INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL

Garantías Penales con Relación a la Delincuencia Organizada

Lic. Hugo Roberto Saavedra

EMBAJADA DE ESPAÑA EN GUATEMALA

aecid
OFICINA TÉCNICA DE COOPERACIÓN

Módulos de Autoformación

Programa de Formación del Defensor Público

Módulo de Autoformación
Garantías Penales con Relación a
la Delincuencia Organizada

Autor
Lic. Hugo Roberto Saavedra

2ª. Edición, Guatemala, mayo 2013

M.A. Blanca Aída Stalling Dávila
Directora General IDPP

M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

UNIFOCADEP

Mediación Pedagógica	**UNIFOCADEP**
Tratamiento del Contenido	**M.A. Idonaldo Arevael Fuentes** **Coordinador UNIFOCADEP**
Tratamiento del Aprendizaje	**Docentes UNIFOCADEP** **Lic. Hugo Roberto Saavedra** **Lic. José Alfredo Aguilar Orellana** **Lic. Idonaldo Fuentes** **Lic. Hans Aarón Noriega Salazar**
Revisión y Corrección	**M.A. María Eugenia Sandoval**
Tratamiento de la Forma	**Diseñador Gráfico** **Luis Fernando Hurtarte**

INSTANCIA COORDINADORA DE LA MODERNIZACION DEL SECTOR JUSTICIA
SECRETARIA EJECUTIVA

EMBAJADA DE ESPAÑA EN GUATEMALA

aecid
OFICINA TECNICA DE COOPERACION

INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL

GARANTIAS PENALES CON RELACIÓN A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Autor y Actualización: Lic. Hugo Roberto Saavedra

Mediación Pedagógica: Lic. Erick Orozco Maldonado

PRESENTACIÓN

Me es grato entregar a los Defensores y Defensoras, este material inédito elaborado por nuestro personal docente de la Unidad de Formación y Capacitación del Instituto, cuya producción es consecuencia de los diferentes estudios no solo desde la óptica teórica, sino desde la praxis; allí radica el éxito del contenido de este trabajo que está hecho desde las vivencias del Defensor/a.

En el presente módulo, se abordan las garantías penales con relación al fenómeno de la criminalidad organizada, como un flagelo que afecta no solo a nuestro país, sino que es un problema transfronterizo y que requiere de la cooperación de los diferentes Estados para mitigar el crimen en red. La comunidad internacional reaccionó contra esa nueva modalidad de criminalidad, elaborando instrumentos internacionales para combatirla frontalmente, verbigracia la Convención de Palermo, de la cual Guatemala es parte signataria. Allí se insta a los Estados Parte a que implementen en su legislaciones nacionales los tipos penales de última generación y que adopten políticas criminales eficaces para reprimir el expansionismo de la red delincuencial.

Este escenario internacional de prevención y retribución a la criminalidad organizada también se refleja en nuestro medio nacional, lo que plantea la siguiente polémica: por una lado, el Estado invierte esfuerzos en garantizar la seguridad de la ciudadanía, para lo cual ha elaborando instrumentos jurídicos que permiten al Ministerio de Gobernación, a través de la Policía Nacional Civil y del Ministerio Público, operativizar la lucha contra este tipo de delincuencia no convencional, en tanto que a los Jueces los faculta para aplicar leyes penales especiales que contemplan determinados delitos con penas drásticas, y por la otra parte, encontramos la antítesis personificada en la figura del destacado Defensor y Defensora que permanentemente está haciendo valer los principios limitadores del Ius Puniendi, invocando el garantismo penal consagrado en nuestra Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, para eficientar aún más esa titánica labor, se requiere de materiales especializados como el presente, revestido de garantismo.

Categóricamente, puedo afirmar que este trabajo es un esfuerzo tesonero en investigación con rigor académico sobre el fenómeno de la red criminal, proponiéndose criterios para estructurar una estrategia de defensa eficaz dentro de la teoría del caso. Se destaca el aporte de cápsulas teóricas aplicables a casos concretos comentados por el autor, con la finalidad de ejemplificar la utilización de un léxico propio aplicable a la temática y se cuestionan también, tipos delictivos contenidos en las leyes penales especiales mediante una hermenéutica garante de los derechos humanos individuales.

Finalmente, felicito a ustedes, Defensores y Defensoras, por esa mística demostrada en sus mesas de trabajo, revelando su vocación de servicio en pro de los grupos vulnerables que constituyen nuestra razón de ser, lo cual los convierte en agentes de cambio con temas de vanguardia dentro del sector justicia, tal como se aborda el tópico de las Garantías penales con relación al crimen organizado.

M.A. Blanca Aída Stalling
Directora del Instituto de la Defensa Pública Penal

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL MINIMALISMO

No cabe duda de que la temática que se aborda, para algunos Defensores/as, ya está agotada, y en demasía, por lo que no existe nada nuevo que decir cómo han afirmado en ciertos espacios académicos. Esta aseveración, está alejada de la realidad, pues todo caso concreto en materia penal tiene sus aristas propias y por lo tanto, obligan al Defensor/a a renovar constantemente sus conocimientos doctrinales, legales y jurisprudenciales. Lo que funcionó en un caso puede que no funcione en otro análogo.

"Ya en el siglo IV antes de Cristo, Heráclito de Éfeso afirmaba que todo cambia y nada permanece inmutable, que el universo es un continuo devenir, que nadie se baña dos veces en el mismo río. Si el río es una corriente de agua, el agua del río siempre es distinta."[1]

Este pensamiento es aplicable a la actividad intelectiva de los Defensores/as, al afirmarse que no pueden existir dos casos "idénticos", pues cada hecho punible tiene sus particularidades y es multidimensional; por ejemplo, si se analiza bajo la perspectiva de género o la pertinencia cultural, por lo tanto, afirmar que ya nada nuevo se aprenderá, es una postura antidialéctica.

Si trasladamos ciertas deliberaciones teóricas de los académicos en materia penal, al plano operativo del Fiscal y del Defensor, podemos afirmar al amparo de la categoría dialéctica de la unidad y la lucha de contrarios, que por una parte, el órgano de persecución penal tiene por finalidad probar la tesis oficial de la imputación (Artículo 12 del Instructivo 02-2005 del MP) y por la otra, la antítesis del Defensor/a, que se traduce en exculparlo, del o de los delitos de ser posible, generándose un rico debate teórico-práctico en torno a la inocencia o culpabilidad del imputado/a, pero el factor común ideal de ambas posturas es el irrestricto cumplimiento de las garantías constitucionales por todos los operadores de justicia involucrados en cada caso concreto.

El tema del no respeto a las garantías fundamentales que debe gozar todo imputado, es lo que se le cuestiona al denominado Derecho Penal del enemigo, término acuñado por el alemán Günther Jakobs, que en principio nace como una reacción del Estado ante el fenómeno del terrorismo y que hoy en día se ha extendido a otros ámbitos que no estaban previstos en la configuración inicial de esta doctrina y que interesa comentar como penalista, pues conlleva una nueva política criminal de combatir al crimen organizado transnacional que se ocupa del narcotráfico, la trata de personas, el lavado de dinero, la pornografía infantil, etc.

Como referente histórico, desde el 11 de septiembre del año 2001, con los atentados perpetrados en contra del World Trade Center, en Nueva York, Estados Unidos de América, por el grupo terrorista Alqaeda, sumado los atentados en España por el grupo Euskadi ta Askatasuna, más conocido como ETA (en castellano, País Vasco y

[1] www.Heráclito de Efeso. La filosofía en el bachillerato.com

Libertad) y los ataques en Londres, Inglaterra, del 17 de octubre del año 2006 al transporte público, generan una nueva doctrina acuñada por el alemán Jakobs: El Derecho Penal del enemigo.

Entrevistado por Sebastián Dozo Moreno,[2] Jakobs define el Derecho Penal del enemigo como: "Un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sanciona la peligrosidad del sujeto y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas".

En el Derecho Penal del enemigo no rigen garantías, so pretexto de proteger a la sociedad del terrorismo, o bien del crimen organizado transnacional. Para este autor, existen las personas con derechos, y los enemigos, sin ellos.

Se trae a colación esta nueva tendencia (Jakobs) que flota en el pensamiento de los ciudadanos honrados y trabajadores que conforman la base societaria de los Estados que afrontan escaladas de violencia e inseguridad en diferentes niveles, pero al fin y al cabo es violencia y reclaman seguridad ante el clima de inseguridad en que se encuentran, y Guatemala no es la excepción, por ello está dispuesto a tolerar que ciertos derechos fundamentales sean conculcados por los aparatos de seguridad del Estado, en protección de la sociedad; pero lo interesante es que los derechos fundamentales del enemigo son los vulnerados y no de aquel ciudadano que reclama protección.

Lo afirmado anteriormente tiene relación con lo que se conoce en la doctrina como el derecho penal de dos velocidades. El profesor Manuel Cancio Meliá nos expone con relación a ese derecho que: "Uno que debe actuar pronto con eficacia, sin respetar las garantías constitucionales, neutralizando al delincuente pues es considerado un enemigo, en tanto que existe el otro derecho penal garantista para los ciudadanos no enemigos"[3]

Continuando con Jakobs, citado por el profesor Cancio Meliá, nos indica que: "El Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro) en lugar de ser retrospectivo (el punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas"

[2] Dozo Moreno, Sebastián."Entrevista a Günther Jakobs, Especialista en teoría del Derecho: El enemigo tiene menos derechos.

[3] Cancio Meliá, Manuel. Derecho Penal del enemigo, Pág. 18

Por su parte, Carlos Julio Lascaso, citando a Ramón Ragues, expone que "(...) en los últimos años el Derecho Penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En la actualidad, el Derecho Penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho Penal. Se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito"[4]

Ese fenómeno es conocido también como el maximalismo penal, que se traduce a un expansionismo del derecho penal que ha ingresado a espacios que antes no trastocaba.

Por ejemplo, la cadena de televisión CNN recientemente, difundió la noticia de que en Londres existía malestar por un sector de la población de aquella ciudad por haberse instalado cámaras infrarrojas con rayos "X" en la vía pública para detectar en los peatones la portación de armas sofisticadas, utilizadas por presuntos terroristas para poder neutralizarlos; sin embargo, esas cámaras de seguridad vulneran el derecho de intimidad, pues dejan a la luz, más que la ropa interior del Londinense/a.

Ese expansionismo del Derecho Penal no es más que una inflación penal, como lo indica Leonardo Shonfeld[5]

"(...) pues el mismo es llamado por sectores del poder político para resolver cualquier conflicto penal, principalmente al combate del crimen organizado transnacional que financia al terrorismo, narcotráfico, trata de personas, de armas, etc."

Prácticamente, es una nueva visión político criminal por parte de los Estados para enfrentar el fenómeno de la criminalidad no convencional.[6]

En la Convención de Palermo, se insta a los Estados partes a tipificar en sus legislaciones determinados delitos, considerados graves, fomentando el expansionismo del Derecho Penal, para enfrentar aquella criminalidad transfronteriza.

4 Lascano, Carlos Julio, Pág. 162

5 Shonfeld, Leonardo.Artículo: El Derecho Penal como política demagógica y sus límites.

6 Los delitos no convencionales, son nuevas figuras delictivas que se apartan de las tradicionales: robo, hurto, etc. Estos tipos penales nacen como producto de la evolución del crimen organizado transnacional, generando diferentes esferas de protección a bienes jurídicos muy particulares, que requieren de esa tutela ante las nuevas modalidades de criminalidad transfronteriza.

Por ello se puede afirmar que no estamos en presencia de un minimalismo Ferrajoliano sino que ante un maximalismo penal, llamado a resolver mediante un sin número de tipos penales, otras esferas que antes no se penalizaban, generándose una inflación que se agrava al utilizar tipicidades abiertas, cuyos verbos rectores son eminentemente discrecionales, cuyas previsiones permiten al Juzgador una interpretación subjetivista, verbigracia, es que en algunos tipos se utilizan recurrentemente fórmulas como "o con cualquier otro propósito similar" " o cualquier otro interés", es un renacer de los tipos penales abiertos en pleno siglo XXI.

Estos delitos no convencionales, tienen sus propias características pues el bien jurídico tutelado es de carácter difuso, al no lesionar un bien jurídico de una persona determinada sino que es la sociedad la perjudicada, además son llamados delitos de doble piso. Un primer nivel está constituido por la denominada conspiración, que es un eje en estos delitos, que presupone la existencia de un grupo organizado que planifica, delibera y organiza el iter criminis, está es la conspiración o concertación, que refiere el delito de conspiración de la Ley contra el crimen organizado, en su artículo 3. Ilustrativo es lo definido en el Reglamento para la aplicación de método especial de investigaciones de operaciones encubiertas, Acuerdo gubernativo 189-2007, en su artículo 32, literal b) "Que exista concertación. Por concertación se entenderá el acuerdo de voluntades de cada uno de los miembros, para: i) Pertenecer o colaborar con el grupo delictivo y/o; ii) Para cometer alguno de los hechos delictivos estipulados en la Ley contra la delincuencia Organizada; III) Ocultar personas o el producto del ilícito o favorecer la impunidad de los miembros de la organización". Una vez superado este nivel, se asciende al segundo, que consiste en la comisión del delito propiamente dicho, como lo es el lavado de dinero, trata de personas, tráfico de órganos, por mencionar algunos.

Está inflación penal de delitos de doble piso, traen aparejada la prohibición de otorgar la libertad de los incoados con lo cual se privilegia la prisión como regla general y la libertad como excepción. El Juzgador ya no hace uso de su raciocinio para fundamentar la prisión preventiva, pues el legislador incluyó la prohibición expresa de otorgar la libertad, invadiendo la esfera del razonamiento judicial.

Esto conduce al dilema de la efectividad versus el garantismo en Derecho Penal, por parte del Estado, que se inclina por la efectividad de sus aparatos de seguridad e inteligencia, al utilizar como estandarte la seguridad ciudadana para arremeter contra la criminalidad transfronteriza en aras de proteger a la sociedad de este flagelo, sin respeto a las garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, a favor de los supuestos miembros del crimen organizado.

El agravante es que ese expansionismo del Derecho Penal se asocio a la temeraria doctrina del Derecho Penal del enemigo, que retoma la vieja tesis del delincuente peligroso, al que se debe inocuizar por ser un enemigo de la sociedad y por ello no le asiste ninguna garantía del debido proceso, prácticamente no tiene la calidad de ciudadano, esto explica que los delitos de doble piso contemplen penas drásticas y desproporcionadas.

Por ello la teoría del etiquetamiento se redefinió a estigmatizar al procesado como parte del crimen transnacional, sin ningún fundamento criminalístico. El sujeto activo no es delincuente por si mismo sino es producto de la interpretación del que está etiquetando, lo sobresaliente es que el actor etiquetador no es cualquier persona, se trata del sistema penal el encargado de construir el definiens en tanto que el etiquetado es el definiendum o definido, por ello es el sistema penal el que reacciona desde la norma jurídica en abstracto (criminalización primaria) y desde lo fáctico opera la selectividad por la policía, fiscales y jueces (criminalización secundaria) que conforman verdaderas instancias de control social.

Frente a estas dos tesis del maximalismo y el minimalismo, la ciudadanía se inclina a favor de aquel Derecho penal del enemigo e inflación penal para controlar la criminalidad y ante todo "al peligroso social" debidamente etiquetado, que a toda luces es inconstitucional y atentatorio a los derechos humanos individuales de la persona.

La consecuencia de esa inflación penal es que el Estado utiliza al Derecho penal como prima ratio en el control social formal, promulgando una infinidad de tipos penales, que parafraseando al profesor Zaffaroni los mismos clonan diferentes conductas que con anterioridad estaban penalizadas, un ejemplo es el delito de homicidio y el de femicidio. Ese exceso de control reduce el radio de acción de las libertades públicas, por lo que se está experimentando el ingreso de ese Derecho en ámbitos que con anterioridad no trastocaba.

