forma:

Es cierta la afirmación anterior, por cuanto si se analiza el Artículo 39 del Código referente al delito de muchedumbre, vemos que el mismo se dirige a violentar jurídicamente las

garantías constitucionales de asociación y de la libertad de trabajo, puesto que la exigencia del respeto de dichas garantías trae como consecuencia la unión de obreros y campesinos, quienes tratan de luchar por mejorar las condiciones misérrimas en que se encuentran, siendo su única forma de lucha la de agruparse públicamente, dirigiendo sus peticiones al Estado, peticiones que justificadamente pueden llegar a ser exigidas por la fuerza.

Para evitar precisamente que la unión de los trabajadores guatemaltecos pudiera poner en peligro el régimen económico y social imperante, fue que se creó el delito de muchedumbre, delito que no tiene ninguna sustentación científica y que al apartarse del positivismo jurídico lo hace con las intenciones que hemos señalado. Veamos en forma crítica lo que dice el Artículo 39 ya mencionado:

Cuando se trate de delitos cometidos por una muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes. En primer lugar, el Código no precisa qué debe entenderse por una muchedumbre con lo cual deja abierto el camino a la interpretación analógica y extensiva de los tribunales para su calificación, lo que indiscutiblemente podrán aplicar antojadizamente su criterio sin ninguna limitación; claro está, que considero que al hablar de muchedumbre, el Código lo hace con la intención de aplicar sus preceptos a reuniones pacíficas de obreros o campesinos ya que de lo contrario no tendría mayor fuerza la reclamación que se hace. No está lejos el caso de los trabajadores de la embotelladora Coca-Cola de Guatemala que fueron sometidos a vejaciones por agentes de la autoridad llamados por los empresarios y consignados a los tribunales por el delito de muchedumbre,

cuando lo único que hacían era exigir pacíficamente el derecho que les da el Código de Trabajo de sindicalizarse.

En segundo lugar, vemos que las reglas que el Código da para determinar la responsabilidad de la muchedumbre son totalmente anacrónicas, vagas e inconsistentes y nuevamente, se refleja el objetivo principal que es el de atentar contra los derechos colectivos de los trabajadores: los supuestos en que se basan también son incomprensibles, puesto que la sustentación positiva que tienen contravienen preceptos o garantías constitucionales vigentes en Guatemala.

La regla primera dice que si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos responderán como autores los dirigentes aunque no hayan participado, lo cual es absolutamente inaceptable, puesto que es exigencia dentro de la propia doctrina positivista, que para que haya responsabilidad penal, es necesario haber participado materialmente en el hecho, y en este caso, se trata de imputar a los dirigentes de la reunión una participación que no han tenido, con lo cual se atenta directamente contra aquellas personas que representan por su capacidad de líderes alguna peligrosidad individual para la clase dominante.

La segunda regla es aún mucho más imprecisa y violenta que la anterior puesto que utiliza términos que no son jurídicos y lo que es más, establece: que serán responsables las personas que participen en la muchedumbre, aunque ésta no haya tenido por objeto cometer ningún delito; y, oculta en un párrafo aparte se encuentra una norma que es el

punto final en contra de las manifestaciones públicas o privadas de los obreros y campesinos y en general de los trabajadores.

Que quienes participan en una reunión o manifestación, serán responsables por el sólo hecho de la reunión, si estuviera prevista en la ley como delito.

Esta es la forma en que se vulnera uno de los derechos que tiene alguna relevancia práctica en el país, como lo es el de asociación, ya que en cualquier momento en que la reunión que se esté verificando dañe los intereses económicos de la clase dominante, se presenta el delito de muchedumbre para violentar con extrema dureza las manifestaciones pacíficas pro mejoras de las condiciones infra-humanas en que se encuentran los trabajadores guatemaltecos, muchos han sido los ejemplos que han sucedido en el último año en Guatemala, en las cuales se ha aplicado el funesto claro y que no oculta ninguna de las intenciones que lleva con el fin de acallar las justas demandas de los guatemaltecos.

Obsérvese pues que no es festinada la crítica que hago a esta regulación de la participación en el delito que trae nuestro Código Penal.

“Por el contrario, he abundado en argumentos, pero la realidad es que se encuentra regulado en el ordenamiento legal una forma de participación que tiene por objeto destruir por así decirlo el derecho de asociación y de libre reunión de los trabajadores del campo y de la ciudad adoptando una regulación que viene a poner de manifiesto la talla total de la

seguridad, de la libertad de trabajo y la libre asociación de las que tanto se aprecia en nuestro Estado Constitucional de Derecho de Guatemala, esta norma penal no puede ser más que producto, como ya lo referí en párrafos anteriores, de un pensamiento imperialista que trató y obtuvo mediante la complicidad de los gobiernos latinoamericanos, de proteger sus inversiones económicas aunque la realidad de Guatemala sea totalmente diferente a las demás.”²³.

Las formas conspirativas en la realidad guatemalteca han cambiado. Si en antaño tuvieron un tinte o motivación política, hoy día, la delincuencia organizada a demostrado que los móviles pueden ser diversos.

Las extorsiones, los secuestros, la narcoactividad, normalmente son hoy, los motivos principales para la comisión de delitos contra la vida.

Estos hechos, sin duda impulsaron a los legisladores a producir las normas y figuras delictivas que contiene el Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que la conspiración sigue siendo un tema a estudiar y perfeccionar en el ordenamiento penal guatemalteco.

²³ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Violencia Institucionalizada**, Págs. 13 y 14.

CAPÍTULO IV

4. El delito colectivo

Cuando son varios los participantes en un delito, y todos actúan en coautoría, porque antes se han puesto de acuerdo y concertado en cuanto a su consumación del ilícito y por lo tanto, aunque burda constituye la repartición de papeles y roles que desempeñaran en la realización desde el punto de vista material.

El delito colectivo si ciertamente, en forma provisional puede ser tomado como una forma de participación en el delito, deja de serlo cuando los autores se convierten en una pareja, o grupo que delinquen habitualmente y como consecuencia de una consigna grupal.

4.1. Definición de delito colectivo

Al respecto de delito colectivo, Guillermo Cabanellas señala: "El llevado a efecto por dos o más personas contra un tercero o contra varios, pero siempre con desproporción considerable de fuerzas a favor de los agresores"²⁴ Las formas que adopta un delito colectivo son: la pareja criminal, la asociación de malhechores y la secta criminal, en todos éstos, la presencia de la premeditación en la realización de sus acciones ilícitas,

²⁴ Cabanellas De la Torre, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**, Pág. 116.

es un principio que nos permite diferenciarlas del delito de muchedumbres y encasillarlas en el lugar de los delitos colectivos.

La diferencia concreta y tangible entre delito de muchedumbre y delito colectivo es básicamente la intención que hace surgir un plan entre los participantes en un delito colectivo, contrastando con la casualidad, eventualidad y homogeneidad del grupo que compone una acción con la que se nombra al delito de muchedumbre.

Como se verá adelante, el delito de muchedumbre tiene una amplia semejanza con la secta criminal, puesto que según Luis Jiménez de Azúa: “De la secta criminal a la muchedumbre delincuente el paso es corto. Éste es el fenómeno más agudo y típico de delito colectivo. Pero exige tratamiento propio. Hay a veces, más o menos visibles, conductores y conducidos, pero... en la mayoría de casos no pueden señalarse. Existe un estímulo que provoca la sugestión y el contagio con que se identifican los individuos reunidos, y todos son a la par, caudillos y arrastrados”²⁵. Por tales señalamientos, queda categóricamente establecido que las figuras de delito de muchedumbre y delito colectivo son muy parecidas pero no son idénticas una con la otra.

La definición de muchedumbre que nos brinda el Diccionario de la Lengua es: “reunión de gran número de personas”.²⁶ Se puede definir en tal sentido a la muchedumbre como el conglomerado de personas, sin embargo, el elemento que lo torna aplicable a nuestro caso es el de que dicho conglomerado no tiene un fin común hasta el momento en que

²⁵ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 350.

²⁶ **Diccionario de La Lengua Española.** Pág. 885.

perpetran un ilícito. De tal suerte, que no los impulsa ni la causalidad ni un estado emotivo generalizado.

4.2 La pareja criminal

Es la forma más reducida en cuanto a número de participantes del delito colectivo, y debe entenderse como se dijo, como una pareja que se propone y consume un delito. Luis Jiménez de Azúa señala que: “La forma más simple y embrionaria del crimen colectivo es la pareja criminal en la que siempre hay uno que domina íncubo y otro que es sugestionado súcubo²⁷”.

4.3. La asociación de malhechores

A partir de la pareja criminal, es decir, tres delincuentes en adelante son ya una asociación criminal. “La segunda manifestación del delito colectivo, la asociación de malhechores. La sugestión, con un íncubo o conductor, y varios súcubos o conducidos, es el fenómeno que las explica²⁸”.

4.4. La secta criminal

La secta criminal también es una asociación criminal, sin embargo lo que la hace diferente de ésta es el hecho de llevar a cabo sus acciones creyéndolas constitutivas de fines sociales o altruistas.

²⁷ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob cit.** Pág. 886.

²⁸ **Ibid.** Pág. 887.

Es decir que la secta criminal surge desde el momento en que el grupo de responsables se propone un delito creyéndolo una causa justa o un mal necesario para lograr un resultado noble.

“El tercer lugar en el estudio del crimen colectivo lo ocupa la secta criminal que es la forma crónica de la muchedumbre delincuente”²⁹.

Ejemplos de secta criminal la encontramos en organizaciones como la del Ku Klux Klan, entidad terrorista secreta creada en los estados sureños de Estados Unidos durante el periodo de la Reconstrucción que siguió a la Guerra Civil estadounidense y que se extendió geográficamente en el siglo XX.