2. LA NEOCODIFICACIÓN PENAL

Desde el aula universitaria se habló por primera vez a los estudiantes de Derecho, sobre el movimiento codificador de las leyes, iniciado desde la época romana y de la trascendencia del término código, además se enseñó su génesis histórica, la que se aborda brevemente.

El antecedente próximo al término código fue el de la palabra "codex", del latín códice, que es un madero rectangular en el cual se escribían ideas generales, a manera de compilación. Posteriormente producto de las decisiones imperiales adoptadas en Roma, el referido término asume tibiamente connotaciones jurídicas, pero no estamos a presencia de una codificación strictu sensu.

El movimiento codificador tiene como antecedente la época romanista al aparecer el Código de Justiniano que marcó la tendencia a la codificación, hasta que en el medio evo sufre un declive, pues la única materia objeto de codificación, fue la religiosa, es decir el Derecho Canónico era el imperante. Transcurren algunos siglos para poder hablar del renacer de este movimiento, hasta llegar a otro código célebre cuya influencia irradió a diferentes países de Europa y América Latina como lo fueron los Códigos de Napoleón, de l804 en materia civil y en 1810 en el ámbito penal, desencadenándose nuevamente el movimiento codificador en toda Europa, como panacea de los diferentes conflictos del recién Estado - Nación.

Esa codificación se justificó por el hecho de la dispersión de leyes existentes en Francia, que afectaban el poder central y le debilitaban, pues en el lado norte operaban las costumbres germánicas en tanto que en el sur se aplicaba el Derecho Romano a través del denominado Iuris Corpus Civiles, además la ilustración producto de la revolución francesa debía arrasar con legislaciones arcaicas y actualizarlas tal como lo reclamaba la coyuntura económica y mercantilista, de ese momento histórico. "La iniciativa de realizar la Codificación, además, corresponde por igual a unos y otros grupos ideológicos: lo que les diferencia es solo el carácter final del Código, que está condicionado en uno y otro caso, a la regulación sustantiva de algunas instituciones que no pueden estar aisladas de unas connotaciones ideológicas o de ciertas creencias. Liberales, moderados y progresistas, persiguen por igual la unificación del Derecho Civil que ponga fin al desorden y a la confusión".[7] La ilustración es un movimiento ideológico de la burguesía frente a la monarquía europea, que finalizó con la revolución francesa, por ello tanto el código civil como el penal Napoleónico reflejaron intereses de la clase dominante, como ocurre hoy en día con nuestros códigos y en particular con el Código Penal, pero la necesidad de certeza jurídica ante la inflación de leyes dispersas obligó a recurrir a esta técnica legislativa.

Esta época liberal le apostó a la razón humana como rectora del qué hacer del hombre, fue una filosofía antropocéntrica que se irradió considerando al hombre como el centro del universo, con una postura eminentemente individualista, por tal razón "esta necesidad de seguridad jurídica se traduce concretamente en la búsqueda de racionalizar el Derecho, cuya forma más elaborada es la codificación"[8] Este movimiento codificador es estandarte en la búsqueda de la certeza jurídica que requería la autoridad para el ejercicio del Ius Imperium y así consolidar el control social sobre la sociedad con el fin de evitar la anarquía y una eventual anomia.

El tiempo transcurrió y el fenómeno de la codificación ganó su propio espacio y reconocimiento por parte de la comunidad de penalistas, partidarios de la filosofía política liberal. "Lo que se busca es la liberación de las leyes despóticas y de la creencia en que su sola proliferación, como pensara Hegel, haría al individuo más libre. Esa liberación exigiría la protección legal de los derechos, las libertades y garantías liberales y la institucionalización del modelo democrático liberal. El proyecto codificador arranca en esta segunda etapa de la teoría de la legislación, prometiendo al ideario racionalista el instrumento jurídico positivo que dotase del más alto rango de racionalidad formal a la razón material ilustrada."[9]

En este orden de ideas y fuera del tema histórico, hablar de código significa aglutinar un conjunto de normas jurídicas, creadas por parte el organismo competente,

[7] Baró Pazos, Juan. La Codificación del Derecho Civil español, Universidad de Cantabria, Gráficas Calima, S. A. España, 1993. Página 102
[8] Cabrillaac, Rémy. Las Codificaciones, Flandes Indiano, colección Derecho francés contemporáneo, Editorial Flandes Indiano, Lta. Francia, 2002. Página 76
[9] Suárez Llanos, M. Leonor. El sueño de la codificación y el despertar del Derecho, Universidad de Oviedo. Artículo electrónico, Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006. Página 5

ya sea congreso o parlamento, que pasan a formar un cuerpo unitario, sistemático y coherente, diseñado para homogenizar y regular alguna materia en especial o institución jurídica, con una alta carga académica, brindando certeza jurídica. Por ejemplo, el código penal al crearse fue dividido en dos partes: una general y otra especial. En el apartado general se plasman una serie de principios, teorías y criterios valorativos en tanto que en la parte especial se caracteriza por contener un catalogo de delitos, sin embargo ambas secciones se interrelacionan a través de la dogmática penal y teoría del delito.

Es un hecho que toda sociedad evoluciona, y lo que fue novedad en una época ya no lo es en otra por la misma dialéctica social que afronta nuevas conflictividades y el movimiento codificador no es la excepción, que ya no responden a la actual realidad, como sucede con el código penal vigente, quedando desfasado ante el nuevo fenómeno criminal que es más veloz y que lo convierte en un corpus sustantivo desactualizado, por ello se justifican cambios, mediante leyes penales especiales, para adaptarlo a esas nuevas dinámicas de la denominada criminalidad organizada, tipificándose allí los denominados delitos de última generación o delitos no convencionales, tales como trata de personas, lavado de dinero, tráfico de órganos, etc.

Por esta razón se justifica, hoy en día, la tendencia a la inflación penal, que es crear un sin número de delitos en leyes penales especiales, cuya falencia es el no haber utilizado datos de la realidad en su configuración, es decir, no se realizan estudios previos cualitativos y cuantitativos como aportes de la Criminología[10] que nutre de insumos fácticos al legislador, entonces estamos ante un desbordamiento de delitos que configuran el denominado Derecho penal simbólico mediante el cual se trata de tranquilizar a la sociedad en un aparente clima de confianza, dando la impresión de ser efectivos mediante estrategias mediáticas, que sobredimensionan el éxito de esa política criminal estatal, pero en realidad es una mera impresión, esa es la teleología del Derecho penal simbólico, brindar calma social sin dejar de ser selectivo y altamente punitivo.

"Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como "otros" no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escala, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo."[11]

10 "Cabe definir la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la personalidad del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente" Pablos de Molina, Antonio García. Criminología, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1996. Página 19.

11 Cuerda Riezu. La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2006. Página 87

En este orden de ideas, ese expansionismo del Derecho penal simbólico da origen al movimiento del Derecho Penal del enemigo que invoca cero tolerancia ante el crimen organizado transnacional.

Guatemala no se quedó atrás con esta nueva modalidad de enfrentar el crimen organizado, al promulgar infinidad de leyes penales especiales, las cuales contienen notas distintivas del Derecho penal simbólico expansivo, y por ende del enemigo, poniendo en evidencia la crisis del código penal. "Un indicio del envejecimiento de la codificación según la fórmula consagrada, reside ciertamente en la multiplicación de nuevos textos que rigen una materia al margen de la estructura del código. Esta constatación ha llegado a ser hoy, banal: los códigos ya no están en el corazón del sistema jurídico que deberían regir, y se han desintegrado a causa del aumento de leyes especiales"[12]

El Defensor o Defensora pública debe estar consciente que está frente al movimiento de la descodificación que ya permeó el código penal guatemalteco, que ya no responde a nuestra realidad criminógena por la propia dialéctica social, política y globalización económica que están produciendo nuevas modalidades de criminalidad organizada, que se reinventa constantemente, por ello los Estados generan a una alta velocidad este cúmulo de leyes especiales, algunas totalmente improvisadas, sin importar que trastocan y desdibujan los principios clásicos del Derecho penal liberal[13] , por lo que estamos ante un categórico retroceso a la época monárquica de la dispersión incoherente de leyes, incomprensibles a la sana lógica jurídica, tremendamente discrecionales y arbitrarias, cuya onda expansiva asistémica es innegable.

Esa descodificación, también se caracteriza por que algunas de esas leyes penales especiales (por no decir todas) no tienen sustrato doctrinal y debate académico, lo que interesa es su eficacia y velocidad para neutralizar la criminalidad en red, por ello los datos de la praxis tienen mayor peso que el rigor científico, presentándose un divorcio entre teoría y práctica, eso convierte a las referidas leyes en asistemáticas, altamente reclamadas por los diversos actores sociales, políticos o económicos que ejercen todo tipo de presión sobre el legislador para frenar la violencia mediante leyes de cero tolerancia al crimen organizado o delincuencia común, por ello ya no interesa un corpus iuris sistemático, con rigor académico, lo que importa es su eficacia.

Ejemplos abundan en nuestra legislación guatemalteca, de leyes y tipos penales asistemáticos, a saber:

- El artículo 27 de la Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, prescribe que: "Se derogan todas las disposiciones legales o reglamentarias que se opongan o contravengan las normas contenidas en la presente ley". En este orden de ideas el Juzgador podrá olvidarse de la máxima favor libertatis, contenida en el artículo 259, último párrafo, del

12 Cabrillac, Rémy. Las Códificaciones Editorial Flandes Indiano, Ltda,, Traducción de obras francesas contemporáneas, Chile, 2002. Página 131

13 Este Derecho penal liberal, originado de la revolución francesa, se caracteriza por su garantismo y propone una serie de límites al ius puniendi del Estado, en respeto a la vida, dignidad e integridad de la persona por su condición de humana o humano, por ello se han construido los principios de legalidad, de taxatividad, prohibición de la analogía, presunción de inocencia, etc.

Código Procesal Penal o el indubio pro reo, contenido en el artículo 14 del mismo cuerpo legal.

- Continuando con el tema asistemático, se cuestiona si el delito de asociación ilícita, contenido en la Ley contra la delincuencia organizada es inconstitucional, pues el mismo penaliza el solo hecho de formar parte o integrar un grupo del crimen organizado (la membresía criminal) y no se está criminalizando las acciones u omisiones que deben modificar el mundo exterior, por lo tanto contradice el Derecho penal de acto.

- La tan cuestionada figura del colaborador eficaz, dentro del Derecho penal premial, contenido en la Ley contra el crimen organizado y ley del fortalecimiento de la persecución penal.

- En la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, en el artículo 45, que reforma el artículo 197 del código penal, se faculta al juez ha realizar declaraciones en materia de filiación y fijación de alimentos a solicitud de la víctima.

"Así las cosas, la crítica postmoderna objeta a la codificación: 1) el permanente cambio de la estructura social estatal y extra- estatal- alimentados incesantemente por la economía y tecnología que mina su relación con el ámbito jurídico y la ilusión social de la integración del desorden en el orden; 2) el debilitamiento jurídico de las fronteras racionales; 3) el enfrentamiento de la codificación formal a la codificación constitucional material y principios. Por todo ello, ha llegado ya el momento de dar fe de la caída del modelo codificador, pues la dinámica y cambiante realidad político- social ya no se deja someter a quijotescas empresas de enclaustramiento en las rígidas fórmulas generales codificadoras ajenas a las posibilidades de ajusticiamiento constitucional y judicial"[14] Para aumentar la crisis de la codificación, se suma la influencia del Derecho supranacional con sus Tratados internacionales que orientan a los Estados a crear determinadas leyes o delitos en contra de la delincuencia organizada, acelerando la descodificación penal.

El o la Defensora pública penal está, entonces, a presencia de la neocodificación que es consecuencia del expansionismo o inflación del Derecho penal, corporificado mediante un gran número de leyes penales especiales, renunciándose a la figura decimonónica de "código" que contiene fórmulas cerradas y formalistas que no gozan de adaptabilidad espontánea a la dinámica societaria, política y económica y sus evolutivos conflictos, que en el día a día hacen anacrónico dicho corpus, por esa razón se hace necesario contar con leyes penales especiales flexibles y sobre todo eficaces, que permitan repensarlas y reelaborarlas con rapidez conforme las exigencias del fenómeno criminal, al amparo de una la política criminal altamente retributiva, por ende hablar de la neocodificación es referirse a la gran cantidad de leyes que superan al propio código penal.

[14] Suárez Llanos, M. Leonor. Ob. Cit. Página 229

Otra característica que conforman el neocódigo es que algunas de sus leyes gozan de una deslegalización por su fuente de origen al no ser creadas por el organismo legislativo sino que son producto de otros organismos del Estado, tal el caso de los acuerdos gubernativos 187, 188 y 189, todos del año 2007, del Organismo Ejecutivo, que contienen los reglamentos de entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas y operaciones encubiertas, que son métodos especiales de investigación propios de la Ley contra la delincuencia organizada. "Es más no se ha producido hasta ahora debate sobre la constitucionalidad de la institución. La coincidencia doctrinal inicial, y sobre todo las concretas características de la deslegalización en nuestro país, han evitado un debate en profundidad sobre los límites constitucionales de la deslegalización"[15]

Este fenómeno de la deslegalización se aprecia con toda claridad con el cúmulo de instructivos del MP o de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, inclusive el Protocolo de la Ley contra el Femicidio.

3 CRIMEN ORGANIZADO EN LA CONVENCIÓN DE PALERMO

Ese movimiento en contra de la delincuencia organizada transnacional provocó la génesis del Tratado de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el año 2000, y que nos brinda en su artículo 2, la siguiente definición:

"Para los fines de la presente Convención:

15 Roig, Antonio. La deslegalización, Orígenes y límites constitucionales, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003. Página 179

Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; "

Existen determinados elementos mencionados por la doctrina que configuran qué se debe entender (y probar en su oportunidad) por Crimen organizado:

- Grupo estructurado
- Jerarquizado
- Comisión de delitos graves no convencionales
- Tienen su propio organigrama
- Se auto renuevan
- Tienen un código de conducta entre sus miembros
- Operan en determinado tiempo
- Empleo de medios sofisticados
- Desplazamiento rápido a nivel nacional e internacional
- Utilización de delincuentes especializados

Además, dicha Convención penaliza el blanqueo de capitales o de dinero, la corrupción, la obstrucción de la justicia, por decir algunos delitos, pero lo más importante es que habilita ciertas técnicas especiales de investigación, con el objeto de combatir eficazmente a la delincuencia organizada transnacional, a saber:

- Entregas encubiertas
- Operaciones encubiertas
- Vigilancias electrónicas
- Otras técnicas especiales de investigación (Es el asidero legal de las escuchas telefónicas)

Guatemala cuenta entre sus leyes con el Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley Contra la Delincuencia Organizada y sus reglamentos. Además, el Decreto número 67-2001, también del Congreso, que contiene la Ley Contra el Lavado de Dinero, y la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto número 48-92.

El guatemalteco/a común reclama seguridad y justicia a toda costa; no le interesan los formalismos, quiere la aplicación del castigo y repudia toda libertad del aparente culpable. Es temerario decir que para el ciudadano/a, el marero (miembro de la pandilla juvenil) es un enemigo, un antisocial que debe separarse del cuerpo social, por no decir que debe aniquilarse, que es una postura extremista, pero real. Basta leer, escuchar o ver las noticias sobre linchamientos que hacen las comunidades y que toman la justicia por su propia mano en contra de la delincuencia común, particularmente en contra de los pandilleros.

Más adelante, se procederá al análisis de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, y sus acuerdos relacionados con las escuchas telefónicas, entregas vigiladas y agentes encubiertos, métodos de investigación impulsados desde la Convención de Palermo para enfrentar al "enemigo", cuya utilización en las investigaciones de ciertos casos podría irrespetar las garantías constitucionales de los investigados, o producir prueba ilegítima en busca de una eventual condena drástica, que es la filosofía de Günther Jakobs con su obra doctrinaria El Derecho Penal del enemigo, que se inclina por la protección del Estado y la Sociedad.

Contraria a esa tesis, se encuentra la del minimalismo, defendida por Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta o Winfried Hassemer, titular de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Frankfurt, Alemania, entre algunos académicos que apuestan a que el Derecho Penal debe ser garantista y de última ratio.

Es minimalista el Derecho Penal pues el intervencionismo de este derecho debe ser mínimo, solo para determinados hechos penalmente relevantes, teniendo como presupuesto el fracaso del subsidiarismo, pero la conditio sine qua non es respetar todas y cada una de las garantías constitucionales y procesales del o los imputados/as.

Francisco Muñoz Conde, al referirse a los principios limitadores del poder punitivo del Estado, aborda entre otros principios el de la intervención mínima, y expone que "El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto, quiero decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho"[16]

Lo que Muñoz Conde, explica aquí es el denominado principio fragmentario del Derecho Penal.

Por su parte, el Doctor Arranz Castillero, en las monografías del curso de Filosofía Penal, de la Maestría en Criminología, expone que "El abolicionismo, el reduccionismo y el Derecho Penal mínimo, son parte de una criminología crítica en sentido amplio".[17]

No se tiene ninguna duda en situar al Defensor/a Público/a Penal en la tendencia minimalista, pues frente al Juzgador y/o Fiscal, es tema recurrente el irrestricto cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales penales en el trámite del proceso penal.

En el III Encuentro Internacional de la Escuela de Verano de la Habana, Cuba, y el VII Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, efectuado en julio del 2007, concluyó la Doctora Mayda Goite Pierre con la afirmación de que es difícil conciliar el derecho penal del enemigo con el minimalismo, pues la población en general reclama justicia retributiva con drásticas penas, en tanto que el sector opuesto

[16] Muñoz Conde, Francisco, Pág. 67

[17] Arraz Castillero, Julio, Pág. 3

se preocupa más por un positivismo jurídico plagado de garantismo, que es el Derecho Penal minimalista.

El tema del clima de inseguridad en Guatemala, que es lamentable, provocó el pronunciamiento del Procurador de los Derechos Humanos, del Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala y del Arzobispo Metropolitano, en relación con la aprobación de la Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala – CICIG-, publicado con fecha 6 de agosto del año 2009 en los diferentes diarios del país y que dedica líneas que son elocuentes, en cuanto al tema que nos ocupa, exponiéndose:

"Que es preocupante el crecimiento de las actividades del crimen organizado, los cuerpos ilegales y los aparatos clandestinos de seguridad, que ejercen una presión permanente en contra de los poderes del Estado, principalmente de aquellas instituciones políticas encargadas de garantizar el derecho a la seguridad y a la justicia".[18]

Desde la óptica del ciudadano/a, de la víctima o de sus parientes, no interesa el garantismo, sino la condena. No interesan los medios utilizados para lograrla, ya sea por escuchas telefónicas o agentes encubiertos; el sentir es generalizado y nos obliga a reflexionar, ¿estamos frente al Derecho Penal del enemigo?

Como ejemplo, algunos Juzgadores tipifican delitos de la ley contra la delincuencia organizada, luego de escuchar la primera declaración del detenido, sin probanza por parte del Fiscal que el aprehendido pertenece, efectivamente, a una estructura organizada delincuencial, arremetiendo contra el principio de legalidad. Se requiere de una investigación previa, debió existir previamente la denominada conspiración para poder hablar con propiedad de "crimen organizado". Lo que debe quedar claro es que en los diferentes delitos cometidos por esa criminalidad no son flagrantes, los mismos requieren de conformidad con el artículo 17 "…la investigación también deberá extenderse al descubrimiento de las estructuras, formas de operación y ámbitos de actuación de los grupos delictivos organizados"

ANÁLISIS DE CASO:

El 12 de enero del 2013 es detenido XXX, en flagrancia producto de un operativo policial en esta ciudad capital, pues el señor YYY, piloto de autobús, denunció previamente que era objeto de exacciones intimidatorias por parte de XXX que le pedía cada semana determinada cantidad de dinero. El Juez dicta prisión tipificando el delito de exacciones intimidatorias (artículo 10 de la Ley contra la Delincuencia organizada), cuyo verbo rector exige que el sujeto activo esté dentro de la delincuencia organizada, además se le imputó la asociación ilícita.

[18] Publicación Presa Libre,6 de agosto 2007, Pág. 31

En la resolución judicial no explica el Juzgador cómo se estableció que el detenido pertenece al crimen organizado y se limita únicamente a indicar:

> "CONSIDERANDO: Fue por ello que los agentes de la Policía Nacional Civil se presentaron en el lugar y les fue indicado que la persona que exigía el dinero a los pilotos de los autobuses se encontraba en el lugar, siendo usted la persona que recibía el dinero de parte de los pilotos de buses y cuando se percató de la presencia policial se intentó dar a la fuga sin tener éxito. En ese momento le fue incautado un billete, un teléfono celular y unos anteojos.
>
> CONSIDERANDO: Que el juzgador luego de hacer el análisis de las presentes actuaciones y de lo manifestado por las partes en la audiencia de primera declaración, considera procedente ligar al proceso al sindicado XXX, toda vez que existen motivos racionales suficientes para creer que el mismo pudo haber cometido el delito que se le sindica ya que los elementos aportados al proceso así lo indican."

Para probar el modus operandi de esa organización delictiva, se debió desarrollar una línea de investigación previa, por parte del Fiscal, mediante un agente encubierto, escuchas telefónicas, testigos, por ejemplo, para arribar a esa conclusión, por lo que es ilógico que tan solo la detención por la supuesta flagrancia de una persona, sea suficiente para descifrar que existe crimen organizado, sin investigación previa, ¿en qué momento se deliberó, se organizó o planificó? Inclusive, la flagrancia no opera tal como se ha indicado, pues la conspiración es el primer nivel y la comisión del delito propiamente dicho es el segundo nivel.

Otra cuestión es que actualmente el MP investiga los delitos no convencionales o de última generación con métodos tradicionales que son propios de los delitos convencionales o tradicionales: robo, hurto y lesiones, sin utilizar los métodos especiales de investigación creados para la delincuencia en red, con ello se incumple lo preceptuado en el artículo 48 de La ley orgánica del MP y artículo 121 del instructivo 02- 2005 de esa institución, que refieren a la probanza de la estructura criminal.

Con relación a esas Instrucciones Generales del Ministerio Público, es necesario hacer un paréntesis. En diferentes capacitaciones surge, por parte de los Defensores/as,

la siguiente interrogante ¿se debe utilizar esas instrucciones en la estrategia de defensa? La respuesta depende del beneficio que genere al imputado/a, y si perjudica, naturalmente las descalificamos.

El fundamento doctrinario para realizar ese juego estratégico de defensa con relación a esas Instrucciones se tiene en el principio Pro - Hominis, impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "De acuerdo al mismo, los Jueces que se hallen en casos en que varias disposiciones acuerden o reconozcan derechos, deberán estar siempre a la interpretación que resulte más favorable al individuo. En igual sentido, se aplicará la norma que implique la menor restricción a los derechos humanos, en casos de convenciones que impongan limitaciones o reducciones"[19]

Parafraseando al Doctor Víctor Rodríguez Rescia, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH- quien manifestó en el Curso sobre Litigio en el Sistema Interamericano para Defensores Públicos, celebrado en el año 2007 en la ciudad de Guatemala, con relación al Principio Pro Hominis, de que hoy en día ya no se discute qué norma jurídica en materia de Derechos Humanos tiene mayor jerarquía, sino que se evalúa qué norma beneficia más a la persona, sin importar su jerarquía.

Se aclara que este principio Pro Hominis, puede ser invocado frente a cualquier norma jurídico penal, reglamento o instructivo, lo que interesa es que favorezca al imputado, por lo que el utilizarlo con relación a esos Instructivos del MP, es un ejemplo práctico, advirtiendo que dicho principio no se limita únicamente a esas Instrucciones.

Resulta interesante que la figura de las exacciones intimidatorias contempla entre sus elementos descriptivos, la intimidación o exigencia para solicitar dinero u otro beneficio a conductores de cualquier medio de transporte. Esa conducta prohibida de la intimidación subsume a los delitos de coacción contemplado en el artículo 214 y 215 del Código Penal, por ende, el Defensor/a Público/a debe ser ávido para oponerse a una doble o triple tipificación de delitos: exacciones intimidatorias + coacción + amenazas, figuras que tienen como elemento común la intimidación.

Si no se prueba el primer piso, podría argumentarse por un lado que no existe el delito de exacciones intimidatorias, por ende procedería la falta de mérito o en su caso sobreseimiento, o bien argumentar a favor del delito de encubrimiento.

Con el fin de ilustrar lo expuesto anteriormente, en el caso número C- 1081- 2010- 02030 el Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente, de la ciudad capital, resolvió lo siguiente:

[19] La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Publicado en J.C. Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Corrientes No 7, Febrero de l999, Argentina.

"El Ministerio Público presentó acusación en contra de los procesados TONY ALICES RUANO LOPEZ, MAGNOLIA PATRICIA ROJAS CRUZ, ANGEL EDUARDO HERNANDEZ GUDIEL, WILIAM ESTUARDO GONZALEZ LOPEZ Y JUAN GILBERTO MONROY GÚZMAN por el delito de CONSPIRACIÓN, ASOCIACIÓN ILICITA Y OBSTRUCCIÓN EXTORSIVA DE TRANSITO, conforme a los artículos 3, 4 y 11 de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Conforme el artículo 2 de la ley relacionada, son requisitos esenciales para que estos ilícitos nazcan a la vida jurídica en primer lugar, demostrar la existencia, de un grupo estructurado, de tres o más personas, y en el presente caso, no se ha probado que los procesados sean parte de una estructura criminal, pues si bien, entre ellos es probable que existan relaciones laborales, de amistad, o de parentesco, tal situación no es suficiente para creer, que formen parte de ese tipo de estructura, en segundo lugar, tampoco se ha probado que los procesados, en conjuntos hayan operado para cometer hechos ilícitos durante cierto tiempo y en tercer lugar, que se hayan concertado o puesto de acuerdo para cometer cualquiera de los ilícitos contenidos en dicha ley. Derivado de lo anterior conforme a los hechos probados, la calificación de los delitos de conspiración y asociación ilícita, no encuadran dentro de las conductas desarrolladas por los procesados, incluso, el delito de obstrucción extorsiva de tránsito, en el cual su elemento inicial, es que los responsables formen parte de un grupo delictivo organizado o de una organización criminal.

De esa cuenta conforme a la facultad que otorga el artículo 388 del Código Procesal Penal a los hechos probados por medio de los cuales únicamente se ha determinado que el actuar de los procesados se concretó al permitir, que en sus cuentas monetarias otra persona, le hicieran los depósitos de cantidades de dinero. Derivado de lo anterior, para quienes juzgamos, las acciones desarrolladas por los procesados son propias del delito de ENCUBRIMIENTO IMPROPIO contenida en el artículo 475 párrafo primero del Código Penal, el cual establece que "es responsable del delito de encubrimiento impropio quien, entre otros casos, en cualquier forma, ocultare efectos del delito aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo, de esta cuenta se da por acreditada la existencia de este ilícito.

POR UNANIMIDAD DECLARA: I) Que los procesados TONY ALICES RUANO LOPEZ, MAGNOLIA PATRICIA ROJAS CRUZ, ANGEL EDUARDO HERNANDEZ GUDIEL, WILLIAM ESTUARDO GONZALEZ LOPEZ Y JUAN GILBERTO MONROY GÚZMAN son responsables como autores de los delitos de ENCUBRIMIENTO IMPROPIO, en contra de los socios de la empresa ASOTREPRAVI, II) Que por tal infracción se les condena a la pena de 3 años dos meses de prisión, conmutables a razón de cincuenta quetzales por cada día de prisión no sufrida".

El análisis de este caso concreto evidencia que aún algunos Fiscales no se han empoderado de qué es realmente hablar del crimen organizado y las tipologías de estos delitos no convencionales, por ende, sus peticiones ante el Juzgador son incoherentes y arremeten contra algunas garantías constitucionales y procesales en perjuicio del detenido/a o procesado/a, lo que se manifiesta con erradas tipificaciones no obstante esa falta de actualización del operador de justicia, es innegable que sí están apropiados del pensamiento maximalista, que se extrapola a Tribunales Penales o Salas de Apelación, lo que demuestra que el Sistema Penal en un momento y espacio determinado reacciona contra el fenómeno criminal aplicando el Derecho Penal del enemigo en defensa social, trastocando el garantismo.

Interesante resulta que la Convención de Palermo indica que para que exista crimen organizado debe existir 3 o más personas, lo mismo exige el artículo 2 de la Ley contra la delincuencia organizada, sin embargo para que exista la figura de la conspiración se exige que sean 2 o más los conspiradores, lo que matemáticamente es ilógico. En la praxis se presenta ante juez a 2 personas acusadas de pertenecer a crimen organizado y ser los conspiradores. El fiscal argumenta que durante el desarrollo de la investigación se probará la existencia de otras personas que forman parte de la estructura criminal, sin embargo de momento solo son 2 los detenidos, por lo que el MP se está apoyando en una presunción de que si existe crimen, lo cual atenta contra el principio constitucional de certeza jurídica e invierte la ruta de investigación que es: primero debe pobrar que existe en el primer piso el crimen organizado que planificó el o los delitos, y luego probar el segundo nivel. En los casos concretos analizados primero detienen y luego pretenden probar que existe crimen organizado.

4. LOS TIPOS PENALES ABIERTOS

El Derecho Penal se ha visualizado, tradicionalmente, desde dos puntos de vista que en algunas ocasiones se compenetran y en otras pueden no coincidir, generándose la arbitrariedad Estatal por su desfase.

Santiago Mir Puig, explica esas dos aristas, al indicar que "El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos distintos, objetivo y subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El Derecho penal subjetivo – también llamado derecho a castigar o Ius puniendi- es el derecho que corresponde al Estado de crear y aplicar el derecho penal objetivo" [20]

Ese Derecho, en sus dos vertientes, está íntimamente relacionado con la política criminal, que es una reacción del Estado ante el fenómeno criminal, por lo que en ese sentido, se hace necesario hacer unas acotaciones.

Como un dato histórico, el concepto de política criminal fue utilizado por el alemán Franz Von Liszt en su programa de Margurgo, en 1882.

Alberto Martin Binder, la define como: "Conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal" [21]

Acertado el criterio del Presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Doctor Ramón de la Cruz Ochoa, al indicar que "Cualquier definición que se tome como referencia de la política criminal, parte de una premisa, debe entenderse fundamentalmente como política del Estado y por tanto de los grupos dominantes, de ahí que siempre está ideologizada y representa los intereses y puntos de vista de las fuerzas hegemónicas, sin dejar de estar vinculada a otras disciplinas como la criminología, la filosofía del derecho o la sociología criminal"[22]

Todo lo anterior conduce a afirmar que en la formulación de los tipos penales (construcción de la figura delictiva), los mismos responden, entre otros factores, a la política criminal del Estado en un momento histórico, atendiendo a los niveles de criminalidad imperantes en una sociedad determinada; la tendencia hoy, es que a mayor delincuencia, mayor punibilidad.

En esta etapa de construcción de los elementos del tipo, discurren grandes debates por parte del legislador, de académicos, de políticos, los pro o en contra de qué conductas serán penalmente relevantes, de seleccionar qué bienes jurídicos se han de tutelar, el tema de la proporcionalidad de las penas, etc. En esos debates se puede tomar en consideración, o no, determinados principios limitadores del poder penal.