El Klan original fue fundado en Pulaski Tennessee, Estados Unidos el 24 de diciembre de 1865, por seis antiguos oficiales del Ejército Confederado que dieron a su sociedad un nombre adaptado de la palabra griega kuklos, **círculo**. Aunque la organización tuvo en sus comienzos un carácter social de tipo lúdico, sus actividades pronto se dirigieron contra los gobiernos republicanos de la Reconstrucción.

El 17 de mayo de 1954, el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictaminó que la segregación racial en las escuelas y colegios públicos era inconstitucional.

²⁹ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob cit.** Pág 888.

Esto incitó al Klan a nuevos actos de violencia y a tratar de incrementar sus filas, pero no contribuyó a su unidad interna, ni a aumentar el número de sus miembros.

A finales de la década de 1950, a medida que ganaba fuerza el movimiento a favor de los derechos civiles y empezaba a disminuir la resistencia a la integración en todo el Sur, el Klan continuó oponiéndose tenazmente a dichos programas y continuó realizando actos de violencia racial, intimidación y represalias.

Tras promulgarse la Ley de Derechos Civiles de 1964, experimentó un notable aumento de miembros, llegando a contar en 1965 con unos 45,000.

A mediados de la década de 1970 el Klan había recuperado cierta popularidad en el Sur.

Algunos de sus miembros reconocidos se presentaron como candidatos a cargos públicos, obteniendo gran número de votos, lo cual evidencia su popularidad entre los votantes de todo el Estado. En Guatemala, sin embargo la experiencia no siempre es la misma.

En esos momentos, existían aproximadamente unas 15 organizaciones distintas. A finales dicha década resurgió una oleada de violencia y en 1980 el Klan abrió una delegación en Toronto Canadá. Se calcula que contaba con 5.000 miembros a finales de la década. Un antiguo gran brujo del Klan, David Duke, fue elegido para la Cámara

de Representantes por Luisiana en 1989. En 1991 se presentó a las elecciones estatales para gobernador pero no tuvo éxito

4.5. El delito colectivo y su naturaleza jurídica

Habiendo explicado las variedades de clases del delito colectivo, se puede ahora establecer que ciertamente puede tipificarse como delito aquellas conductas que siendo comunes a un grupo pueden lograr la ilicitud en todos. Por lo tanto, el delito colectivo si es una figura delictiva propiamente dicha, por lo que su naturaleza jurídica es la de ser un ilícito penal.

Primeramente se establece que el delito colectivo es un aspecto de parte especial, por lo que debe regularse como delito en el Código Penal, mientras que el delito de muchedumbre es parte general, puesto que evidencia una estructura más propia para la participación en el delito.

En cuanto a cuadrilla, la misma es de los llamados delitos en banda, y obedece su nombre etimológicamente a que por lo menos sean cuatro.

Su diferencia con las anteriores es que esta modalidad más bien es vista como una circunstancia agravante, regulada en el Artículo 27 del Código Penal, en su parte general cuando en su numeral 14 señala: Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas. Del análisis de este Artículo es posible concluir que una

cuadrilla son coautores, perdiéndose en consecuencia, la posibilidad de distinguir autores y cómplices.

La otra mención que recibe este término en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es en el Artículo 252, como forma agravada específica del robo. En este caso, el análisis del Artículo obliga afirmar que la participación en dicho delito es de autoría por la palabra expuesta anteriormente.

4.6. Improbabilidad de juzgar la conspiración y la asociación ilícita

La veracidad de las pruebas que, quedan en un delito que ha sido cometido por una multitud de sujetos, es bastante cuestionable, toda vez que cada sujeto cuenta los hechos a su manera y mientras más son, más variada es la gama de relaciones de hechos. Por tal motivo, no puede establecerse con claridad la participación en el delito, por lo que además no puede esclarecerse el nivel de responsabilidad penal.

Ante tales circunstancias, sería un error contener al delito de muchedumbres en un tipo penal de los de la parte especial del Código, puesto que la descripción de tal ilícito sería muy poco precisa.

En tal sentido, tampoco puede denominársele correctamente, al hecho cometido por una muchedumbre como delito, puesto que tan sólo para principiar no tiene un tipo penal específico, contenido en la ubicación sistemática adecuada a todos los tipos penales.

Por lo tanto, es preciso explicar un poco la concepción que acerca de delito se debe tener:

El delito es una conducta realizada por un sujeto, la cual puede consistir en hacer o en dejar de hacer, es decir, que dicha conducta puede ser una acción o una omisión.

Esta conducta además debe estar reñida con los valores que defiende la Ley y por tanto, estar prohibida por la misma, es decir, ser ilegal. Sin embargo, para poder estar prohibida en la ley, debe primero estar contemplada en ésta como un delito o una falta, a la cual se le asigna dentro de la misma Ley una sanción, que se aplica al responsable.

Para establecer el concepto de delito, debemos buscar el mismo en el ámbito jurídico del derecho penal vigente, puesto que de lo contrario, por ejemplo aplicar el concepto de un Código Penal derogado, aun habiendo sido éste legal, estaríamos aplicando una noción poco universal que más bien puede ser una concepción moral o ética subjetiva, es decir, un concepto producido en un ámbito prejurídico.

El Código Penal vigente, en su Título II, que habla del delito, establece una clasificación y una enumeración de cuándo y en qué forma debe perpetrarse una acción o dejar de realizarse ésta, para tomarse como delito; sin embargo, no existe un Artículo que defina lo que es delito o falta, en el caso de esta segunda, únicamente el Artículo 480 del Código Penal se refiere a las conductas que se tiene como tal.

Por lo que resulta difícil fijar la postura del Código con relación a las distintas corrientes dogmáticas que tratan de interpretar al delito por medio de la Teoría del delito.

No se puede fijar tal postura sin caer en apreciaciones individuales, que por acertadas o idóneas que parezcan, no dejaran de ser eso: la apreciación personal de su jurista.

Algunos, sin embargo, manifiestan que se puede establecer ciertos parámetros para concebir al delito desde las posturas que enuncia el Código Penal, como en el caso del Artículo 10, la relación de causalidad, y la forma de concebir determinadas figuras delictivas, como el caso del homicidio, el hurto y el aborto, las cuales no son más que la manifiesta aplicación del Artículo 10, mencionado, y por lo mismo pueden constituir una idea de lo que en 1973, año en que se promulga el Código, el Legislador concebía como delito.

Pero el hecho de que nuestro Código Penal no ofrezca una definición legal de delito, no es una cosa difícil de entender, sobre todo cuando nos damos cuenta que la teoría del Delito, herramienta básica para entender al mismo, tiene apenas un siglo de existir, y difícilmente los tratadistas llegan aún, a consensuar sobre la forma con la cual debe estructurarse la misma y, por lo tanto, tampoco a una definición de aceptación universal.

Aunque es gracias a la teoría del delito que se ha podido llegar a determinados consensos, también es cierto que en cuanto a la estructura del delito, elementos o elementos positivos o negativos, aún existen discusiones.

La existencia de los elementos en general, es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sirven para definir doctrinariamente al delito y en algunos países como España, también de manera legal, se podría incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran graves discrepancias.

Así, la exigencia de una conducta humana se evidencia por la propia función del Derecho Penal y del resto del ordenamiento jurídico: ordenar la convivencia de las personas.

De manera que, por la teoría del Delito, establecemos de forma tripartita que el mismo es: **una conducta típica, antijurídica y culpable.**

Además que esta conducta debe tener establecida en la Ley una pena, es decir, debe adolecer de punibilidad.

Este último elemento, la punibilidad, deja en claro el conocimiento equivocado sobre que delito es una conducta mala, no es sino una apreciación vulgar y nada científica. Por cuanto el delito, es aquella conducta que tiene asignada en la Ley penal, una sanción.

Es lo establecido en este último párrafo lo que debe sentar la diferencia entre el Derecho Penal con cualquier otra rama del Derecho, y lo que sienta las bases para la discusión sobre ¿qué conductas puede el Estado penalizar? y ¿cuáles no?. ¿Qué clases de pena establecer y cuales no? ¿Qué magnitud debe tener la pena?.

Este subtema, se debe referir cuando se tengan los suficientes elementos de las conductas a las que puede el Estado aplicar su *ius puniendi*, facultad de penar.

El concepto que se debe tener acerca de lo que es delito, debe incluir el hecho de que la conducta calificada como tal, es una actividad contraria al orden jurídico y que dicho orden jurídico protege ciertos intereses.

Se establece que los intereses que protege el legislador al definir una conducta como ilícita debe reñir con la generalidad, es decir, el grupo de personas que se afecta con la conducta ilícita debe ser la mayoría de la sociedad. Interés social, que es parte del status quo que protege el derecho.

Esa vulnerabilidad de la cual adolecen la sociedad y que se encuentra regulada en Ley se puede clasificar como bienes jurídicos tutelados.

En suma, la conducta de quien comete un delito reviste de antijuridicidad, puesto que es contraria al orden jurídico establecido.

Es por tanto, un injusto penal. Este injusto debe sancionarse, por lo que la conducta tipificada como antijurídica e ilícita, tiene asignada una pena.

La tipicidad no implica precisamente una pena, y la punibilidad reviste un elemento totalmente autónomo en el delito.

El problema de la punibilidad, estriba en que se deben establecer las condiciones objetivas o externas que se presente en determinada conducta. Sin embargo, como se dijo, el delito debe ser considerado en tres aspectos especiales: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Dado que el presente trabajo constituye un trabajo individual que implica la síntesis de los temas estudiados y la redacción de los mismos en expresión de lo que se piensa, se precisa que el delito, cualquiera que sea, es una conducta típica, antijurídica, por estar contenida en una norma penal que protege intereses o bienes jurídicos ordenados en torno a una estructura social, y que dicha conducta debe además ser culpable, por las características que revista la acción o la omisión, así como las aptitudes del sujeto, y que dentro de la misma norma penal que la contiene, se le asigna una clase y categoría de pena cualificada y cuantificada de acuerdo con el Derecho Penal vigente.

Por la alusión que se hizo en la exposición previa a la anterior conclusión, de los intereses que protege el Derecho Penal especial, y la forma en que lo hace, es necesario explicar en párrafos aparte el tema del bien Jurídico tutelado a manera de fundamentar lo que se trata posteriormente, sobre los principios del derecho penal.

Bacigalupo señala que: "Delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"³⁰. De tal cita, puede inferirse que toda conducta sancionada por el legislador como delito es un ilícito penal, pero únicamente estas.

³⁰ Bacigalupo, Enrique. **Derecho penal parte general**, Pág. 24.

De esta forma también lo explica Muñoz Conde, quien afirma además que siendo así se trata de llevar a su justa dimensión el principio de legalidad penal: Nullum crimen sine lege.

Es decir, que para poder construir una definición más completa, debemos agregar a lo apuntado párrafos arriba que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable y que dicha conducta es un acto o una omisión a la cual el Estado ya sea en ejercicio de su poder o en cumplimiento de su deber, asigna una pena.

El punto básico o de partida en donde se debe analizar la responsabilidad, penal por supuesto, de cada sujeto en el delito de muchedumbre, es aquél en el cual se distinga quien en realidad puede llegar a tener dicha responsabilidad penal y en qué grado. Si es que en realidad se puede establecer.

Anticipadamente, se puede hablar de que existen primariamente dos elementos que tornan imposible el deducir responsabilidades en el delito de muchedumbre.

El primero la dificultad de ubicar a los verdaderos responsables, a los conductores de los conducidos; a autores de simples partícipes.

Por tal motivo este elemento podemos nombrarlo como la imposibilidad de probar la participación en el delito.

En segundo lugar el elemento psicológico que ha dado origen al hecho, es decir, es imposible desligar los elementos emocionales que conducen a la multitud a cometer un delito y por tal motivo la consideración de concebir efectivamente al hecho cometido por una muchedumbre realmente como un delito.

Por aparte, se puede llegar a considerar al delito de muchedumbre o al hecho cometido en esa forma una simple falta, o en otro de los casos la consideración del delito de muchedumbre una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la cual tendría que ser definitivamente atenuante.

Todo lo cual se procede a explicar en el presente capítulo para determinar una propuesta.

En los días de la edad antigua, los criminalistas recurrían a establecer que en un delito de muchedumbre todos los sujetos eran responsables y por tal, todos tenían que responder.

Sin embargo, en nuestros días, la ciencia penal tiende a ceñirse al criterio de que en cualquier delito la responsabilidad debe establecerse de forma individual y no de forma colectiva.

En ese sentido Luis Jiménez de Azúa establece que: La muchedumbre es responsable pero ¿Cómo y quién debe serlo en ella? El sentido corriente responde: Toda la multitud.

Y la ciencia después de reflexionar en todos los aspectos dice de acuerdo con el buen sentido: toda la muchedumbre debe ser responsable. No el individuo sino la muchedumbre. Esta fue en tiempos antiguos la única forma de responsabilidad. Pero la Ley en nuestros días ha individualizado las responsabilidades. Hoy se tiene en cuenta el ambiente. Hay una suerte de responsabilidad colectiva: Pero en vez de castigarse, como en la antigüedad, al reo y a su familia (ambiente), hoy la pena sólo recae sobre el autor del acto”.³¹

Por otro lado, el mismo autor puede servir para establecer el criterio que debe regir en cuanto a los motivos emocionales que conducen a la multitud a delinquir o a cometer un acto que revista de ilícito, puesto que en sus palabras se puede definir mejor el problema que prevalece en este tema, con respecto a su naturaleza prejurídica que ya se mencionó, señala Luis Jiménez de Azúa:

“El problema se reduce a averiguar si en efecto es posible que un individuo honrado se deje arrastrar por la muchedumbre a cometer el mal casi en un acceso de locura momentánea, que, una vez cesado, no deja más traza y no puede dar lugar a reacción penal alguna. Lo cierto es que la sugestión en la muchedumbre es más imperiosa que en otras situaciones, y si se une al fenómeno de la identidad, podemos concluir que, dadas determinadas circunstancias, puede producirse irresponsabilidad plena para el sujeto individual que actúa en una muchedumbre en tumulto”.³²

³¹ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 360

³² Jiménez de Azúa, Luis, **Ob. Cit.** Pág. 361.

En resumen, en cuanto al criterio que establece el delito de muchedumbre como algo más bien prejurídico, nos remitimos a lo afirmado en el capítulo primero y a lo señalado por el tratadista Jiménez de Azúa, multicitado en la exposición de este trabajo.

Mientras que en cuanto a la responsabilidad que debe deducirse en el Delito de muchedumbre se procede a explicarla según los criterios que existen al respecto.

4.7. Criterios para medir la responsabilidad

Los criterios que debemos establecer para medir el grado de responsabilidad criminal o responsabilidad penal de los sujetos que intervienen en un incidente de muchedumbre en tumulto, se clasifican de conformidad con tres aspectos, el sujeto o elemento personal; el móvil o elemento subjetivo y la forma en que se da el hecho para poder probarse, la forma de exteriorizarse, es decir el elemento objetivo.

Estos mismos tres aspectos o elementos se convierten en criterios y los podemos resumir en los siguientes términos: conductores y conducidos; el motivo y la dificultad de prueba.

4.8. Conductores y conducidos

Así como todo delito precisa establecer la forma en que participa cada sujeto en su ejecución para medir la culpabilidad y grado de reprochabilidad del individuo, el delito de

muchedumbre que realiza su acción en tumulto, no puede prescindir de un esfuerzo para distinguir a los verdaderos conductores de la situación, del resto de la masa, puesto que de lo contrario se tendría que juzgar, equivocadamente a la masa como multitud (tal como lo regula el Código Penal actualmente o se juzgó en el pasado).

En realidad quien dirige una acción vandálica en la calle, y logra excitar a los muchos para cometer determinado delito, es una persona verdaderamente delincuente, puesto que instiga y provoca a otras a hacer cosas que bajo condiciones normales no realizarían.

Un grupo de manifestantes pacíficos terminan saqueando un lugar de comercio o linchando a un individuo, por la motivación de una persona, empero ésta última puede haber sido movido a su vez, por dos circunstancias únicamente.

Primero por verdadera intención criminal es decir tener un interés por robar del comercio o dar muerte al individuo que al final la muchedumbre ajustició sin él mancharse las manos.

Pero, en este caso no se debe olvidar que el conductor es un verdadero delincuente que no delinque sino con dolo previo, por lo tanto la solución a dicha situación o es en delito colectivo o se le juzga por el delito que sea, en grado de instigador (situación que contempla el Código Penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículos 17, 377, instigación al genocidio, y el 386 proposición y

conspiración). Si el delincuente no tiene un interés en el resultado, es decir, no se planteó con anterioridad la situación que pasaría, sino en ese preciso momento, resulta obvio que el delincuente tiene problemas de personalidad y perfila a un sociópata, situación que podría devenir, eventualmente en causa de eximente de responsabilidad penal.

Efectivamente el conductor de las masas se convierte en un instigador de las mismas, lo que se encuentra regulado de forma somera en el Artículo 17 del Código Penal.

Se dice de forma somera, puesto que no existe una definición legal del término.

Sin embargo, entre la masa, podría haber gente que nunca ha delinquido, y que si lo hace, es por la instigación del conductor. Fuera de los casos comprendidos en la exposición anterior, no es posible distinguir a los conductores de los conducidos.

Dichos criterios quedan expuestos por Sighele, citado por Jiménez de Azúa que señala: “en las muchedumbres no suelen existir verdaderos conductores, o éstos están tan lejanos y oscuros que se confunden con los conducidos; mejor dicho, todos son masa, arrastrados, sugestionados por el estímulo”³³. Como es evidente, el autor de Azúa explica en este caso a los verdaderos conductores del delito en muchedumbre.

³³ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob Cit.** Pág. 352.

4.9. El motivo

Este tema tiene especial importancia en el sostenimiento y defensa de la hipótesis que da origen al trabajo presente de Tesis, toda vez que aporta los argumentos que de no expresarse con la suficiente claridad, podrían servir para la invalidación de aquélla.

Si se demuestra por ejemplo que el robo, la violación o el asesinato no pueden cometerse por circunstancias pasionales o como consecuencia de una inducción o excitación a su perpetración, se podría pretender que en la presente exposición lo único que importa es defender a los delincuentes y de paso liberarlos de ser juzgados, cuando cometen sus fechorías bajo el manto de la multitud. La realidad es otra.

La principal aseveración de la presente investigación se sustenta en los supuestos de que las multitudes reaccionan a estímulos emocionales y se convierten en lo que podría nombrarse como delincuentes ocasionales, respondiendo a conductas que bajo otras circunstancias no cometerían. Ya bastante se ha expuesto de lo dicho, sin embargo se cita a continuación a Lanuza que señala: "...los linchadores lo son por profundo horror al delito, y no pueden ser condenados como criminales..."³⁴. El contenido de la anterior cita la realiza Lanuza, refiriéndose al tema que constituye la Ley de Lynch, sobre la que han escrito muchos a favor y otros en contra, sin embargo, Jiménez de Azúa señala: "Yo no siento entusiasmo alguno, pero ésto no quiere decir que me parezcan delincuentes

³⁴ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob Cit.** Pág. 352.

vulgares los que linchan a un criminal”³⁵. Es necesario señalar en este apartado que si un sujeto actúa por emoción, su responsabilidad penal puede bien ser modificada, atenuada o agravada según sea el caso o bien ser definitivamente extinguida.