[20] Temas de Derecho Penal Sustantivo, monografías. Maestría en Criminología,Usac.

[21] Binder, Alberto Martín, Pág. 17

[22] De la Cruz Ochoa, Ramón, Pág. 287

Al respecto, Muñoz Conde, indica atinadamente que "Algunos de estos principios como el de legalidad de los delitos y las penas tiene tanta importancia que han llegado a recogerse a nivel constitucional entre los derechos y libertades fundamentales, otros son producto de la reflexión especulativa de la regulación penal que de la aplicación directa de preceptos constitucionales"[23]

Superadas esas discusiones propias del foro político (organismo legislativo) con relación a qué conductas serán delito, se ingresa a otro tipo de debate que es el establecer si se respetó o no el principio de Taxatividad como un componente del principio de legalidad que exige una lex scripta (ley escrita), una lex praevia (ley previa) y lex estricta que es la taxatividad propiamente dicha, que nos remite a la certeza jurídica.

Este principio de Taxatividad exige una correspondencia entre el contenido del tipo penal y algunos preceptos constitucionales, es decir, sus verbos rectores deben contemplar contenidos garantistas y el reflejo de la Carta Magna. Además, en su redacción, se han de utilizar conceptos claros, precisos, que no sean ambiguos, oscuros o discrecionales.

El autor Muñoz Conde nos indica con relación al principio de Taxatividad que "La exigencia de clara determinación de las conductas punibles se expresa en el denominado principio de Taxatividad o mandato de certeza, cuyo cumplimiento plantea uno de los problemas más arduos del manejo correcto de la técnica legislativa"[24]

Categóricamente, se puede afirmar que el principio de legalidad sustantivo está entramado con el de Taxatividad. Legalidad sin Taxatividad, es sinónimo de arbitrariedad, y Taxatividad sin el principio de legalidad, es una utopía.

El Doctor Rodríguez Pérez de Agreda, expone que "…las normas de derecho necesitan ser escritas (reserva de ley absoluta). En consecuencia es imprescindible al derecho en si que él sea ley. Es una ley scripta. Otra condición elemental, es el principio de Taxatividad: la ley penal requiere un lenguaje claro, preciso. Cuando una norma es oscura, indeterminada, da espacio al Juzgador a determinarla según su criterio personal de interpretación de lo prohibido, entonces ocurre en la práctica una deslegalización por definición" [25]

Realizado este preámbulo para comprender la importancia de la Taxatividad, se puede adentrar en el tema de los tipos penales abiertos que atentan contra la certeza jurídica en un Estado democrático de Derecho y Legalidad.

[23] Obra citada

[24] Muñoz Conde, Francisco, Pág. 96.

[25] Temas de Derecho Penal sustantivo. Dr. Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda. Pág.15

Al respecto, el profesor titular de Derecho Penal de Paraná, Brasil, Doctor René Ariel Dotti, nos ilustra magistralmente, indicando que “El principio de Taxatividad se opone a los tipos penales abiertos. La opinión dominante rechaza la teoría de los tipos abiertos y condena el abuso que el legislador comete al excederse en la previsión de tales normas, sosteniendo que el tipo del injusto ha de ser siempre cerrado, en el sentido de que ha de contener todas las características determinantes del injusto. En todas las hipótesis de los tipos penales abiertos la comprobación de la tipicidad depende del reconocimiento, hecho por el juez" [26]

Estos delitos se caracterizan por no utilizar conceptos claros y precisos, pues ante todo, son de corte discrecional y abiertos, pues dejan a la imaginación del Juzgador, seleccionar desde lo subjetivo, qué conductas son prohibidas, ingresando en un terreno de incertidumbre jurídica y de arbitrariedad, reflejo de una política criminal antigarantista por parte del Estado.

El nuevo fenómeno de la criminalidad en red ha obligado a la comunidad internacional a crear instrumentos internacionales para combatir ese flagelo, tal el caso del Convenio de Palermo y sus tres protocolos relacionados con el tráfico de migrantes, trata de personas y tráfico ilícito de armas, instando a los Estados a adecuar sus legislaciones a estos convenios.

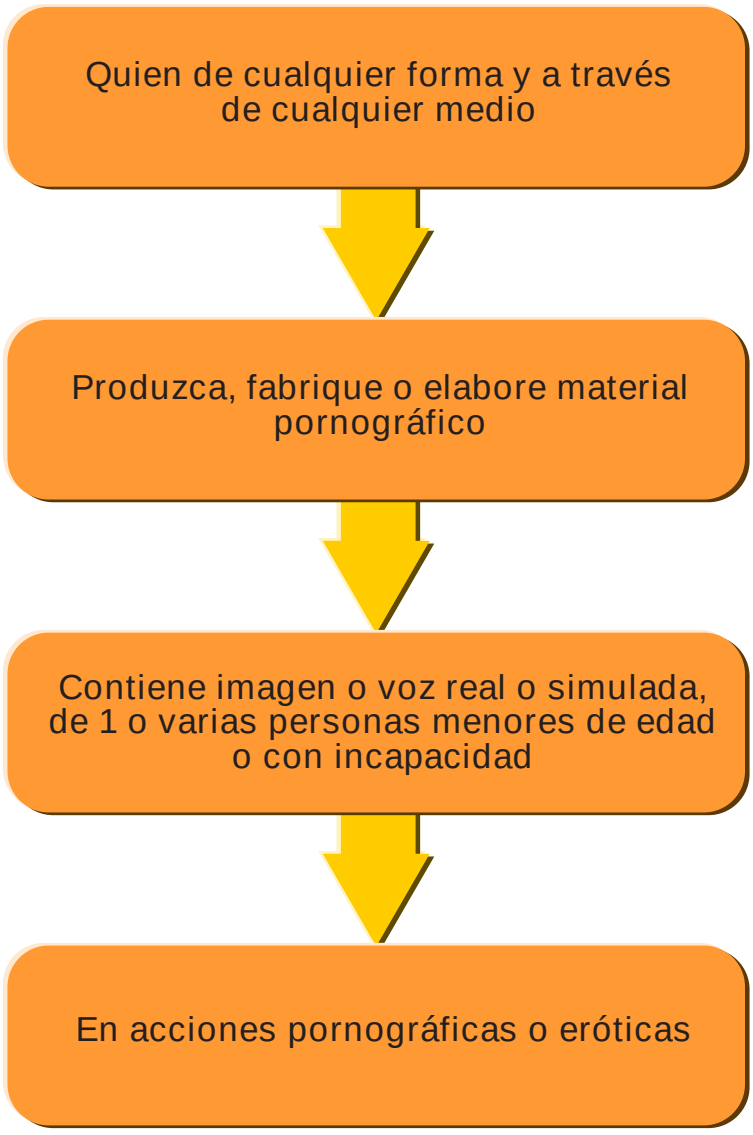
Esto provoca que el rol del Congreso se limite a elaborar los tipos penales como reflejo de aquellos tratados internacionales, utilizando técnicas legislativas abiertas de tipificación, como política criminal para enfrentar la delincuencia en red; en este sentido, nuestro Legislador no tiene mayor espacio de análisis, cediendo su función en cumplir los compromisos de Estado adquiridos por Guatemala por ser miembro de la ONU o de la OEA, por ejemplo, y puntualmente al ratificar los Tratados Internacionales, lo que explica el porqué del renacer de los tipos penales abiertos.

El fenómeno de la deslegalización ocurre en la tipicidad abierta, al otorgar a un extraño –Juzgador- la potestad de definir el delito, por ausencia de conceptos claros y precisos, que debió definir el legislador, como ocurre en los tipos cerrados, que no dan margen a la creatividad del juzgador, esto no sucede con los tipos penales abiertos que gozan de fama de arbitrariedad e inimaginables tipificaciones subjetivas por parte del intérprete que sería el Juez, es prácticamente una dimensión desconocida que goza de falta de certeza jurídica y naturalmente de taxatividad.

Un ejemplo se encuentra en el delito de Lavado de dinero en el artículo 2 de la Ley contra el lavado de dinero u otros activos, al preceptuar que comete este delito quien por si, o por interpósita persona, quien invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo que los mismos son producto o se originan de la comisión de un delito. Amplísimo resulta imaginar el sin número de transacciones que se podrían operar en el sistema financiero para subsumir una conducta en el delito referido.

[26] Ariel Dotti, René, Pág. 314

En la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, abundan los ejemplos, tal el caso del delito de violación a la intimidad sexual, artículo 34 de la referida ley, que estipula: "Quien por cualquier medio…". Inclusive se utilizan recurrentemente conceptos vacíos tal como en el delito de Agresión sexual que indica "…realice actos con fines sexuales o erótico…" que quedan definidos por el intérprete, pues lo que es para una persona un acto erótico no lo será para otra persona. En el delito de Producción de pornografía de personas menores de edad, artículo 194 de la citada ley, se utilizan conceptos abiertos, a saber:



Más arbitrario resulta el análisis del artículo 201 del Código Penal, que contempla el delito de secuestro. No se transcriben todos los supuestos jurídicos de ese tipo penal, únicamente se sobresalta el párrafo que indica "o con cualquier otro propósito similar o igual, se le aplicará la pena de muerte y cuando ésta no pueda ser impuesta, se le aplicará prisión de veinticinco a cincuenta años".

Ese es el asidero legal que permite el ingreso inimaginable de situaciones que el Juzgador interpretará a su leal saber y entender, permitiéndole tipificar el delito de secuestro, y fundamentando su razonamiento en el supuesto jurídico: "o con cualquier otro propósito similar o igual". Prácticamente, es un sistema numerus apertus, que riñe con el principio de certeza jurídica.

Al respecto, el Profesor Muñoz Conde nos ilustra al indicar que "Efectivamente, el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad, pues es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación. Cuando ello se intenta, se cae en la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente, no agotan todas las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad. Una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad"[27]

5. EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Hasta 1984, el tema de la criminalización del lavado del dinero por parte de la ONU no tomaba relevancia alguna y las acciones estaban dirigidas únicamente a detectar y congelar activos derivados del narcotráfico, y aún no existían las conductas punibles en dicha materia.

A partir de la publicación, en l986, del Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, la Comisión de Estupefacientes de la ONU propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un delito de blanqueo de capitales; en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, se aprobó en el marco de la Conferencia de la ONU celebrada en Viena entre el 25 de noviembre y 20 de diciembre de l988, sirve de inspiración a varios Estados partes, incluso al nuestro, para la creación de leyes especiales en esta materia.

Precisamente, en el artículo 3º de la referida Convención, en su literal b) numerales i) e ii), hace referencia a la conversión o transferencia de bienes, a su ocultación o encubrimiento y que tienen un origen ilícito. Este artículo se convierte en el asidero legal para la creación del delito de lavado de dinero.

[27] Muñoz Conde, Francisco, García Arán. Derecho Penal, parte general, Pág. 97

Por su parte, el precepto 5º de la referida Convención establece que las partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta, atendiendo a la gravedad de los delitos, las siguientes circunstancias de hecho: la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte, o bien, de actividades ilícitas internacionales organizadas.

El Doctor Víctor Prado Saldarriaga, Catedrático de Derecho Penal, de la Universidad de Lima y experto en el control de lavado de dinero, hace una conexión atinada al relacionar la actividad del lavado de dinero con el crimen organizado, exponiendo que:

"La Convención de Viena avala, pues la alternativa criminalizadora del lavado de dinero como medida efectiva para agotar la operatividad del narcotráfico, a través de la detección e intervención de sus bienes y capitales, lo que traería consigo la inmovilización económica y financiera de las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito"[28]

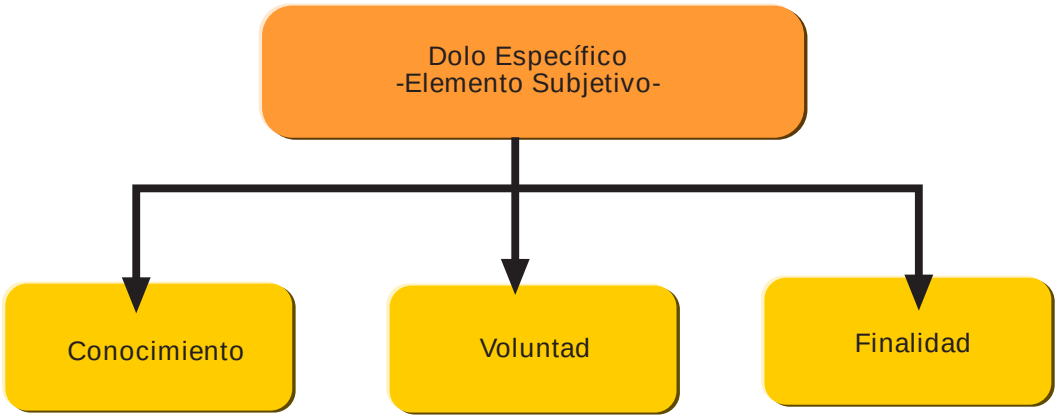
El pensamiento del autor anterior es una tendencia generalizada en el concierto de naciones al presumir que toda actividad de lavado de dinero es consecuencia de grupos criminales organizados, y por ello se hace necesario enfrentar esa actividad criminógena con todas las herramientas jurídicas nacionales e internacionales pertinentes con métodos especiales de investigación contemplados en la Convención de Palermo, artículo 20 en adelante.

Es de resaltar que el bien jurídico tutelado en el delito de lavado de dinero es la protección del sistema financiero, por política criminal del Estado y que está en armonía con el primer considerando del Decreto número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, que establece: "se proteja la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco".

Este tipo de delito es denominado por la doctrina como pluriofensivo o de ofensa compleja, pues menoscaba otros intereses como la transparencia del sistema financiero o la legitimidad misma de la actividad económica, a la propia sociedad y a la hacienda, al evadirse el pago de tributos, y por supuesto a la o las víctimas.

28 Dr. Víctor Prado Saldarriaga. La tipificación del lavado de dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas. Pág. 2

Además, esta figura delictiva conlleva un dolo especifico como elemento subjetivo integrado por un conocimiento, voluntad y finalidad: 1) Conocimiento: El sujeto activo conoce la procedencia delictiva de los bienes objeto de reciclaje, es decir, el delito antecedente o precedente, tal como lo establece el artículo 2, literal h) de la Convención de Palermo; 2) Debe existir voluntad de realizar la conducta típica; y 3) El elemento teleológico, que consiste en la finalidad de que el dinero o los bienes adquieran apariencia de legalidad.



El Doctor Carlos Alberto Mejías Rodríguez afirma que la doctrina actual hace referencia a tres fases que podrían darse en este tipo de delito, y que dependerá de la legislación de cada Estado, puntualizar si desde la primera fase, se considera consumado el delito, o si es necesario el tránsito a las otras dos etapas, exponiendo lo siguiente: "Lavado de Dinero es el método que es utilizado para reconvertir las ganancias provenientes de ingresos ilegales como si fueran recursos, ingresos o ganancias legítimas.

Etapa 1: Colocación, introducción o inserción: Consiste en deshacerse de sumas de dinero en metálico, sin ocultar todavía su procedencia, en el sistema financiero. Se tiene posesión del metálico físico o digitalizado o de los bienes ilícitos.