Lo cual en otras palabras significa que el móvil en un delito de muchedumbres no puede usarse al contrario y revertirlo para castigar severamente a los pocos que haya podido capturar la policía de entre la multitud, esto sería tanto como juzgar por venganza, por reacción o revancha.

Por otro lado no debe olvidarse que cualquier motivo pasional o emocional dista mucho de la llamada intención criminal, es decir, dolo.

4.10. Dificultad de prueba

La dificultad de la prueba se resume al simple hecho de constatar en la calle cuando ha ocurrido cualquier incidente tumultuoso, que cada uno de los participantes o incluso los espectadores, dan una versión diferente de las cosas.

Por tanto, mientras mayor es el número de individuos que participa en la multitud, mayor será la dispersión que sufra la verdad y por tanto la forma de comprobarla.

³⁵ **Ibid.** Pág. 352.

Por el contrario, cuando son pocos los individuos son pocos los testimonios a escuchar, mayor facilidad habrá de determinar cual es la verdad procesal y menor la variedad entre la que el fiscal tendrá que investigar.

El delito de muchedumbre contenido en el Código Penal, no puede concebirse modernamente como una forma de participación, por todo lo apuntado en el capítulo segundo de esta tesis.

Si el delito de muchedumbre no puede concebirse como un delito, para ser incluido en la parte especial del Código Penal, por lo sustentando en el mismo capítulo segundo de la investigación presente, así como en la primera parte de éste capítulo, entonces se debe, por eliminación, excluir aún, otros criterios en los que puede incluirse para su concepción la figura de la muchedumbre. Éstos criterios pueden ser: el hecho cometido en muchedumbre, como falta; el hecho cometido en muchedumbre como circunstancia atenuante; o bien, como causa de inculpabilidad.

Se puede pretender, como solución alternativa a la figura penal conocida con el nombre de delito de muchedumbre, reducirla a una simple falta, por la cual se le impondría a los responsables simplemente una multa, o prisión no mayor a sesenta días.

Esta solución, sin embargo, no puede ser relevante jurídicamente, toda vez que no sería congruente muchas veces el resultado dañoso con la pena impuesta. Queda la

posibilidad de ser tomada en cuenta dicha concepción de los hechos cometidos en tumulto, cuando es necesario establecer un precedente

Los delitos que se cometen en multitud, no pueden ni deben quedar sin castigo, aunque el mismo sea consecuencia de los hechos y los resultados dañosos.

El delito de muchedumbres no puede ser tomado como falta, puesto que no hay congruencia para todo tipo de delito cometido de esta forma.

El delito de muchedumbre como agravante, pareciera aparentemente, la forma más adecuada de solucionar la problemática planteada.

Además la cuadrilla es una de las formas agravadas que ya contempla el Código Penal guatemalteco. Sin embargo, queda por solucionar el hecho de que la formación de una asociación con el objeto de delinquir, debiera tomarse como conducta dañosa y no solo como una circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Es decir, las agrupaciones de delincuentes deben ser figuras delictivas autónomas.

Concebir el delito de muchedumbre como causa de inculpabilidad, equivale a eximir de responsabilidad penal, y eso es un error, toda vez que contradice inclusive la concepción actual del Código Penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Por todas las razones expuestas, la forma correcta de apreciar el problema, se considera que es la siguiente: el delito de muchedumbre es actualmente una forma de participación en el delito; sin embargo, tal como lo afirmaban los italianos, tales como Gabriel Tarde, Paul Garnier, “existe ciertamente un grado de inconsciencia para actuar por parte de los sujetos, cuando estos cometen delito en multitud”³⁶. Perturbada la razón de cualquier hombre, para poder discernir entre lo que está bien o lo que está mal, entre lo que es legalmente permitido y lo que no, o entre lo que es delito y lo que no lo es.

Cualquier ciudadano que nunca a delinquirido puede llegar a cometer un crimen horroroso. A este respecto podemos citar tres ejemplos que para la realidad guatemalteca resultan muy comprensibles.

En las convulsiones sociales que degeneran en linchamientos de personas que se presumieron delincuentes, pero que nunca se les juzgó.

Sin embargo, la multitud azuzada por quien clama justicia y ello, aunado a la poca confianza que existe en el sistema de justicia, masa decide tomarla ésta en sus manos y aplicar el castigo.

Otro ejemplo es el del desorden popular, que muchas veces generan los partidos de futbol, que producen el enfrentamiento físico entre simpatizantes de distintos equipos.

³⁶ Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 350.

En cualquiera de los ejemplos anteriores, prevalece el denominador de no haber premeditación, una conspiración, un plan, o un planteamiento de cometer el delito, sino, que el resultado criminal es consecuencia simplemente de la emoción eventual de la masa, por un ideal que se cree justo.

El derecho, debe tender progresivamente a tecnicizarse en razón de la política criminal que permita controlar al llamado crimen organizado del país.

Por los argumentos y hechos considerados, se cree que la mejor forma de establecer una diferencia entre el delito cometido por un grupo de personas que no estaban concertadas para su comisión de delito en muchedumbre, y el cometido por personas que están organizados como grupo dedicado a delinquir y, por ende, planifican su realización del delito colectivo en sus distintas especies, consiste en regular en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, un tipo penal particular para cada una de ellas.

La forma de regular esta figura en la parte especial del Código Penal, es considerando al delito colectivo en sus distintas especies: pareja criminal, asociación de malhechores o delincuentes y secta criminal.

Como se mencionó, la asociación de malhechores está regulada ya como asociaciones delictivas en la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala. No obstante, dicho ilícito contiene únicamente la posibilidad de procesar o

perseguir a las personas de grupos delictivos dedicados a la narcoactividad, es decir, siembra, cultivo, producción, refinación, comercialización, venta, tráfico, transporte, retención, distribución, almacenación, importación, exportación, recepción o entrega de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o productos derivados las mismas o destinados para su preparación o cualquier otra actividad ilícita, relacionada con la misma, olvidándose de otras situaciones para las cuales pueden organizarse también dos o más personas, tal el caso de secuestros, no precisamente derivados del narcotráfico.

Por lo tanto, la propuesta de la presente investigación consiste en considerar como conducta ilícita, el hecho de pertenecer a un grupo de personas organizados en función de delinquir. En ese caso, la pareja criminal debiese tener su propia regulación como figura ilícito penal, y de igual forma la asociación de malhechores o delincuentes y la secta criminal.

Toda vez que se debe sancionar a las agrupaciones ilícitas, como la pareja criminal, la asociación de malhechores, y la secta criminal, que han proliferado en forma manifiesta en la sociedad guatemalteca en los últimos años, y que somete a la población ante sus actos vandálicos.

4.11. Implicaciones doctrinarias

La pareja criminal concebida como: La forma más simple y embrionaria del crimen colectivo, dos personas en connivencia, que se proponen y consuman actos ilícitos.

Entendiéndose por asociación de malhechores, se entiende toda agrupación de delincuentes que sea mayor de tres sujetos, y por Secta criminal, el grupo de individuos organizados de con el objeto de llevar a cabo actos ilícitos que creen justificados como, causa noble.

El problema objeto de estudio en la presente investigación, lo constituye la institución penal de las asociaciones ilícitas y de la conspiración regulados en el Código Penal y en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

Su regulación legal en algunas leyes y decretos en Guatemala, no se dio de forma que se respetara el tema del delito colectivo, del cual proviene y todos los avances dogmáticos que éste último ha adquirido en la doctrina.

La regulación legal de las asociaciones ilícitas debe corresponder con el delito colectivo desarrollado por la doctrina, pero en las leyes guatemaltecas que lo contienen, no es así. Por ello se producen concepciones erróneas tales como contemplar como delito la conspiración; considerar a la asociación ilícita como una derivación de la organización delincencial o, el uso incorrecto de términos como crimen organizado y asociación ilícita, confundiéndolos como sinónimos.

La conspiración es una fase inicial del delito, no un delito como tal. Concebirlo así, como lo regula el Artículo 3 del Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley

Contra La Delincuencia Organizada, constituye una peligrosa forma de volver punible las fases iniciales del delito.

Peligrosa por cuanto puede violentar principios y garantías constitucionales, al permitirle al Estado aumentar la esfera de su **ius puniendi**, contradiciendo la condición de garantista que tiene desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal, que nació con ese espíritu (el de volver más humana la justicia penal y no más represivo al Estado). Para estos efectos, basta citar a Juan Bustos Ramírez, quien señala: “no se puede confundir la conspiración con la asociación ilícita, ya que esta tiene un carácter estable y es para la comisión de delitos indeterminados”³⁷.

Cuando se han cumplido tres años de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, resulta conveniente una investigación que analice la efectividad de la misma, tomando como base para ese estudio, los avances teóricos de la institución penal denominada delito colectivo y sus especies, que ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial, la dogmática y doctrina penal.

En la legislación penal guatemalteca la figura del delito colectivo no se encuentra regulada, con excepción de una de sus formas: las asociaciones ilícitas; sin embargo, la pareja criminal y la secta criminal no se encuentran reguladas.

³⁷ Bustos Ramírez, **Ob. Cit. Pág. 43.**

Razón por la que regularmente se termina analizando casos separados de un mismo hecho ilícito.

En contraste con todo lo mencionado, el delito colectivo, estudiado y desarrollado en la doctrina, ofrece una forma más técnica y científica de concebir el tema y de enfrentar la problemática que suscita el fenómeno de la asociación ilícita.

Establece por ejemplo, que una asociación ilícita no se constituye para delinquir en un ámbito estrecho y delimitado como la narcoactividad.

No se constituye únicamente para efectos del lavado de dinero, o para cualquier delito societario de sociedad anónima en particular, sino más bien la constitución de estas entidades en organizaciones delincuenciales va más allá, “para la comisión de delitos indeterminados”³⁸.

En consecuencia, si se tiene la norma tan restringida, como la regulada en el Artículo 4 de la Ley contra la delincuencia organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, asociación ilícita, entonces, los entes encargados de la persecución penal, se verán restringidos a esperar que la organización actúe con base en tales hechos, y no para cualquier delito indeterminado.

³⁸ **Ibid.**

Por ejemplo, se tiene a una banda asociada para secuestros, y resulta que un proceso, el ente acusador no tiene las suficientes pruebas para lograr su condena por delito de secuestro, si podría al menos demostrar otros fines ilícitos que se presentaron en concurso real o ideal, ligados al delito de plagio o secuestro.

La asociación ilícita no puede ser una derivación de la organización delincuencia, sino al revés.

4.12. El fenómeno delincuencia en Guatemala

El fenómeno de la delincuencia, no provoca las asociaciones ilícitas, sino más bien las asociaciones ilícitas generan la organización delincuencia.

Valga el ejemplo, no se hace un equipo para formar hombres, sino que se forman hombres, para hacer equipos.

En el cuerpo de leyes mencionado, Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, es claro que el continente es la delincuencia organizada y el contenido la asociación ilícita, lo cual equivale a decir que como está organizada la delincuencia surgen asociaciones ilícitas.

Lo anterior no es cierto, porque primero se forman las asociaciones ilícitas y con ello se está organizando la delincuencia.

La problemática que se genera con este error de concepción, es lo que provoca leyes que contradicen los adelantos dogmáticos penales, y esto lleva a una política criminal del Estado, poco adecuada.

Crimen organizado y asociación ilícita, tampoco son sinónimos, sino que el primero es un calificativo de lo segundo, es decir una característica.

Si lo que se persigue es a la pareja criminal o a la asociación o secta, con independencia de los delitos para los cuales están organizados, se podrá combatir de mejor forma a tales organizaciones de delincuentes.

Los mencionados son tan sólo algunos aspectos que provocan problemáticas específicas en la regulación legal de las asociaciones ilícitas, los cuales pueden ser profundizados de mejor manera por medio de una investigación.

Si dos o más personas son encausadas por haber sido capturadas al perpetrar el mismo ilícito; (y, este es un delito de robo, hurto agravado, asesinato, secuestro, especulación, caso especial de estafa entre muchas otras figuras delictivas), en la oportunidad procesal correspondiente se les puede incluir a todos en el mismo escrito de acusación, no obstante cada uno será acusado en forma separada, con relación a su participación o autoría, (haber tenido las armas de fuego con que se cometió el delito, haber tenido relación directa con el hecho principal, haber simplemente manejado el vehículo con que se logró la fuga una vez cometido el hecho etc).

No se puede por tanto, acusar a todos de un grado de participación en el delito que sea común a todos; a pesar de haber logrado la captura de todos y de que todos se dedican en forma continúa, a la comisión de delitos indeterminados.

Por esa razón, los que solo participaron como cómplices, saldrán libres en menos tiempo, comparado con lo que tarde aquellos que actuaron como autores.

La razón por la cual no se les puede acusar a todos de un delito en particular no es únicamente el hecho de que hayan tenido diferente grado de participación; sino por que no existe una figura delictiva (para los delitos mencionados y muchos otros), que castigue a los miembros de una asociación ilícita por ese hecho precisamente.

En otras palabras, si varios sujetos cometen un caso especial de estafa, unos serán juzgados como cómplices y otros como autores, según cada participación; y no como una asociación ilícita que se dedica a delinquir, independientemente de la figura delictiva por la que se les logra capturar.

En el caso de la narcoactividad existe un ilícito denominado asociación ilícita, pero solo en ese caso, debido a que la Ley fue pensada en asociaciones ilícitas contra el narcotráfico y el terrorismo.

Pero como señalan los tratadistas y en especial el autor Bustos Ramírez, “las asociaciones ilícitas se constituyen para la comisión de delitos indeterminados; no solo para narcoactividad o terrorismo”³⁹.

Por eso, con la presente investigación se demostrará además, que es necesario para un combate adecuado a la delincuencia, la regulación del ilícito penal denominado delito colectivo, y de él, sus especies: la pareja criminal; asociación de malhechores y la secta criminal. Con independencia de los delitos indeterminados para los cuales se juntan y operan asociados.

En cuyo caso, procesalmente será posible el planteamiento en un solo escrito de la acusación para todos, como autores, sin haber cómplices.

El derecho debe tender progresivamente a tecnificarse en razón de la política criminal que permita controlar a la delincuencia.

La solución al presente problema, consiste en legislar en la Ley una norma penal que contenga al delito colectivo en sus diferentes formas.

Por ello, se ha propuesto con la presente investigación, el análisis de las asociaciones ilícitas reguladas en la legislación guatemalteca en comparación con el delito colectivo, tema que en la doctrina, concibe en forma científica y más adecuada a la asociación ilícita.

³⁹ **Ibid.**

Puede haber delito colectivo (según lo comprendemos) sin crímenes de muchedumbres, y crímenes de muchedumbres que sean delitos comunes y no colectivos, según la distinción que hacemos, y que parece indispensable en la práctica, cuando se trate de exigir responsabilidades e imponer penas.

Como quiera que sea, publicamos estas observaciones porque se refieren a una fase del asunto que juzgamos de alguna utilidad considerar.

El delito colectivo, como su nombre lo indica, es aquel en que toma parte una colectividad, sin que esta sola condición le caracterice: hay asociaciones numerosas de asesinos, monederos falsos, estafadores, etc., cuyos delitos no llamaremos colectivos aunque para cometerlos se asocien gran número de personas.

Lo característico del delito colectivo es que el objeto que se promete el delincuente no sea personal; que la idea que le guía, el sentimiento o la pasión que le impulsa, guíen o impulsen a otras muchas personas para un fin que no sea exclusivamente egoísta; que tenga, no una empresa, sino una, causa, buena o mala, razonable o absurda, pero común a todos los que la defienden: a ella sacrifican, unos el sosiego, otros la hacienda o la vida, y es ocasión para que muchos realicen cálculos interesados o den suelta a malos instintos; pero las diferencias en el modo de servirla o desacreditarla no prueban que deje de existir la idea, el sentimiento, la pasión que inspira a los autores o cómplices del delito colectivo, y quitándole el carácter personal esencialmente egoísta, le

diferencian del delito común; difiere también de él, no sólo por el fin, sino por los medios, que, aun cuando lleguen a ser violentos, no están envilecidos por el egoísmo.

El delincuente colectivo priva de la vida o de la hacienda, no por satisfacer su codicia o su odio contra el que personalmente le ofendió o aborrece, sino a fin de procurar medios pecuniarios con que sostener su causa o para combatir a los que la atacan; no persigue ni mata a un hombre como tal, sino como defensor de lo que él quiere destruir, como funcionario, como autoridad, como representante de una institución, como parte de una casta o de una clase.

Otra diferencia entre el delito colectivo y el común es que éste persiste a través de los siglos, y aquél desaparece con las instituciones sociales que ha combatido, o cuando no tiene razón para combatirlos; en este caso, los delincuentes van siendo cada vez menos y peores; hasta que, al fin, la idea, el sentimiento, la pasión, la causa, no tiene partidarios. Con la esclavitud y la servidumbre desaparecen las rebeliones de los esclavos y de los siervos; con las leyes que pretendían imponer por fuerza las creencias religiosas, desaparecen las guerras de religión; es ya raro, y lo será cada vez más, combatir a mano armada la libertad de conciencia.

Hay también, es cierto, delitos comunes obra de las leyes, que aparecen y desaparecen con ellas; sin aduanas ni contribuciones de consumos no habría contrabandistas ni matuteros, pero entran en la categoría de los delincuentes comunes por el móvil

personal y egoísta que los impulsa y porque no se proponen reformarlas leyes, sino eludirlas.

Podrá objetarse que también al través de los siglos aparecen y desaparecen ciertos delitos colectivos, si no idénticos, con semejanzas que indican parentesco, es verdad, y la reproducción y la semejanza, cuando realmente la hay, hace sospechar que tienen en el fondo algún principio razonable y que podrá ser realizable alguna vez, de manera que llegue a ser legalidad lo que es rebeldía.

Por último, los que creen que el delito común desaparecerá objetarán que la persistencia no es característica suya; respecto a esta opinión es importante hacer la siguiente cita: “Como quiera que sea, si ha de llegar un día en que no haya delito alguno, los más persistentes, los últimos que desaparezcan, han de ser los comunes, caracterizados siempre por el egoísmo”⁴⁰. Como se puede interpretar, para evitar la confusión que resulta a veces de no fijar bien el sentido de las palabras, conviene advertir que entendemos por delito colectivo una acción penada por la Ley e inspirada, no por el egoísmo, sino por una idea, un sentimiento, una pasión común o un gran número de personas, y cuyo fin es hacer triunfar una causa.

Desde luego ocurren las objeciones que pueden hacerse a esta definición, y principalmente la de considerar como delito todo lo que como tal está calificado por la ley; responderemos: Que hay definiciones novísimas cuya novedad está en la forma, y

⁴⁰ **Ibid.**

que en el fondo vienen a decir lo mismo que decimos. Que hay definiciones diferentes de la que hemos dado que no comprenden todos los delitos, ni aun todos los que los autores quieren penar, según las cuales no se puede formar idea de lo que es delito, y que no tienen de positivo más que la confusión a que darían lugar si se admitiesen. Que las cosas han de tener palabras que las signifiquen. ¿Cómo llamaremos a la acción penada por la ley? Sobre que algún nombre hemos de darle para que la ambigüedad de las palabras no venga a introducir error en los razonamientos, la llamaremos delito. Que delito no es, en nuestro concepto, sinónimo de maldad; que puede ser una acción mala, buena, sublime, y que muchas veces, muchas, los malhechores son los que imponen la pena y los bienhechores los que la sufren: delincuentes heroicos que los contemporáneos inmolan y la posteridad honra y acaso diviniza.