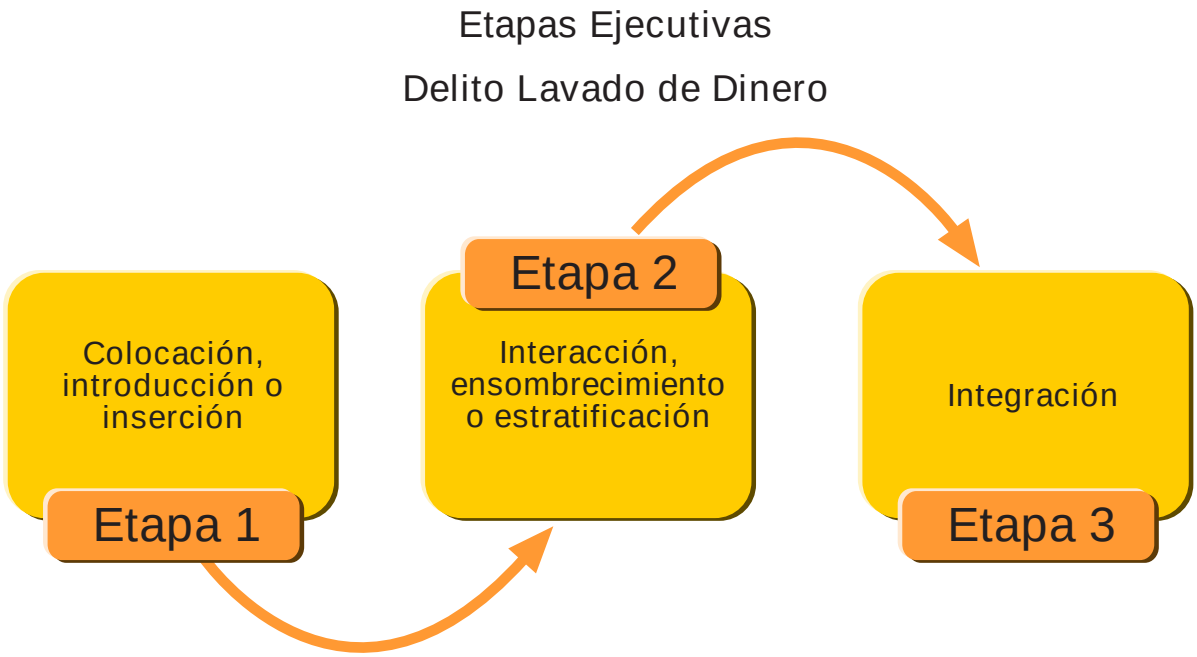
Etapa 2: Intercalación, ensombrecimiento o estratificación: Consiste en ocultar el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numerosas transacciones financieras.

Etapa 3: Integración: Esta fase consiste en que el dinero ilícito se inserta en la economía legal sin levantar sospechas y dando una apariencia de legitimidad"[29]

Las anteriores fases se encuentran plasmadas en la Convención de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, del año 1988, en su artículo 3, literal b).

En este sentido, el delito de lavado de capitales implica que el sujeto activo inserta en el circuito financiero, el dinero o bienes ilícitos para ocultarlos y finalmente, el capital ha de regresar con apariencia de legalidad al crimen organizado.

[29] Doctor, Carlos Alberto Mejías Rodríguez. Monografías de Derecho Penal Especial.



El experto del Centro para la Prevención del Crimen Internacional de la ONU, Oliver Stolpe, al referirse a las fases del delito de lavado de dinero expuestas por el Doctor Carlos Alberto Mejías Rodríguez, indica que, según su opinión, estas fases, colocación, ensombrecimiento e integración, constituyen tan solo un método dentro de una inmensa variedad, para lavar dinero, los cuales son empleados por el crimen organizado; y para el efecto comenta: "Las instituciones tanto nacionales como internacionales han dado instrucciones en cuanto al desarrollo de políticas anti lavado de dinero que continúan dependiendo del supuesto modelo fase, desarrollado por primera vez por la aduana de Estados Unidos con base en el lavado de ingresos ilícitos obtenidos de la venta de drogas prohibidas en las principales ciudades estadounidenses. Este modelo subdivide el flujo de estos ingresos en tres categorías: colocación, estratificación e integración. Por consiguiente, también los métodos de lavado de dinero pueden dividirse ampliamente en dos categorías de métodos, con el objetivo de disfrazar su origen verdadero, siendo estos: a) El origen ilícito de los activos y/o; b) La verdadera identidad de su propietario"[30]

Lo importante es que el Defensor/a Público/a tenga presente que para afirmar que la acción sea típica en el delito de lavado de dinero, deberá demostrarse por parte del MP, que la acción es idónea para que los bienes o el dinero adquieran una nueva apariencia y que disimulen la procedencia ilícita de los bienes que se están reciclando, y en su caso, pedir que se establezca quién es el propietario de ese dinero o los bienes que aparentemente pertenecen al crimen organizado, aspectos que el Fiscal en sus limitadas intervenciones ante el Juez Penal nunca demuestra.

30 Oliver Stolpe. Análisis del Lavado de dinero, página 256-257

Como ya se indicó, es importante que el/la Defensor/a insista en su estrategia de defensa de pedirle al Fiscal que explique fáctica y probatoriamente ante el Juzgador, cómo el dinero ilícito adquirió una nueva apariencia que disimule o ensombrezca (disfrace) su origen ilícito, para poder tipificar el lavado de dinero, en caso contrario, es muy difícil argumentar la existencia de ese delito.

Interesa al Defensor/a el análisis del primer piso en el delito de lavado de dinero que se traduce en la participación de varios miembros en la criminalidad organizada, quienes deben conspirar, lo que implica una concertación, planificación u organización previa, que exige una coautoría activa por todos los miembros del grupo criminal y no solo de una persona aislada.

En este sentido, se puede afirmar categóricamente que la conspiración es un eje transversal de todos los delitos no convencionales, y sin ella no es posible hablar de trata de personas, de lavado de dinero, de narcotráfico, asociación ilícita, exacciones intimidatorias, etc. ella está implícita en toda figura delictiva cometida por la criminalidad transnacional; aquí radica la importancia del dominio de los denominados delitos de doble piso.

Al respecto, Samuel González Ruiz y Edgar Buscaglia, en su artículo de cómo diseñar una estrategia nacional contra la Delincuencia Organizada, justifican la figura de la conspiración por las siguientes razones: “La razón del desarrollo de estas fórmulas puede estar en las dificultades para encontrar elementos de prueba contra los miembros de la delincuencia organizada y por lo tanto se establece un tipo penal, en el que se facilita la sanción de los miembros, supervisores o directivos de las organizaciones, ya que se sanciona el mero acto de pertenecer a una organización que comete delitos”[31]

6. EL DELITO DE LAVADO DE DINERO ES UN TIPO PENAL ABIERTO

Cuando se leen los diferentes verbos rectores contenidos en el delito de Lavado de Dinero, artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero, se evidencia que los mismos tienen diferentes significados, lo cual permite deducir que dicho delito es un tipo penal abierto, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, verbigracia:

Los verbos invierta, convierta y transfiera, se encuentran inmersos en la frase: “...o realice cualquier transacción financiera” que es el género y tipo penal abierto y aquellos verbos rectores son la especie.

El verbo convierta, es cambiar, mudar. La acción supone el cambio de un bien, obtenido de la comisión de un delito, por otro de naturaleza distinta.

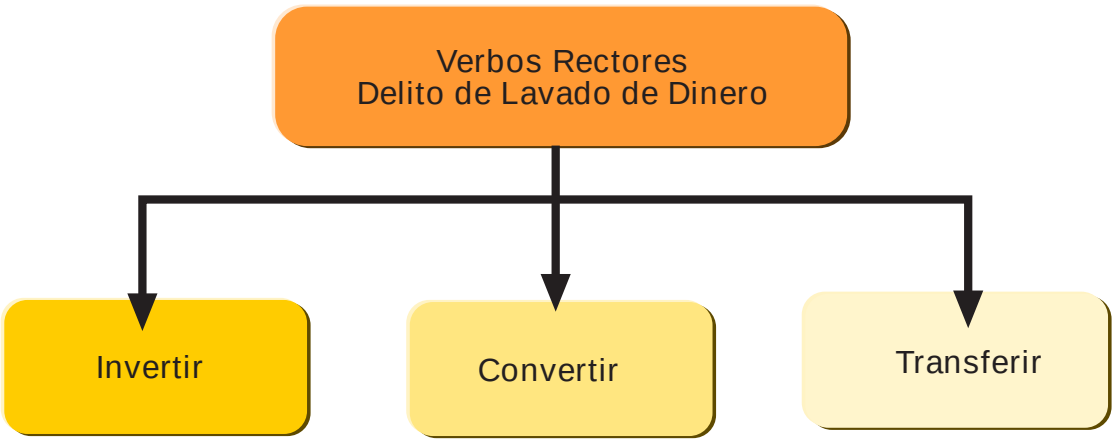
Transfiera: ceder un bien a un tercero, comprende además, el traslado de un lugar a otro.

31 Samuel González Ruiz y Edgardo Buscaglia, Pág. 32

Administre: que tiene el gobierno y la dirección del dinero o bienes, obtenidos ilícitamente, comprende el cuidado como el manejo de estos objetos.

Adquiera: a través de cualquier forma, incluso, a título oneroso o gratuito; es comprar, conseguir.

Esa variedad de significados confirma el renacimiento de la técnica legislativa de tipificación abierta utilizada en los años setenta en nuestro Código Penal, en las figuras de la violación y secuestro.



Interesante resultará analizar el supuesto jurídico "poseer" contemplado en el artículo en mención, en dos sentidos: Por una parte, para establecer si es posible hablar de tentativa en el delito de lavado de dinero, y por la otra, analizar la posibilidad de la existencia de una flagrancia en esta clase de delito.

Se comienza el primer punto citando al profesor José Luis Diez Ripollés, quien nos ilustra con relación al camino del delito –Iter Criminis- diciendo que "El delito desde que se origina en la mente de su autor, hasta su ejecución completa, pasa por las distintas etapas o grados, conocidos en su integridad como Iter Criminis, que son los distintos niveles de realización que alcanza la voluntad del sujeto. El primer nivel es la fase interna, la idea delictiva, y el segundo es la etapa externa u objetiva conformada por los actos preparatorios y los de ejecución, última fase que se podría interrumpir por la tentativa"[32]

Se remite al artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros activos, identificando en primer término la existencia de varios verbos rectores que contempla dicha figura delictiva para establecer si a todos ellos le es aplicable el instituto de la tentativa, y en segundo lugar, a comentar la existencia de una presunción legal que

32 Diez Ripollés, Jose Luis y otros. MANUAL DE DERECHO PENAL GUATEMALTECO, página 461

engloba a todo el tipo penal, consistente en el conocimiento, por parte del sujeto activo, de que el dinero tiene procedencia u origen de la comisión de un delito previo.

Lo que se tiene claro es que cada verbo rector de ese tipo penal conlleva un diferente escenario fáctico, y naturalmente, acciones distintas por parte del sujeto activo. Por ejemplo, en el literal a) localizamos diferentes supuestos jurídicos: invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera.

Hipotéticamente, una persona pretende introducir determinada cantidad de dinero en el circuito financiero para cambiar la apariencia de ese dinero ilícito, e inicia la ejecución de su idea delictiva, sin embargo, se detecta dicha operación financiera por la Intendencia de Verificación Especial (artículo 32 del Decreto número 67-2001) que inicia la investigación respectiva, interrumpiendo el dolo especifico de inversión del sujeto activo, no consumándose dicha operación por causas independientes de la voluntad del agente en red, por lo tanto, la acción quedó en grado de tentativa.

Si se analiza cada uno de los supuestos contenidos en la figura de lavado de dinero, es factible que opere la tentativa, por ejemplo en la literal b) de la referida ley, cuya descripción se limita a la posesión de dinero por parte del sujeto activo, se podría afirmar que por el simple hecho de poseer una cantidad considerable de dólares, conlleva a la consumación de este delito, por lo que a la lógica del supuesto jurídico analizado, no opera la tentativa, cuya función sería interrumpir el iter criminis por causas ajenas del comisor o autor del delito, sin embargo el poseer el dinero no afecta el sistema financiero, por lo tanto se podría argumentar una tentativa.

Pero, ¿aplica la figura de la flagrancia en el delito de lavado de dinero? Si se reforma la naturaleza jurídica de la criminalidad organizada podemos afirmar categóricamente que no es dable hablar de flagrancia o cuasi-flagrancia, pues todo delito cometido por una organización criminal presupone que es producto de una concertación previa de sus miembros, de una deliberación y planificación con la finalidad de obtener un lucro, y para efectos de este delito, implica que la red planificó colocar el dinero en el sistema financiero para darle apariencia de dinero lícito, lo cual se descubrirá mediante una investigación previa por parte del MP, utilizando los métodos especiales de investigación, como las escuchas telefónicas o los agentes encubiertos, para concluir ante el Juez Penal, que la persona detenida es un miembro de una estructura organizada.

En este orden de ideas, solo limitarse a la probanza, por parte del MP, de la simple posesión de dólares, encontrados al sujeto activo y presentar un informe de la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- en el que se establece que no declaró más de 10,000.00 dólares, al pretender salir del país, no es un combate frontal a la criminalidad organizada, sin embargo, a juicio de los juzgadores, es suficiente dicha prueba para lograr una condena.

Lo importante aquí, es argumentarle al Juez Penal, en este tipo de casos, que el delito de lavado de dinero implica que el dinero ilícito debe adquirir una nueva apariencia de legalidad, dentro del sistema financiero; esa es la acción idónea, de conformidad con la relación de causalidad (artículo 10 del Código Penal), sin embargo, para algunos Jueces Penales y Fiscales, la simple posesión de los dólares es sinónimo de lavado de activos, ¿cuestionable, verdad?, recuérdese que este es un delito de doble piso.

Otra temática relacionada con el lavado es responder la interrogante siguiente: ¿es necesario por parte del MP, la probanza del delito precedente?, este delito se refiere a todas las conductas delictivas realizadas previamente a la comisión del tipo penal del lavado de dinero por parte del sujeto activo. Se considera que no es exigible probar ese delito precedente, pues la figura del lavado de dinero es autónoma y no depende de la preexistencia de ningún delito anterior, para su nacimiento.

Víctor Prado Saldarriaga, indica con relación al delito precedente que "En lo esencial, el problema mayor se ha materializado en la exigencia probatoria que deriva de vincular los actos de lavado con el producto de un delito concreto. Con esta actitud judicial, la pretendida autonomía del delito de lavado de dinero, ha sido considerablemente relativizada. Esta exigencia judicial y que anula la independencia probatoria de los actos de lavado es consecuencia de la técnica legislativa empleada para tipificar el delito. Ha sido el legislador quien en la redacción de los elementos objetivos del tipo ha ligado la procedencia de los bienes lavados con un delito previo que los ha generado. Cabe anotar que esta técnica legislativa es por inexperiencia del legislador, que se limitó a reproducir el modelo estatuido por la Convención de Viena. Si fuera así la interpretación tendríamos un escaso número de condenas por actos de lavado de activos"[33]

7. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La Convención de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional) contempla el denominado delito precedente, en su artículo 2, literal h) al cual llama delito determinante, entendiéndose como todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de otro delito. En Guatemala, para el delito de lavado de dinero no aplica la probanza del delito antecedente, por la existencia de una presunción legal que presupone un conocimiento por parte del autor de que el dinero o bienes son de ilícita procedencia.

El delito de lavado, contemplado en el artículo 2 y sus tres literales, de la Ley Contra el Lavado de Dinero, se encuentra la presunción legal aplicable al lavandero, pues debe conocer que ese producto (dinero u objetos ilícitos) se derivó de la comisión de un delito ex-ante, máxime si esa información se podía obtener por razón de la profesión, empleo u oficio del sujeto activo.

[33] Dr. Victor Prado Saldarriaga. La tipificación del lavado de dinero en Latinoamérica: Modelos, Problemas y Alternativas. Pág. 5

Para comprender ante qué clase de presunción estamos, debemos acudir a la clasificación de las presunciones, encontrándonos con la existencia de dos tipos de presunción: a) Iuris et de Iure, que no acepta prueba en contrario; y b) Iuris tantum, que sí acepta prueba en contrario y es la contemplada en el referido delito de lavado de dinero; pero ¿quién prueba, el MP o el procesado/a?