Así, pues, vamos a tratar de acciones (buenas o malas) penadas por las leyes y realizadas por una colectividad que no se propone un fin egoísta: esta breve explicación previa era necesaria, y tal vez no sea suficiente y parezca vago el pensamiento y arbitrario el lenguaje; pero no hemos hallado medio de expresarnos con más claridad.

El delito colectivo no es solamente el delito político, sino la rebeldía por causa de organización social en la esfera civil, religiosa y económica, y todas nos parece que caben bajo la misma denominación general, en cuanto se proponen reformar o abolir leyes que se estiman injustas y no satisfacer pasiones ni cálculos personales.

Y, por otra parte, ¿cómo no ver diferencias esenciales entre Espartaco, Padilla y Jaime el Barbudo?

Las semejanzas que tienen entre sí las rebeldías cuyo objeto es una reforma social en esta o la otra esfera, y las diferencias que las separan de los ataques violentos a la Ley con un fin egoísta y puramente personal, nos parece que justifican la extensión que damos al concepto de delito colectivo y el no confundirlo nunca con el delito común.

Las condiciones del delito colectivo son:

Un medio social propio para que sea inevitable, o al menos posible;

Una idea, que es su núcleo y su impulso, aunque no siempre sea su ley;

Una colectividad que pretende realizar la idea y la convierte en causa.

Medio social apropiado. Una sociedad en que todos fueran buenos e ilustrados, es decir, justos; en que nadie pidiera, ni negara, ni conservara cosa que no le fuese debida; ni hubiese más sufrimientos que los inherentes a la naturaleza humana, reconocidos como inevitables unánimemente, en esta sociedad existiría la armonía más perfecta y no serían posibles rebeldías de ningún género. Para los males que tienen remedio, la justicia y el amor; para los irremediables, la resignación, y siempre la paz.

A medida que una sociedad se aparte de este ideal, que tenga más individuos que nieguen lo justo o quieran lo imposible, han de multiplicarse las protestas y las rebeldías, a menos que los oprimidos por la injusticia carezcan de inteligencia o de energía hasta el punto de no comprender su derecho, o no tener ánimo para reclamarlo, o los descontentos sin razón sean en corto número, y estén enfrenados por la buena conciencia y el buen sentido general.

La sociedad más perfecta ideal, es aquella en que las rebeldías no tienen posibilidad de ser.

La sociedad que se acerca a la perfección, es aquella en que las rebeldías no tienen razón de ser.

La sociedad menos perfecta es aquella en que, habiendo grandes, poderosos, justos motivos para protestar, no hay protestas.

La injusticia, considerada como justicia o como necesidad, he aquí la mayor de las miserias humanas en que, por más o menos tiempo, han estado sumidos todos los pueblos.

También lo están hoy todavía aquellos en que hay castas, clases privilegiadas, esclavitud, despotismo, en paz, con silencio, que es el de las tumbas donde está sepultada la inteligencia y la conciencia humana.

En toda sociedad donde hay rebeldes es porque hay oprimidos o equivocados. Escríbase lo que se escriba, en la bandera de una rebelión seguida por grandes multitudes, el pensador lee Justicia o error, con frecuencia las dos cosas; y si puede haber exageración en haber dicho que los pueblos no tienen más criminales que los que quieren tener, nos parece que no la hay en afirmar que las sociedades hacen sus rebeldes, y que, en los delitos colectivos, el elemento social prepondera en términos que el individual entra a veces por muy poco si se prescinde, como se debe, para apreciar las rebeldías en su esencia y en su origen, de los que toman parte en ellas por cálculo o para dar rienda suelta a sus malos instintos.

Los delincuentes colectivos lo son por causa: De religión; de organización civil; de organización política; de organización económica.

Los fenómenos sociales no tienen límites bien fijos, contornos muy marcados, líneas que determinan distintamente su forma y extensión, sin que, por el contrario, se entrecruzan, contribuyendo al hecho, no sólo la causa preponderante y por la cual se clasifica, sino otras menos ostensibles pero que influyen en él.

En las rebeldías religiosas entra a veces la política; en las políticas, la religión; en todas, la organización civil y la económica; pero en un breve estudio como el que estamos haciendo sin prescindir de ningún elemento, debemos considerar principalmente el que prepondera.

Delitos colectivos por causa de religión. Los elementos sociales de estos delitos son:

Dogmas que pretenden encerrar en sí la verdad absoluta; Hombres que pretenden ser intérpretes infalibles de estos dogmas; Multitudes que tienen fe viva en estos dogmas y en la infalibilidad de su interpretación; Poderes que dan el apoyo de la fuerza pública a las prácticas religiosas que de estos dogmas se derivan a juicio de sus intérpretes; Ignorancia general; Hábitos de despotismo y de obediencia servil; Moral extraviada y sensibilidad obtusa.

Considerando los componentes, podrá afligir, pero no admirar el compuesto.

Alguna vez se persiguen con razón sectas inmorales, perturbadoras de la sana moral, hasta de la decencia y del orden público; alguna vez los delincuentes pretenden imprimir sus creencias y se rebelan contra la libertad de conciencia, que no quieren más que para sí; pero, en general, en la sangrienta historia de las guerras religiosas, en la horripilante de los suplicios y torturas y hogueras encendidas por causa de religión, la justicia está de parte de los delincuentes colectivos, y los malhechores son los que en nombre de la Ley quieren imponer su fe por medio de la violencia y llaman rebeldes a los que ellos han vencido o esperan vencer.

No se pueden recordar sin dolor profundo los males que ha causado a la humanidad la alianza de poderes infalibles en el orden espiritual y despóticos en el orden material; los déspotas eran señores de vidas y haciendas; no les bastó; quisieron ser también

señores de las almas y reducir el espíritu a ser eco de las únicas voces que tenían derecho a ser oídas.

En los países en que el despotismo religioso ha sido feroz y prolongado, dejó raíces que retoñan y aun dan frutos venenosos para los entendimientos y las conciencias; pero las rebeldías espirituales rara vez llegan a ser materiales y forman delincuentes colectivos; estas rebeldías son cada día más raras, y se ve claramente que acabarán por desaparecer del mundo civilizado.

Las persecuciones de los judíos de hoy no son un argumento contra lo que afirmamos; los judíos se persiguen más como usureros y ricos absoluta o relativamente, que como creyentes, y en todo caso se persiguen en pueblos atrasados en civismo y que conservan vestigios de la reciente servidumbre.

En los pueblos más cultos, los creyentes de distintas religiones se unen para las buenas obras, oran a veces en el mismo templo, entienden por comunión de los santos la de los justos de todas las religiones, y rechazan el absurdo de que la fe se oponga a la caridad. La caridad, la caridad verdadera, la caridad de San Pablo, acabará por ser la base de todas las religiones, que, según la etimología de su nombre, servirán para unir, no para separar a los hombres; el progreso en este sentido, lento para las impaciencias del buen deseo, es rápido para la razón; y si el clero católico rechaza a los ministros protestantes que quieren asistir al entierro de aquel inolvidable arzobispo de París, de bendita

memoria, que murió en las barricadas, en los Estados Unidos, las campanas del templo católico hacen oír sus fúnebres sonidos cuando pasa el cadáver del unitario Channing.

En ningún delito colectivo aparece tan evidente la acción social, no ya como concausa, sino como causa verdadera. Se borra de la Ley el sacrilegio, el anatema; el Estado deja de dar al sacerdote soldados y verdugos, y los delincuentes colectivos por causa de religión desaparecen, casi instantáneamente puede decirse, considerando la lentitud de los progresos humanos; los viejos hemos conocido aún encausados por la Inquisición; no era ya la que encendía hogueras, descoyuntaba huesos y dislaceraba carnes; poco más de dos siglos habían bastado para hacerla, de horrenda, ridícula, y al poco tiempo imposible; jamás la razón hizo sentir su benéfica influencia, ni desarmó en menos tiempo tantas manos crueles, tantas iras implacables.

El error, que entra siempre más o menos en todo delito colectivo, sea como provocación en el que oprime o como impulso en el que se rebela; el error, factor común en todas las guerras, es factor preponderante en las religiosas; siempre acuden a la lucha las malas pasiones y feroces instintos, como gusanos a un cuerpo en descomposición; pero nunca es tan patente el extravío mental como cuando se despedazan los hombres en nombre de Dios.

El fanatismo religioso, aunque coincida con otros fanatismos en desenfrenar instintos que deben estar enfrenados, tiene su origen principalmente en el entendimiento, y esto

explica por qué puede desaparecer con relativa brevedad y ser tan terrible mientras existe, porque con la abnegación del santo tiene la furia del loco.

Delitos colectivos contra la organización civil. En estos delitos, más tal vez que en ningún otro, la razón suele estar de parte de los rebeldes, que sufren lo injusto y no se rebelan, y eso rara vez, sino contra lo inalterable; es decir, que el origen de este delito está en la organización, que ataca la justicia en sus bases más esenciales y en sus raíces más profundas.

Los delincuentes colectivos no han protestado en armas contra esta o la otra ley, y muchas parciales poco equitativas, sino contra la grande iniquidad general, que se llama servidumbre y esclavitud: hija desdichada de la guerra, no desmiente su origen, ni reniega de su madre; como ella, es rapaz, corrompida, cruel, sin equidad, sin pudor y sin entrañas.

En la furia del combate, en la embriaguez del triunfo, en el pánico de la derrota, se comprenden las demasías de la fuerza y los desfallecimientos de la debilidad; pero lo incomprensible es que por años y por siglos la Ley de los pueblos en paz sea la de los vencidos en el campo de batalla y de los habitantes de una ciudad tomada por asalto. Y lo ha sido, y hubo sabios que lo tuvieron por necesario, y juristas que lo reputaron justo, y soldados valientes, y caballeros con honor que no tuvieron por cobarde inhumana villanía ahogar en sangre las rebeliones de los esclavos y de los siervos; con ellos

estaba la razón, la justicia; no les bastó por espacio de muchos siglos en que fueron penados como delincuentes, no por culpables, sino por débiles.

De sus excesos, más bien que ellos, deben responder sus opresores. ¿Cómo el que hace esclavos tiene la pretensión absurda de que al rebelarse se conviertan en hombres?

La esclavitud y la servidumbre no sólo influyen, sino que caracterizan la organización económica, y, no obstante, la mencionamos aparte, porque, cuando se oprime a un vencido haciéndolo siervo o esclavo, lo más grave no es que se le remunere mal, es que se desconozca su personalidad con todas las terribles consecuencias que de este desconocimiento resultan.

Los elementos de delitos colectivos contra la organización política son: Poderes tiránicos o despóticos ejercidos con injusticia y gran daño del pueblo; Colectividades que no se dejan oprimir por estos poderes; Pueblos que entienden por soberanía el despotismo de las multitudes; Colectividades fuertes para la protesta, débiles para el triunfo, que la opinión no contiene antes de la rebeldía, ni sostiene después; Masas que se dejan manipular por minorías, ya vencedoras, ya vencidas, que alternativamente imperan sobre los vicios, las debilidades y la ignorancia que representan y explotan; Ejércitos que no tienen la disciplina moral de la opinión, y vuelven las armas contra los poderes que se las han dado; o varios de estos elementos combinados en mayor o menor proporción.

Cuando los delitos colectivos contra la organización política se repiten, es síntoma seguro de grave enfermedad en el cuerpo social.

Si el poder es injusto, la frecuencia e inutilidad de los ataques de que es objeto prueban cuán débil es el sentimiento de justicia.

Si el poder es justo y combatido repetidamente por la fuerza, no tiene raíces la idea del derecho.

Si los poderes, resultado de la rebelión, no tardan en ser derribados por otra, el pueblo tendrá los males de la guerra sin los beneficios de la reforma, y cambiará de personas y de nombres, dejando en el mismo estado las cosas: Con mucha propiedad se ha dado a estos movimientos el nombre de convulsiones políticas, porque, como las que sufren las personas, denotan irritabilidad y debilidad.

A medida que los pueblos se ilustran y moralizan, es decir, que espiritualmente se fortalecen, van desapareciendo estos síntomas de la debilidad, y la fuerza moral, no la material, es la que derriba los Gobiernos y modifica las leyes.

Así sucede en las naciones que marchan a la cabeza de la civilización, y aun en las muy rezagadas, como España, se nota el progreso. Los viejos recordamos que lo que se llamaba libertad no se creía garantizada sino armando al pueblo para que la defendiese;

la garantía era ilusoria, pero positivo el error de que ningún derecho podía ejercerse si no estaba sostenido con las armas por el pueblo que lo proclamaba. Hoy ni siquiera ocurre que los derechos políticos necesiten estar defendidos por la milicia nacional, y si se ejercen mal o no se ejercen no es porque la fuerza material les falte, es porque la ignorancia y la inmoralidad los anula.

También recordamos los viejos que para un simple cambio de Ministerio se hacía un pronunciamiento que, si no por lo profundo, por lo general, podía llamarse revolución. Se pronunciaban las poblaciones más insignificantes de los últimos rincones; se sustituían las autoridades legalmente establecidas con juntas revolucionarias; quedaban todos los empleados cesantes para sustituirlos con empleados nuevos, o con los que había echado a la calle la última reacción, y, lo que es peor, corría sangre. Un general empezaba el parte de un combate muy sangriento en estos términos: A la eléctrica voz de ¡viva Isabel! se rompió el fuego por ambas partes”⁴¹.

De manera que para sustituir unos ministros por otros que fuesen un poco más o un poco menos liberales se encendía la guerra; advirtiendo que de esa libertad que a tanta costa se quería aumentar sobraba mucha, porque no se sabía hacer uso de ella.

Hoy no se conciben esas apelaciones a la fuerza para derribar un Ministerio, sino, a lo más, para derribar un trono; muchos no las quieren ya ni para eso, y mañana no las querrá nadie ni se necesitarán para nada.

⁴¹ **Ibid.**

Los delitos colectivos cometidos por la fuerza pública, sólo por excepción pueden calificarse hoy de sublevaciones militares; porque si éstos se sublevan, no es a la manera de la guardia pretoriana o de los genízaros, sino con un fin político; muchos sublevados podrán entrar en las categorías de que hablaremos más adelante, como calculadores o inconscientes; pero otros son hombres de fe, convencidos, y todos de hecho invocan una idea y fraternizan con los que sostienen la causa inspirada por ella. Como los extranjeros no suelen estar muy enterados de las cosas de España, porque los militares toman parte en una revolución o sublevación la califican erradamente de militar.

Se ha visto, y se verá cada vez más, que los militares solos no pueden nada para cambiar la forma de Gobierno sublevándose, por mucho que sea su prestigio. Grande era y no hubiera pasado de cabecilla (como burlescamente dijo, sin sabor acaso que decía la verdad) si no toca el himno de Riego y da el manifiesto de Manzanares: todas las sublevaciones militares posteriores han tenido un fin político, y fracasado las que no fueron poderosamente sostenidas por el elemento civil.

De la intervención ilegal de la fuerza armada en la política puede decirse que, como la frecuencia de las revoluciones, es un mal síntoma, muy malo para un pueblo; en los más cultos y morales los soldados lo son de la patria, no de los partidos. No estamos a nivel de ellos, pero algo hemos progresado. No se tiene tanta fe en la libertad que sale de los cuarteles, y las inteligencias y las conciencias mejores se emplean en convencer ciudadanos y no en seducir soldados.

El estudio, aunque no sea muy detenido, de las vicisitudes políticas en los pueblos cultos pone de manifiesto que las luchas a mano armada para cambiar o modificar la forma de gobierno, o no existen ya, o son cada vez más raras, y es evidente que los delitos colectivos por causa política desaparecerán en todos los países que por su ignorancia, su inmoralidad o su apatía no estén predestinados a la anarquía y al despotismo: es de esperar que serán cada vez menos, y aun que llegará un día en que ninguno se halle en tan deplorables condiciones.

Delitos colectivos por causas económicas. Los elementos de estos delitos son:

Una organización económica defectuosa en alto grado, tanto para la producción como para la repartición de los productos del trabajo; poca inteligencia y moralidad en el consumo y empleo de los beneficios, de donde resultan riqueza excesiva, gran miseria y hábitos de indiferencia de los que gozan respecto a los que sufren;

Una colectividad compuesta en su mayoría de los que sufren, no se resigna y recurre a la violencia como el mejor medio o el único de alcanzar justicia;

Una organización económica bastante perfecta dada la imperfección humana, y una colectividad que llama a su deseo justicia y quiere realizarla recurriendo a la fuerza y prescindiendo de la posibilidad.

Las causas económicas aunque no tengan siempre la influencia preponderante que algunos suponen, es indudable que rara vez dejan de influir más o menos en las revoluciones y en las rebeliones; y si bien es cierto que no sólo de pan vive el hombre, y que las ideas y las creencias religiosas y las ambiciones han encendido la mayor parte de las guerras, también lo es que éstas habrían hallado menos elementos en pueblos que disfrutasen de un gran bienestar material y satisfechos de su condición económica.

Como este bienestar y esta satisfacción no ha existido nunca, las protestas con violencia aparecen al través de la historia con mayor o menor intensidad, con intervalos más o menos largos, en esta o la otra forma, pero siempre llevando en el fondo el mismo problema: mejorar la condición económica del mayor número. Pasan a veces años, y muchos, sin que los miserables se rebelen, al menos arbolando su bandera, pero al fin vuelven a desplegarla porque simboliza una causa que no se ha ganado ni perdido nunca; porque no hay triunfos decisivos ni derrotas definitivas cuando se combate por un progreso tan seguro como lento. Al día siguiente de saquear un palacio o una tahona o incendiar una fábrica, los rebeldes sometidos tienen hambre, y el problema aparece idéntico que antes del combate, y aparecería lo mismo si los vencidos hubieran quedado vencedores.

Los delitos colectivos por causas económicas no se consuman cuando éstas son más poderosas: la miseria, en su período álgido, hace víctimas no rebeldes; mientras los irlandeses se morían de hambre no había sublevaciones ni crímenes agrarios, como no los hay entre los rusos, que perecen extenuados en aquel grado de abatimiento que no

tiene ni las energías de la desesperación. Este hecho constante parece obedecer a una ley, pero es argumento inadmisibles en prueba de que se quejan sin razón los que hoy sufren mucho, porque otros sufrieron más y murieron sin quejarse.

La rebeldía contra lo que es o se cree una injusticia, consta principalmente de cuatro elementos: Idea de que por medio de la fuerza podrá realizarse el derecho; Mal que hace la injusticia; Sensibilidad de los que sufren este mal; Falta de resignación para continuar sufriendole.

Los que se creen sujetos, más que por razón, por fuerza, propenden a recurrir a ella y a creer que por su medio podrán lograr las ventajas que disfrutan los que la tienen. La fuerza que está en las cosas no suelen verla, y la de los hombres, que no inspira respeto, parece el único obstáculo, que, vencido, permitirá la realización de la justicia.