La doctrina moderna es partidaria de que en esta clase de delito se invierta la carga de la prueba, trasladándose el principio del onus probandi al procesado/a, quien deberá demostrar que el dinero es de lícita procedencia.

La Convención de ONU Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en su artículo 5, numeral 7, aborda la temática de la inversión de la carga de la prueba de la siguiente forma: "Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos"

Por su parte el artículo 6.1 de la Convención de Palermo, prescribe que: "…1. Cada Estado parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:…"

En Guatemala, esa traslación del principio onus probandi al procesado/a para que él demuestre lo lícito del dinero incautado, no opera, pues en la propia Ley Contra el Lavado de Dinero no existe un artículo que invierta la carga de la prueba taxativamente, por lo que será el Ministerio Público, en cumplimiento de su función constitucional, el obligado y encargado de probar la ilicitud del dinero, sin perjuicio de que el procesado/a aporte su prueba, pero no es su obligación, sino que es su facultad. El Defensor/a debe exigir al Fiscal esa prueba por parte del MP y no permitir que se ampare en una presunción inconstitucional que pretende trasladar la carga de la prueba al procesado/a, contraviniendo lo preceptuado en el artículo 251 de la Carta Magna.

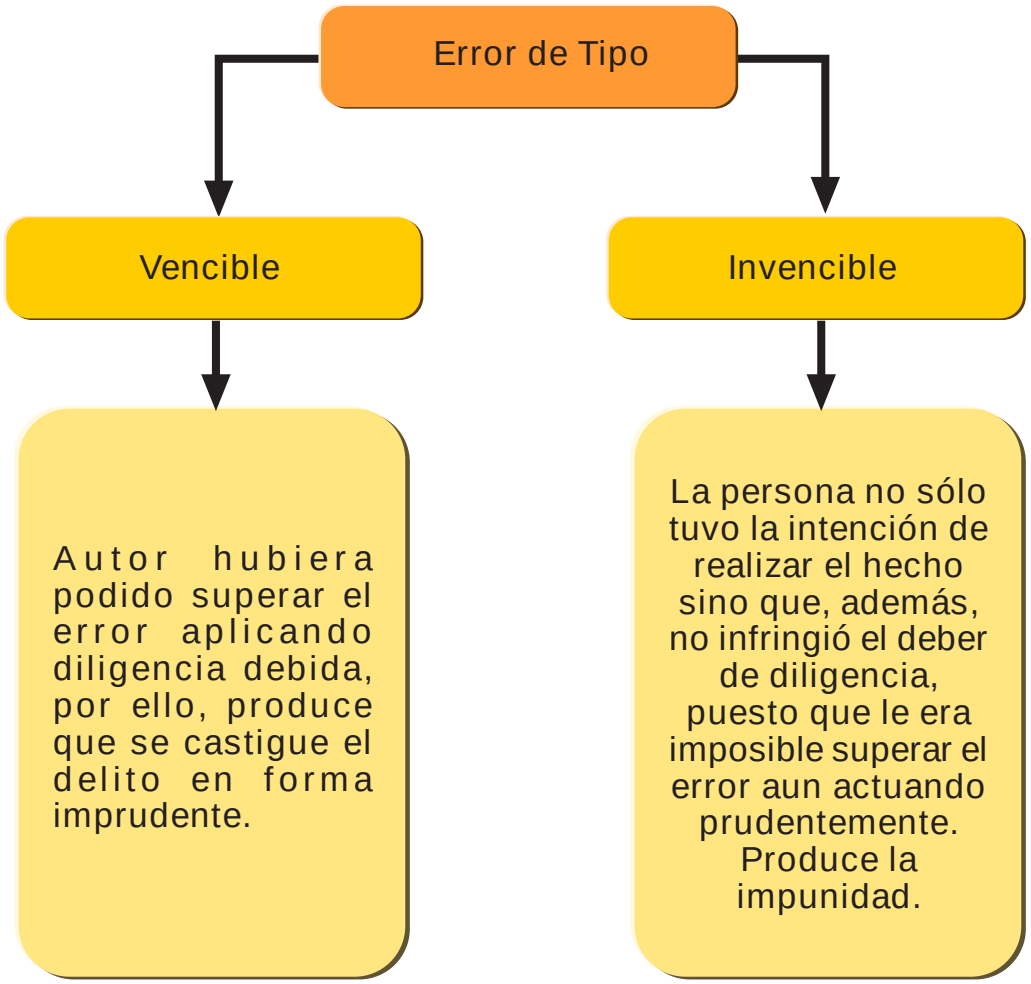
8. ERROR DE TIPO

Otro tema importantísimo para preparar una eficaz estrategia de defensa, y si el caso concreto lo permite, es aplicar la tesis del error de tipo, que excluye aquel conocimiento previo de lo ilícito del dinero o los bienes y el dolo.

En ciertos casos, el imputado/da afirma que no sabía que en la maleta o en el vehículo, por ejemplo, se encontraba una fuerte cantidad de dólares, y sin embargo, se le acusa del delito de lavado de dinero.

Ese desconocimiento por parte del procesado/a remite el caso a la teoría del errorde tipo (que es un error en el juicio de imputación objetiva que obra en sus elementos descriptivos y normativos del tipo penal) dando como resultado la exclusión del dolo especifico, y por ende, la inexistencia del delito.

José Luis Diez Ripollés expone que "(…) el error de tipo es de dos clases: el vencible se presenta cuando el autor hubiera podido superar el error aplicando diligencia debida, por ello, produce que se castigue el delito en forma imprudente. El error de tipo invencible, produce la impunidad. En este caso se entiende que la persona no sólo tuvo la intención de realizar el hecho sino que, además, no infringió el deber de diligencia, puesto que le era imposible superar el error aún actuando prudentemente"[34]



34 Diez Ripollés, José Luis y otros. Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Pág. 201

Entonces, ¿hasta dónde es aceptable la aplicación del error de tipo en aquellos casos en que se ignoraba que en la maleta o en el vehículo se encontraba una suma fuerte de dólares?

En principio, el error de tipo debe ser invencible el cual se contrapone a la presunción Iuris tantum que implica el conocimiento del origen ilícito del dinero por parte del sujeto activo, por ende, excluye la tipicidad. Lo que debe quedar claro es que no aplica el error de tipo vencible, pues no existe el lavado de dinero culposo.

Comentario especial merece la detención de determinada persona en el Aeropuerto Internacional la Aurora de la ciudad de Guatemala, cuando porta más de diez mil dólares de los Estados Unidos de América y no explica el porqué no hizo la declaración jurada en el formulario respectivo informando de esa cantidad dineraria. Categóricamente, en estos casos, no opera la prejudicialidad ni el principio de subsidiaridad, es decir, en este caso el Derecho Administrativo no es el llamado a resolver el conflicto criminalizado, sino que es el Derecho Penal el que deja de ser de última ratio y es el primer invitado en llegar, como resolutor final del delito de lavado de dinero, enjuiciando y castigando.

Se trae a colación el caso concreto de la fémina colombiana Luz María Restrepo Pérez, detenida el 1 de junio del año 2006, acusada de lavado de dinero por haber sido aprehendida en el Aeropuerto Internacional la Aurora con la cantidad de $61,000.oo dólares, cuando intentaba viajar a Panamá, dinero que escondía entre pañales para adulto y una bolsa de mano; declaró ante el Juez Penal que un día anterior a la detención, ella se encontró un paquete con ese dinero en una discoteca de la zona viva, argumento que le costó ocho años de cárcel inconmutables ante el Tribunal Cuarto de Sentencia. El Fiscal aportó como únicas pruebas a los testigos captores y el informe de la Superintendencia de Administración Tributaria de que la procesada no declaró el dinero en el formulario respectivo.

Frente al caso descrito, el Defensor/a debe afinar su estrategia de Defensa aplicando la teoría, la ley, su experiencia, y ante todo, la exigencia del cumplimiento irrestricto de las garantías constitucionales y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, desde una postura minimalista; para tales efectos, interesante es observar lo siguiente:

a) El Delito de lavado de dinero es un tipo penal abierto que atenta contra el principio de legalidad sustantiva- artículo 17 de la Carta Magna y 9 de La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)- y puntualmente, con uno de sus componentes, como lo es la taxatividad al utilizar verbos subjetivos y con diferentes acepciones, generándose incertidumbre jurídica e indefensión, y conculcando el principio de seguridad jurídica y el derecho sagrado de defensa -Artículo 2 y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) y 7.3 de la CADH-

b) En ese sentido, el delito de Lavado de dinero no es reflejo de las previsiones constitucionales, sino que es producto de extrapolación de modelos anglosajones y producto de interpretaciones contextuales que atentan contra la Carta Magna, habilitándose la presentación de una inconstitucionalidad, en el caso concreto, como acción, excepción o incidente, y atendiendo en el momento procesal oportuno, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cuyo agravio es la afectación de la libertad de locomoción -artículo 26 CPRG-; por lo tanto, se pedirá la inaplicabilidad del delito de lavado de dinero dentro del caso concreto, mencionándose puntualmente qué supuesto jurídico es el que está causando el agravio y por qué.

El autor guatemalteco Luis Felipe Saenz Juárez, nos expone en su obra "Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala" que existen varios presupuestos para la promoción de la inconstitucionalidad en casos concretos que son:

"1) Caso concreto previo; 2) La oportunidad de presentación, que es hasta antes de dictarse sentencia de primer grado, de segundo grado o de dictarse la misma en casación; 3) Cita individualizada de las leyes o disposiciones legales cuestionadas, que es la norma que debe inaplicarse; 4) Cita puntual de las normas constitucionales referentes, que han resultado infringidas; 5) Razonamiento necesario. Debe advertirse entonces que ese razonamiento opera como condición sine qua non, porque si se omite el tribunal carece de facultad para suplirlo"[35]

c) Es inaceptable que el Fiscal impute la totalidad de los supuestos jurídicos que conforman el delito de lavado de dinero. Es recurrente esta mala práctica del Fiscal, pues el artículo 2 de la referida ley especial contempla varios verbos rectores que describen diferentes comportamientos prohibidos. Si esa imputación es global, se estará vulnerando el principio de legalidad sustantivo (Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala), pues no todas las acciones u omisiones del imputado/a quedan subsumidas en el universo de supuestos jurídicos del delito de lavado de dinero. Se debe exigir la individualización de qué verbo rector es el aplicable al caso concreto. Esa defectuosa imputación universal sin individualización del supuesto, genera indefensión y atenta contra el principio de certeza jurídica consagrado en el artículo 2 de nuestra Carta Magna.

d) En el caso concreto, el Fiscal imputa el delito de lavado de dinero por el hecho de no haber realizado la declaración contenida en el artículo 25 de la Ley Contra el Lavado de Dinero, que prescribe: "Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera que transporte del o a el exterior, por si o por interpósita persona, dinero en efectivo o en documentos, por una suma mayor a diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, deberá reportarlo en el puerto de salida o de entrada del país en los formularios que para el efecto diseñará la Intendencia de Verificación Especial."

35 Sáenz Juárez, Luis Felipe, Pág. 75

Si analizamos el tipo penal del lavado de dinero, contenido en el artículo 2 de la referida ley, no encontramos asidero legal para que la omisión de la declaración del dinero sea constitutivo de delito, es más, ni el propio artículo 25 de esa ley está considerado como delito, sin embargo, el MP subsume dicha conducta en el supuesto jurídico que en el momento de la detención ella estaba en posesión del dinero, de conformidad con el literal b) del artículo 2 de la referida ley, que es un error total en la tipificación, pues lo que se pretende penalizar es la omisión de la declaración de los dólares, lo cual encuadra perfectamente en el delito de Trasiego de Dinero, artículo 8 de la Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, el cual remite al artículo 25 de la Ley contra el Lavado de Dinero, cuyo marco sancionador beneficiará a la imputada/do, y que se transcribe: "Trasiego de dinero. Comete el delito de trasiego de dinero quien omitiendo efectuar la declaración jurada correspondiente en el puerto de salida o de entrada del país, en los formularios establecidos por la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros activos, por si misma o por interpósita persona, transporte del o hacia el exterior de la República, dinero en efectivo o en documentos negociables al portador, por una suma mayor a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años."

Temas como soberanía, territorialidad del Estado-Nación, autodeterminación, regionalización, penalización de personas individuales, por mencionar algunos, han cedido espacio ante la era de la globalización de la justicia, los Tratados Internacionales creados para el combate frontal de la criminalidad organizada transnacional y la universalización de los mismos, instando a los Estados a una cooperación en red para afrontar esa criminalidad e implementar nuevas políticas criminales en la formulación de nuevos tipos penales aplicables a la organización criminal integrada por personas físicas o morales.

Esta tendencia de penalizar a las personas jurídicas tiene su lógica, pues esas entidades son fachadas utilizadas por la red criminal para el lavado de dinero, por ejemplo, consideradas por el artículo 18 de la Ley Contra el Lavado de Dinero como personas obligadas, por lo que se abordará brevemente dicho tema para romper el paradigma de que solo las personas individuales son autoras de delitos de doble piso.

9. PENALIZACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO, COMO NUEVA MODALIDAD DE POLÍTICA CRIMINAL

Este tema pareciera que no tiene interés para el Defensor/a, debido a que brinda asistencia legal a personas individuales de momento, sin embargo, no se descarta que en el futuro se pueda defender a una persona jurídica. No se debe olvidar que el fenómeno de la criminalidad es dialéctico, y hoy, lo que se considera imposible, mañana será una realidad.

El autor de los diferentes delitos no convencionales cometidos por la organización criminal no es cualquier persona común, pues exige un perfil determinado, tal el caso de los delitos cibernéticos, del lavado de dinero, tráfico de órganos, etc.

Estas personas se auxilian, además, de entidades mercantiles para la comisión de delitos de doble piso. Por ejemplo, en la Ley Contra el Lavado de Dinero, en el artículo 18, contempla dentro de las personas obligadas, a las personas jurídicas que están obligadas a adoptar, desarrollar, ejecutar programas, normas y procedimientos idóneos para evitar el uso indebido de sus servicios y productos en actividades de lavado de dinero u otros activos. Estas entidades se pueden dedicar como operadoras de tarjetas de crédito, factorajes, arrendamientos financieros, entidades fuera de plazo denominadas off - shore, etc.

Por ello, la mayor parte de las detenciones de supuestos miembros del crimen organizado tienen más tinte de delincuencia común, pues el MP se limita exclusivamente a demostrar los hechos constitutivos de delito (posesión de armas, de dinero, de droga) sin realizar una investigación profunda para demostrar que posiblemente los detenidos son parte de una red criminal conformada por personas individuales o jurídicas.

El artículo 10 de la Ley Contra la Narcoactividad y 5 de la Ley Contra el Lavado de Dinero, contemplan la posibilidad de penalizar a las personas morales, quienes ya son consideradas como imputables, y por ende, atribuibles de responsabilidad penal.

En este sentido, la figura del imputable, dentro de la teoría del delito, a quien se le exige el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas en el conocimiento de que su conducta es delictiva y de que no fue motivado por la norma penal, es trasladada a la persona moral que no puede ser inimputable; por el contrario, ella misma responderá penalmente con total independencia de las personas físicas.

Ahora bien, no hay duda de que todo fenómeno jurídico tiene varias aristas, lo que permite analizar esa misma situación desde el maximalismo. Esta nueva tendencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas destruye aquel principio contenido en la máxima ”Societas delinquere non potest”, locución latina que significa que las sociedades no pueden delinquir por carecer de voluntad propia, pensamiento clásico impregnado en el artículo 38 del Código Penal guatemalteco de los años setenta, que ya fue superado por las nuevas tendencias de política criminal en contra de la criminalidad organizada transnacional, contenidas en la Convención de Palermo.

En ese instrumento jurídico internacional, está contemplado, en su artículo 10, lo relacionado con la responsabilidad de las personas jurídicas, instando a los Estados Parte, a penalizar a estas personas morales de conformidad con sus principios jurídicos con independencia de las personas naturales, e imponiendo sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasivas. Ejemplo de esas penas sería el cierre temporal de la entidad, el pago de multas, embargos, etc.

Desde aquel maximalismo penal, el legislador ha utilizado la interpretación contextual del artículo 17 de la Carta Magna, que contempla el principio de legalidad para penalizar la actividad de estas personas morales.

Esta nueva modalidad de penalización conduce a formular la siguiente cuestionante: ¿se le puede atribuir a la persona jurídica el derecho penal de acto desde el minimalismo?

Aquel principio de legalidad está insertado dentro del catálogo de los derechos humanos individuales de la parte dogmática de la Constitución, que en su título I hace referencia a la persona humana, sus fines y deberes del Estado, por lo que se excluye todo lo relacionado con personas jurídicas; en tal sentido, esa penalización desde el garantismo no tiene sustento constitucional.

10. DERECHO PREMIAL

El concepto de Derecho Premial para nuestro derecho penal guatemalteco, ha sido, desde la vigencia de la Ley contra el Crimen Organizado, reflejo de la Convención de Palermo[36], se considera una novedad relativa entre la comunidad de penalistas en nuestro país.

Escudriñando la historia, la nobleza europea ha utilizado ese término durante siglos, por ejemplo "El Derecho Premial de la casa Real y Ducal de Borbón Parma, Italia. El acto cumbre se celebró en la Basílica de Santa María de la Stecatta, de Parma, donde se encuentran enterrados los duques reinantes de Parma; allí Don Carlos Hugo distribuyó entre sus hijos títulos nobiliarios parmesanos y condecoró con la orden Constantiniana de San Jorge a diversas personalidades italianas y de otros países europeos"[37], por tanto, ese derecho ha implicado un premio al linaje, a la nobleza, tal como se aprecia en el "Índice Legislativo sobre Derecho Premial Español, sobre Protocolo de Estado, Honores Militares, Distinciones Civiles, Heráldica, Vexilología, Condecoraciones, Tratamientos e Himnos"[38].

Transfiriendo esa conceptualización histórica del Derecho Premial al presente, podría afirmarse mediante un examen prima face que a través de ese instituto se logran premios o beneficios a favor de ciertos imputados que brindan información eficaz de otros coautores del crimen organizado transfronterizo y así lograr su libertad o rebaja de la pena de prisión, al convertirse en colaborador eficaz.

36 La Convención de Palermo o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia transnacional, fue aprobada por el Estado de Guatemala, mediante Decreto 36- 2003 del Congreso de la República de Guatemala, el 1 de Septiembre del año 2003, en tanto que la Ley contra la Delincuencia organizada, Decreto 21- 2006, fue promulgada el 19 de Julio del año 2006.

37 Blog: Doce Linajes de Soria, Casa Troncal. Consulta electrónica en http/docelinajes.blogspot.com/ de fecha 21 de Agosto del año 2012.

38 Vilarrubias, Felio. Derecho Premial, Ediciones de la Universidad de Oviedo, España, 1998. Página 31

La anterior afirmación es correcta en un primer plano, pero el Derecho Premial, va más allá pues significa la existencia de un conjunto de normas jurídicas que otorgan una facultad discrecional al Estado en aspectos a evaluar de qué conducta se pretende inducir y premiar, la proporcionalidad del beneficio, el procedimiento a utilizar y los bienes jurídicos a tutelar, analizando el costo-riesgo-beneficio societario: liberar a uno y condenar a diez, definitivamente desde la política criminal es ventajoso al Estado.

La facultad discrecional del Estado, es una característica de este instituto que se ejerce a través del Ministerio Público, que utiliza el Derecho Premial específicamente para inducir[39] al incoado a brindar la información sobre el crimen organizado a cambio de un premio desprisionalizador, así fue ideado en principio ese Derecho como un ofrecimiento del fiscal, sin embargo, la praxis del Defensor/a demuestra que no se excluye la posibilidad de que el propio imputado se ofrezca como colaborador y posteriormente sea inducido a brindar esa información.

Otra nota distintiva, es que a través de este Derecho Premial se tutela diferentes bienes jurídicos, verbigracia: la vida, la integridad, la locomoción, por citar algunos ejemplos. El derecho penal liberal o garantista ha pregonado que la fórmula para tutelar los bienes jurídicos o valores ético sociales es a través de los tipos penales, por lo que el bien jurídico tiene como función, entre otras, orientar sobre el sentido y finalidad protectora del tipo penal. Ese paradigma se rompe con el Derecho Premial que se ha convertido en tutelar de valores o bienes jurídicos penalmente relevantes, tal como lo hace el tipo penal, basta leer lo preceptuado en el artículo 91, literal a) de la Ley Contra la Delincuencia Organizada (LCDO), que corrobora esa función tutelar, pues la información brindada por el colaborador eficaz debe evitar la consumación de delitos o disminuir su magnitud.

El colaborador eficaz es creación italiana y fue el juez Giovanni Falcone, quien utilizó la figura del arrepentido en la persecución de la mafia siciliana e impulsa históricamente la utilización de esa figura.

“En el verano de 1984, Giovanni Falcone escucha durante 45 días seguidos a Tommaso Buscetta, el capo de los dos mundos, el hombre clave de Cosa Nostra en el tráfico de drogas entre Sicilia y Estados Unidos. Solos los dos en un calabozo de Roma -Falcone ya no se fía de nadie-, el capo habla y el juez rellena con su pluma estilográfica 329 folios de confesiones. El mítico Buscetta se convierte en el primer gran arrepentido de la Mafia siciliana. Palermo, son las 17 horas, 56 minutos y 48 segundos del miércoles 23 de mayo de 2012 y la cuenta sigue abierta. Hace exactamente 20 años, aquí, en esta curva de la autopista entre Isla de las Mujeres y Capaci, mataron al juez antimafia Giovanni Falcone, a su esposa, la también magistrada Francesca Morvillo, y a los escoltas Rocco Di Cillo, Antonio Montinaro y Vito Schifani. La precisión del instante se conoce porque los instrumentos del Instituto de Geofísica y Vulcanología del Monte Erice registraron un pequeño movimiento sísmico con epicentro en aquella curva. No era un terremoto, sino

39 “Inducir: significa instigar, persuadir, mover a alguien, según el Diccionario de la Real Academia Española, 2007. Consulta electrónica , de fecha 21 de Agosto del año 2012.

la explosión de 500 kilos de trinitrotolueno (TNT) colocados bajo la carretera y hechos estallar al paso de la comitiva"[40].

El Derecho Premial y el colaborador eficaz están contemplados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 26, el cual prescribe:

"Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

1. Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;

ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;

iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer.

Un antecedente procesal de ese Derecho se encuentra desde la vigencia del Código Procesal Penal, al regular la figura del testigo de corona, a lo interno del Criterio de oportunidad, contenido en el artículo 25. 6). El arrepentido, debe tener la calidad de cómplice o autor del delito de encubrimiento y brindar información eficaz en contra de autores de delitos contra la salud, cohecho, peculado y secuestro entre otros. La doctrina expone que esa información es una "una declaración compensada". En dicho numeral, el legislador plasmó un numerus clausus de tipos penales, limitando al fiscal la investigación de solo esos delitos, a cambio de esos datos ofrecerá un criterio de oportunidad. Se debe notar que no se exige la comprobación de la información brindada por el testigo de corona y menos relacionar el crimen organizado, esas falencias fueron superadas en el ámbito premial.

El ámbito de delitos se amplió en el Derecho Premial, pues al tenor del artículo 90 de LCDO, la persona que haya participado en un hecho delictivo sea o no integrante del crimen organizado, podrá convertirse en colaborador eficaz. Al relacionar este artículo con la Convención de Palermo, artículo 2, y 94, literal b) de la LCDO, se infiere que para ser colaborador eficaz, el arrepentido debió haber cometido cualquier delito grave y no de bagatela, por ello el o la Defensora tendrá que analizar la calificación jurídica para establecer si se cumple con este extremo.

40 Padovani, Marcelle. Cosas de la Cosa Nostra, Impreso por Sagrafic, Barcelona, España, 2006. Página 51

El artículo precitado (90 LCDO) también conduce a la teoría de la participación, conformada por la autoría intelectual, material y mediata, además se contempla la figura del cómplice. El legislador al redactar el referido precepto dejó el asidero legal a esas figuras al indicar textualmente "La persona que ha participado en un hecho…", por lo tanto se puede afirmar que en la teoría de la participación o participes no ingresa el encubridor, pues el delito de encubrimiento es autónomo, de conformidad con los artículos 474 y 475 del Código Penal, en este sentido el encubridor no ingresa en las formas de participación que se regulan en el Título V, Capítulo I, que contempla a los autores y los cómplices (artículo 35 del CP).

La lógica del Derecho Premial es muy distante de la lógica garantista del derecho penal liberal. Un ejemplo es que podrán convertirse en colaboradores el sospechoso, el incoado y el condenado y con ellos el fiscal podrá reunirse cuantas veces sea necesario, tal como se establece el artículo 96 LCDO, y obtener toda la información no solo del hecho investigado sino de hechos ajenos. Esa actividad investigativa conduce a plantear la siguiente interrogante ¿El fiscal se vale de una entrevista o es un interrogatorio? La entrevista, per se, está estructurada a base de ciertas preguntas debidamente planificadas y preguntar significa inquirir, investigar, interrogar, por ende se puede afirmar categóricamente que en esencia no hay diferencia entre interrogar o entrevistar al imputado, tal como se matiza en el artículo 97 LCDO.

Lo interesante es que a través de ese interrogatorio se logra incriminar a otros co autores y condenar, no obstante que de conformidad con el artículo 9 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio", está garantía no opera en el Derecho Premial, pues a través de esa información se logró sendas condenas a pesar de que el Defensor/a invoque que el fiscal interrogó en la cárcel al colaborador sin presencia de juez competente, dicho argumento se quedó sin materia.

Otra lógica del Derecho Premial eficientista es el hecho de auto incriminarse por el imputado, en su declaración ante juez competente. Una garantía incuestionable en el derecho penal liberal es que la declaración de imputado es un medio de defensa en tanto que en el ámbito premial la declaración del imputado-colaborador eficaz se convierte en prueba incriminatoria en contra de los otros co sindicados y como es una declaración espontánea, toda autodefensa es nula ipso jure, inclusive hace prueba en contra de sí mismo.

La anterior aseveración se obtiene al aplicar el método sistemático al Derecho premial al consultar el artículo 11 literal c) de la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal, que preceptúa: "Los beneficios a que se refiere esta ley se concederán previo estudio que hará la oficina y para testigos, deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:… c) El valor probatorio de la declaración para incriminar a los participes, tanto intelectuales como materiales, del hecho delictivo". El beneficio concretamente es para el colaborador eficaz que fue autor

de delitos graves en la red criminal y que se convertirá en testigo protegido de la fiscalía.

Llámesele como quiera llamarse, es una fachada el llamarlo testigo protegido, realmente es otro imputado que a través de su declaración se auto incrimina y culpa a sus compañeros del crimen organizado, por lo que esa declaración deja de ser un medio de defensa convirtiéndose en prueba.

Recuérdese que esa declaración, sirvió de soporte a la acusación, posteriormente es ofrecida como prueba, y en su momento el imputado comparece al debate público como testigo.

Sin perjuicio de ser testigo protegido, la misma LCDO establece un capítulo denominado Medidas de Protección, en el artículo 103, contemplando la protección policial al colaborador o bien ocultando su identidad. Con ello no cabe duda que el colaborar queda altamente protegido más que un ciudadano de a pié honrado y trabajador.

Este potencial colaborador tendrá que informar eficazmente, al fiscal, sobre los siguientes extremos:

a) Hechos y participes (autores y cómplices) objeto de investigación;

b) Posibles participes y hechos ajenos a los investigados pero que se relacionan con el hecho investigado.

Esta circunstancia se deduce de lo que establece el artículo 11, de la Ley para Protección de Sujetos Procesales, supra citada, que en su literal e) preceptúa:

"Que la declaración pueda concluir a la identificación de participes en otros hechos delictivos que tengan relación con el que es motivo de investigación". Si el colaborador eficaz no brinda esta información corre el riesgo de no ingresar al programa de testigo protegido, por ello el fiscal en su interrogatorio ingresa a escenarios diferentes al investigado, y allí opera la inducción, al ofrecer además del premio de la libertad la calidad de testigo protegido, en este orden de ideas, la facultad discrecional del fiscal será la rectora para decidir si otorga esa protección condicionada por la información obtenida.

La Defensora o Defensor público, está inmerso en la litigación estratégica frente a este fenómeno eficientista del colaborar eficaz, en tal sentido debe evaluar si están presente cuatro elementos esenciales, para establecer si efectivamente existe la figura del arrepentido.

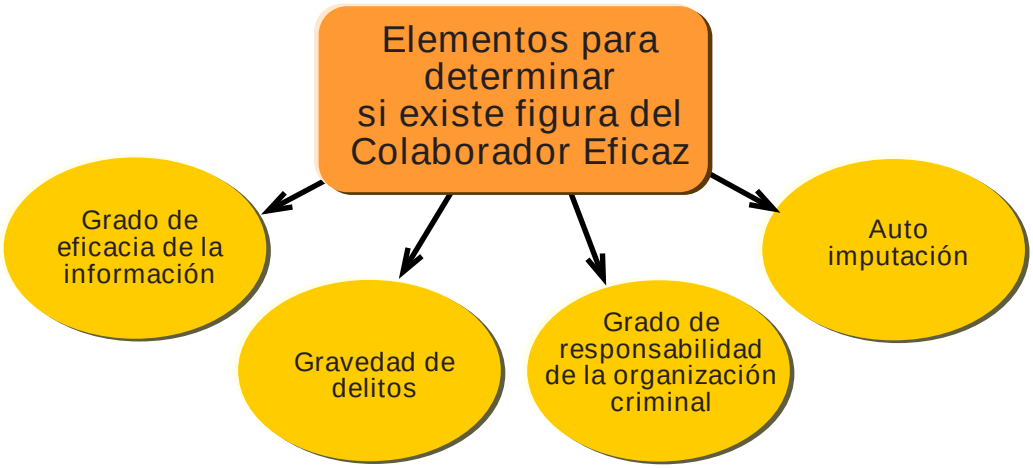
Si uno de esos elementos no está contemplado por el fiscal se puede afirmar que no existe el colaborador:

1. Grado de eficacia de la colaboración o información;

2. Gravedad de los delitos: delitos contemplados en la LCDO y delitos de mayor riesgo, enumerados en el Decreto 21- 2009, Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo;

3. Grado de responsabilidad de la organización criminal: el organigrama criminal;

4. Grado de responsabilidad penal en cuanto a la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador: es la auto imputación.



Con la información brindada por el arrepentido, el fiscal deberá investigar la existencia de la conspiración y la asociación.