Los males no son, sino como se sienten. Lo que uno ve apenas conmovido o indiferente, es para otro causa de desesperación y le lleva al suicidio. Se dice que el pueblo es hoy menos miserable, tiene menos privaciones, lo cual no es tan fácil de probar como el que las siente más. Las aberraciones de la sensibilidad podrán ser más o menos insensatas, pero la ponen de manifiesto. Cierta manera de sentir y esa desesperación aguda que hace odiosa la vida, era no ha mucho como un doloroso privilegio de las personas cultas, de las clases acomodadas; hoy se suicidan los soldados, los sirvientes, los artesanos, todo el mundo que no pertenece al gran mundo. Cuando se suicidó el heredero del Emperador de Austria, un periódico decía que había acabado de una

manera cursi; frase que ante aquella tragedia nos pareció impía, pero que viene a comprobar lo que vamos diciendo.

Por este y por otros síntomas se pone de manifiesto que el pueblo tiene mayor sensibilidad que tenía, y, por consiguiente, con las mismas privaciones, y aun con menos, padece más.

Y la mayor resignación, ¿podrá templar el dolor más agudo? Todo lo contrario. Las entibiadas creencias religiosas; las ideas y las aspiraciones a la igualdad; el fermento colectivo de odios que, aislados, no se multiplicaban antes; el espectáculo o el relato de goces fabulosos, unos imposibles en otro tiempo, otros de que no tenían noticia los que estaban privados de lo necesario, y que hoy pueden saborear como una copa de hiel, todo hace la resignación más difícil que lo fue nunca.

La organización económica es injusta; el pueblo siente más las consecuencias de la injusticia, se resigna menos, y en algunos casos recurre a la fuerza para combatirla.

Decimos en algunos casos, porque son muy pocos; y asombra y consuela que tantos millones de hombres que sufren, y que con sólo levantar los brazos podían aniquilar a los que gozan, no los aniquilan, y que, en un día dado, millones de voces protesten, pero que las manos purificadas por el trabajo no se manchen con sangre.

Este es el gran prodigio del siglo XIX, más grande, mucho más, que los del vapor y de la electricidad.

Decimos prodigio para expresar la inmensa magnitud de un suceso que impresiona el ánimo y le conmueve profundamente, no en sentido de cosa sobrenatural o inexplicable.

Y ¿cómo se explica que sean casi siempre inofensivas esas multitudes, muchas veces doloridas o justamente irritadas? ¿Se componen de santos? No: formadas están por hombres buenos, malos y medianos. ¿Las contiene la fuerza pública? ¡Qué podrían los miles de soldados contra los millones de obreros! Y, además, los soldados, ¿qué son? Hijos del pueblo, y tan oprimidos y más oprimidos que él en muchos países. El orden material no se mantiene, ni por la virtud de los unos, ni por la fuerza de los otros, sino por Ley y necesidad social, comprendida por pocos pero sentida por los demás. La organización económica rodea al pueblo en una como red de injusticias, que contribuyen a formar los mismos que están envueltos en sus mallas; es de tal naturaleza que hiera a los que tratan de romperla con violencia por la complicación infinita de esta urdimbre social que se llama civilización moderna. La máquina es tan complicada, que si un tornillo falta produce trastornos que llegan a toda ella, y sufren daños explotadores y explotados. Los movimientos violentos para mejorar la vida material están contenidos por las necesidades apremiantes de esa misma vida, tienen un freno que podría llamarse automático; en la esfera económica, la revolución es imposible; lo que puede y debe hacerse, y no será poco, es activar la evolución.

Algo de esto van comprendiendo o sintiendo las muchedumbres; se habla menos de revolución y de liquidación social, y no son tan frecuentes las excitaciones al robo, al incendio y al asesinato, como medios de establecer la equitativa distribución de bienes. Compárese la Internacional de hace algunos años con las asociaciones de trabajadores de hoy, y se notará un gran progreso, menos propensión a recurrir a medios violentos y más sentido de la realidad.

Como es evidente, en Guatemala, los móviles principales para la comisión delictual redundan en la narcoactividad.

Tal motivación para delinquir no es propia de Guatemala, sino más bien algo a nivel continental en América.

Con base en ello, el sistema penal del país se ha organizado en torno a las principales figuras delictivas que sean consecuencia de tal situación. Por eso, el Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada, constituye una medida o política criminal del Estado, en contra de tales manifestaciones de criminalidad. Sin embargo, se hace necesaria una profunda revisión de las figuras contenidas en tal cuerpo de leyes, puesto que algunas de ellas como se ha visto en el presente estudio con respecto a la conspiración, son más una forma de participación intentada en el delito, que un delito en sí.

CONCLUSIONES

1. La conspiración es una fase inicial del delito, no un delito como tal. Concebirlo así, como lo regula el Artículo 3 del Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada, constituye una peligrosa forma de volver punible las fases iniciales del delito, por cuanto puede violentar principios y garantías constitucionales ya establecidas en Guatemala.
2. En la legislación penal guatemalteca la figura del delito colectivo no se encuentra regulada, con excepción de una de sus formas: las asociaciones ilícitas; sin embargo, la pareja criminal y la secta criminal no se encuentran reguladas. Razón por la cual, regularmente se termina analizando casos separados de un mismo hecho ilícito, por cuanto no existe una figura legal al respecto aún.
3. Las formas de participación intentada consisten en actos que incitan o excitan la realización de un hecho punible pero nada más, es decir que se desarrollan dichos actos para provocar a otra persona a su realización. Tal el caso de la conspiración, que se da cuando, dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. También la proposición, inducción y provocación.
4. La regulación de las instituciones penales de asociaciones ilícitas y la de la conspiración, reguladas ambas en el Código Penal y en la Ley Contra la Delincuencia Organizada Decreto 17-73 y 21-2006 del Congreso de la República

respectivamente, no se dio de forma que se respetara el tema del delito colectivo, del cual proviene y todos los avances dogmáticos de la doctrina al respecto.

5. El Código Penal guatemalteco, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, no contiene en forma adecuada la regulación de la autoría, porque la incluye en el apartado de participación, induciendo a error el concepto que de cómplice se ha de tener, y es esta la principal la razón para determinar la poco técnica concepción de una asociación ilícita.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar el Artículo 3 del Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada, para no volver punibles las fases iniciales del delito, porque de esta forma se esta violentando principios y garantías constitucionales ya establecidos en Guatemala.
2. El Congreso de la República de Guatemala, debe regular las figuras del delito colectivo como lo son: la pareja criminal y la secta criminal, al punto de corregir las lagunas existentes en las leyes Penales guatemaltecas, puesto que actualmente no se encuentran contenidas y esto contribuye a su no aplicación, y así no terminar analizando casos separados de un mismo hecho ilícito.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe definir legalmente así mismo, la conspiración, de forma que se distingan los principales elementos que la hace diferente a la autoría mediata. Como consecuencia de regularse en la parte de participación en el delito, la conspiración, se debe por tanto dejar sin efecto aquellas normas que actualmente establecen su regulación legal.
4. El Congreso de la República de Guatemala Debe establecer una regulación legal adecuada para las formas de participación intentada como lo son la conspiración, asociaciones ilícitas, la proposición y la provocación, de forma de respetar el

principio de accesoriedad limitada, distinta a la actual regulación, que propicie como debe hacerse correctamente, como participación en el delito.

5. El Estado de Guatemala como principal garante de la política criminal, debe legislar por medio del Congreso de la República, una reforma al Artículo 36 del Código Penal guatemalteco, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el sentido de contener una forma adecuada la regulación de la autoría, para determinar en forma técnica la concepción de una asociación ilícita.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAVILLA, I. **El delincuente**. Tratado de Psicología Criminal, Morando Nopa, 1949. Morando, Nopa, Italia, 1950.
- BACIGALUPO, Enrique, **Manual de derecho penal**. Bogotá Colombia, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, español**. Parte General, 3a. Edición, Editorial Aries, S.A. Barcelona, España.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario De Derecho usual**, Editorial Heliasta, S.R.L. 1979.
- CEREZO MIR, José. Significación social y tipificación en base a críticas de un nuevo derecho penal. Editorial Temas, Bogotá, 1980.
- CONDE PUMPIDO, Cándido. **Autoría y participación en el Código Penal vigente**, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**, Tomo IV. Parte General, Volumen Primero, Bosch Casa Editora, S.A. Barcelona, España. 1974.
- DEL ROSAL BLANCO, Bernardo. **La conspiración para cometer el delito**. Editorial San Remo, Madrid, España, 1986.
- GIMBERNAT, Enrique. **Autor y Cómplice en Derecho Penal**, Ed. Praxis, Guatemala, 1998.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio V. **Derecho penal**, Editorial Praxis, España, 1996.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. **Autor y cómplice en el derecho penal**, Editorial PPU, Bogotá, Colombia, 1984.
- GONZÁLEZ, María. **La Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**. Mirna Mack Fundación, Guatemala, 1999.
- JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. **Colección clásica del derecho**. Lectura de Derecho Penal. Editorial Harla, México DF, México, 1998.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Violencia Institucionalizada**, Ed. Universitaria, Guatemala, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho penal, parte general**, Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Editorial Heliasta, S.R.L. 1981.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **El dominio del hecho en la autoría**, Editorial ADP, Madrid, España, 1951.

RODRÍGUEZ DEVEZA, José María. **Derecho Penal Español**. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.

VÁSQUEZ RÍOS, Jorge Eduardo. **La defensa penal**, Rubizul Colino Editores, Barcelona, España, 1989.

ZAFFARONI E. Raúl. **Tratado de derecho penal**, Parte General, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89.

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

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