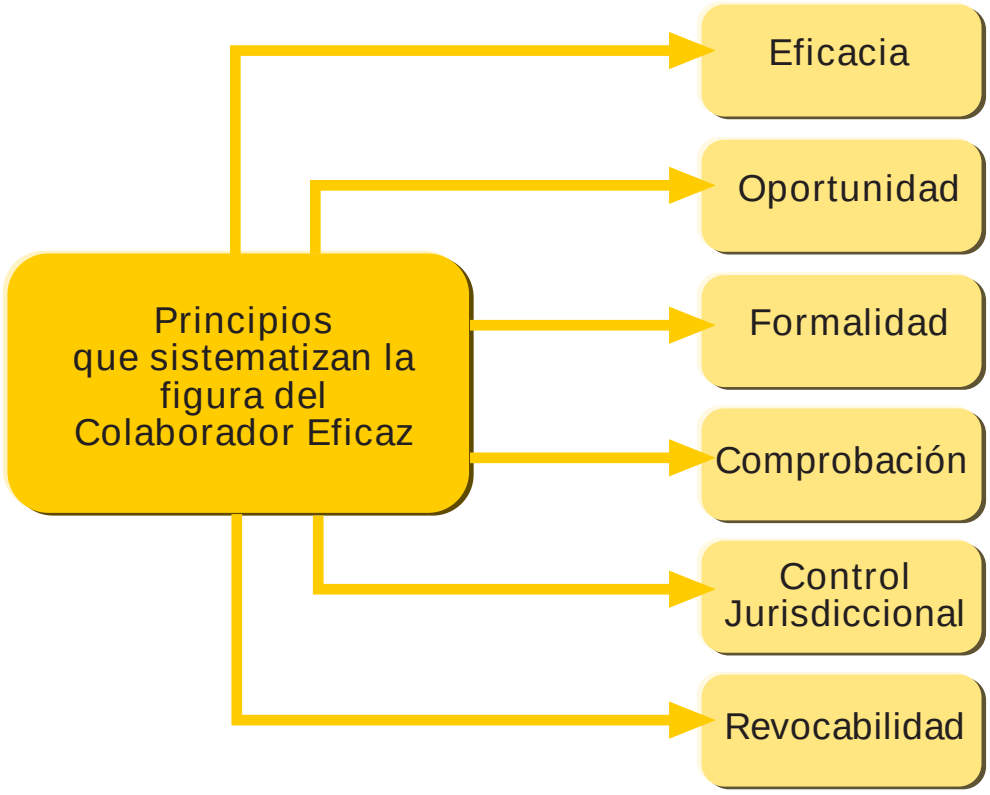
No obstante la existencia de métodos especiales de investigación como lo son el de entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas o de operaciones encubiertas, es la figura del colaborador eficaz la protagónica, por ello resulta importante apropiarse de la temática del arrepentido, para una eficiente estrategia de defensa.

11. PRINCIPIOS DEL DERECHO PREMIAL

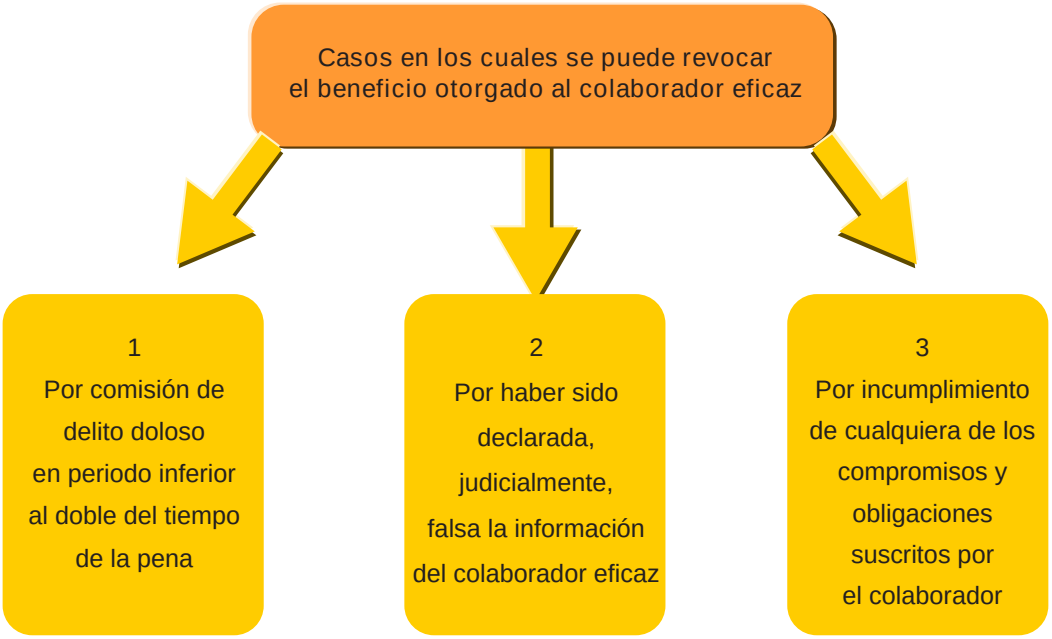
Existen algunos principios que operan y sistematizan la figura del colaborador eficaz, ya sea como sospechoso, procesado o condenado, para mejor comprensión de este fenómeno y que se desarrollan a continuación:

1. Principio de eficacia: grado de importancia de la información brindada. Art. 94. a) y 98 LCDO.

2. Principio de oportunidad: para el caso del sospechoso o imputado, se podrá convertir en colaborador en la fase preparatoria, intermedia y hasta antes del debate. Durante el debate oral se otorgará el sobreseimiento para el cómplice. Se podrá aplicar el beneficio de la libertad condicional o la libertad controlada para el caso de los condenados. Arts. 92 y 93 LCDO.
3. Principio de formalidad: Se debe celebrar el acuerdo respectivo entre el MP e imputado, que le dará la calidad de colaborar eficaz con el beneficio otorgado. artículo 98 LCDO.
4. Principio de comprobación: Deberá corroborarse la información proporcionada. Artículo 97 LCDO.
5. Principio de control jurisdiccional: Es el juzgador el único que autoriza el acuerdo, por ende califica la calidad de colaborador eficaz y el beneficio ha otorgar: criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, procedimiento abreviado, sobreseimiento, rebaja de la pena. Para los condenados la libertad condicional y la libertad controlada. Artículo 92 y 101 LCDO.
6. Principio de revocabilidad: Se otorgará el beneficio respectivo con la condición de que no cometerá delito doloso, por un tiempo no menor al doble de la pena máxima que establece la ley por el delito que se le sindico, por falsedad de la información o por incumplimiento de los compromisos. Artículo 102 bis LCDO.



Principio de Revocabilidad



El Derecho Premial permite visualizar tres escenarios relacionados con el colaborador como sospechoso, procesado o condenado y en ello el Defensor/a juega un determinado rol.

En el caso del sospechoso, que podría estar libre, como ciudadano puede entrevistarse libremente con el fiscal y negociar el beneficio, y en su caso podría acudir a la cita con el Defensor de su confianza si lo desea.

Si el potencial colaborador está con medida sustitutiva o en prisión, o bien condenado es obligación la presencia del Defensor en las negociaciones con el fiscal, con la finalidad de establecer que se respete el debido proceso y obtener el mejor beneficio para su patrocinado. No se excluye la posibilidad de que el imputado, manifieste al Defensor que se entrevistará con el fiscal sin la presencia del Abogado, en este caso se aconseja hacer la razón respectiva con firma o impresión digital del incoado con la finalidad de evitar responsabilidades.

Realmente el rol del Defensor/a no es de contención como sucede en el juicio adversarial, pues el imputado desea colaborar espontáneamente con brindar la información eficaz, por lo que si el Abogado asume una actitud de confrontación con el fiscal lo más probable es que no exista acuerdo, en perjuicio del imputado, por lo que en los tres escenarios del colaborador el rol del Defensor es convertirse en consultor y asesor del imputado, fiscalizará el debido proceso y tratara de obtener el mejor beneficio para el

colaborador. Luego de que el arrepentido obtenga su libertad, ese testigo será responsabilidad del fiscal.

12. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO

Ocurre que en ciertos casos el fiscal ofrece el beneficio del colaborador eficaz al procesado a cambio de toda la información y finalmente no lo otorga, sin embargo los datos que el procesado brindó, los utiliza en contra de los otros coautores. En el argumento indicado, existió un interrogatorio extrajudicial, por parte del fiscal, carente de todo valor, por lo que aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado (Fruit of the poisounous tree) todos los actos derivados de ese interrogatorio son nulos ipso jure, argumento que queda reforzado por lo prescrito en su parte conducente el artículo 183 del Código Procesal Penal: "Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido,…" Ese medio fue el interrogatorio extrajudicial que generó las líneas de investigación como escuchas telefónicas, videos, testigos, etc., para desencadenar con la detención del resto de personas que integran la supuesta organización criminal, todo ese material probatorio es sencillamente nulo.

Ese envenenamiento afecta no solo a la prueba directa sino que a la indirecta, ese es el efecto extensivo de esta doctrina de corte norteamericano, aplicable igualmente a la denominada "teoría del hallazgo inevitable" que son pruebas encontradas fortuitamente, ya que no se esperaba su hallazgo, pero ocurrió incriminando a los sospechosos o procesados. Ejemplos de aquella doctrina abundan, tal el caso del allanamiento en que se espera detener a ciertos sospechosos a quienes no se les halla en el lugar pero se encuentra droga. El artículo 63 de la LCDO, contiene esta teoría al estipular que "Cuando a consecuencia de una medida de interceptación, autorizada conforme la presente ley, resultare información de hechos delictivos del investigado o de un tercero no previstos en la autorización judicial, el fiscal deberá ponerlo en conocimiento inmediato del juez contralor, a efecto de solicitar una nueva autorización con respecto a los nuevos hechos descubiertos". En síntesis ese hallazgo también será nulo producto del método ilegal de cómo se obtuvo la información.

Por cierto esta doctrina del fruto, queda atenuada mediante la teoría de la fuente independiente, que postula que si a través de otros medios de prueba, ajenos al envenenado, se corrobora la incriminación, pues bastará con retirar la prueba ilegal y la imputación subsistirá gracias a la prueba independiente.

Esta doctrina, de la fuente independiente, trata de palear el costo social que representa para el Estado el perder el caso por la presencia de esa prueba contaminada, por ello: "Esta teoría resulta acorde con todo el sistema procesal constitucional, pues la existencia de una desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las pruebas

encontradas es razón suficiente para que el juez pase a ponderarlas y puedan constituirse como prueba de cargo, ya que ellas en sí mismas carecen de ilicitud alguna"[41]

Finalmente el fenómeno del Derecho Premial, se consagra en el absurdo, pues el potencial colaborador eficaz se convertirá en testigo clave en el futuro debate que se realizará en el tribunal de competencia para procesos de mayor riesgo.

Este proyecto de juzgados o tribunal de mayor riesgo surgió con la finalidad de brindar protección a jueces, magistrados, fiscales, imputados, testigos y demás sujetos procesales, ante riesgos personales inminentes derivados de estar conociendo delitos graves (delitos de mayor riesgo) por lo que al tenor del artículo 4 del Decreto 21-2009 (modificado por el Decreto 35- 2009) del Congreso de la República de Guatemala, la única facultada para pedir la competencia en procesos de mayor riesgo, es el o la Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, solicitud conocida por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, que podría admitir o rechazar esa solicitud.

La interrogante es ¿de dónde viene ese riesgo o peligro para los sujetos procesales? a la lógica la única respuesta es que la fuente de ese riesgo deriva de los propios imputados o de los otros sindicados que aún están en libertad, pues del fiscal, juez, defensor o víctima no es factible.

Naturalmente se debe denunciar, ya sea por el juez o fiscal, de dónde proviene y probar en qué consiste el riesgo, circunstancias que en la praxis no se da, pues la Cámara Penal[42] es del criterio que esa discusión es un punto de derecho, al exponer que basta con que el riesgo sea presente o futuro y que los delitos sean de mayor riesgo cometidos por el crimen organizado, por lo que la audiencia está prevista para discutir cuestiones de competencia en cuestio juris y no para dilucidar aspectos fácticos o cuestio factis, argumentando que en todo caso la Cámara no es un tribunal de cognición. Ese argumento de la Cámara responde al denominado Derecho Penal de Riesgo, como una arista del Derecho Penal del Enemigo, pues el mismo se fundamenta en el pronóstico de la existencia de un riesgo o mal futuro, por lo que el Derecho Penal además de sancionar los hechos del pasado pretende resolver hechos del futuro, lo que convierte al Derecho Penal en una disciplina acientífica, por fundamentarse en pronósticos, so pretexto de brindar protección a jueces, magistrados o testigos. Aquí el juzgador se convierte en un estadista que elabora proyecciones a fin de anticiparse a los acontecimientos prediciéndolos.

Lo paradójico es que el colaborador eficaz (el arrepentido) comparece ante ese Tribunal de Competencia para procesos de mayor riesgo, como testigo, legitimado por el Derecho Premial y con solvencia moral, para acusar a sus compañeros del crimen organizado, no obstante que él es tan autor como el resto de la organización, sin embargo

41 Martínez García, Elena. La eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Ediciones Tirant Blanch, Valencia, España, 2003. Página 90

42 Caso número 1070- 2012-1456 Cámara Penal, Corte Suprema de justicia, imputados Galicia Galindo y Tzul Castro por delitos de plagio, violación, conspiración y asociación ilícita.

queda doblemente blindado tanto por ser testigo protegido del Ministerio Público y actuar en ese proceso de mayor riesgo, que se caracteriza por etiquetar al resto de co autores de formar crimen organizado, de constituir un riesgo por ser sujetos peligrosos autores de delitos de mayor riesgo.

Además esos tribunales de mayor riesgo cumplen con nutrir al denominado Derecho Penal Simbólico, que es un fenómeno mediático mediante el cual se traslada a la sociedad un clima de combate frontal al crimen organizado y que si existe justicia, por las constantes condenas elevadísimas, por ello existe un clima de paz social, sin embargo la espiral de violencia real está en constante aumento, convirtiéndose en una utopía ese aparente ambiente de armonía societaria. Es prudente advertir que ese Derecho Penal Simbólico es una macro estrategia que podría involucrar a otros actores, tal el caso del parlamento con la inflación penal, a la policía, Ministerio Público, Organismo Judicial, sistema penitenciario y otras agencias de seguridad, inclusive, organizaciones no gubernamentales.

"Un Derecho Penal Simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho Penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho Penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales. Un Derecho Penal Simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia" [43]. La anterior cita del profesor Hassemer, ilustra el significado de ese fenómeno estadístico por excelencia.

13. MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Ya se han dedicado varias líneas relacionadas con el crimen organizado, cuya presencia es innegable en el contexto internacional y su especialización en ciertas temáticas como el narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, pornografía infantil, etc.

Como reacción a ese fenómeno delincuencial, en la Conferencia Política de Alto Nivel celebrada en Palermo, Italia del 12 al 15 de diciembre del año 2000, se suscribe la Convención de Palermo por varios Estados, de la cual Guatemala es signataria mediante el Decreto número 36-2003 del Congreso de la República de fecha 19 de agosto del año 2003.

Posteriormente en Guatemala, toma vigencia la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006 del Congreso de la República, y se publicaron,

43 Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, 1993. Página 13.
Consulta electrónica: juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf/ del 28-08-2012

en su momento, en el Diario de Centro América, con fecha 11 de junio del año 2007, los Acuerdos Gubernativos que contemplan tres reglamentos: a) Acuerdo Gubernativo 187-2007 que contiene el Reglamento para la Aplicación del Método Especial de Investigación de Entregas Vigiladas; b) Acuerdo Gubernativo número 188-2007 que contempla el Reglamento para la Aplicación del Método Especial de Investigación de Interceptaciones Telefónicas y otros Medios de Comunicación; c) Acuerdo Gubernativo número 189-2007 que contiene el Reglamento para la Aplicación del Método Especial de Investigación de Operaciones Encubiertas.

Estos acuerdos desarrollan nuevos métodos de investigación aplicables por el MP para dar tratamiento criminalístico a los nuevos delitos cometidos por el crimen organizado, sin embargo, desde la perspectiva del Defensor/a es necesario abordar a partir del tamiz constitucional, dichos métodos para corroborar su legitimidad y establecer si contradicen o no la Carta Magna.

Se debe poner de relieve el hecho de que el MP, actualmente, investiga con métodos tradicionales, los delitos de última generación, verbigracia: utiliza testigos o documentos, y con ellos pretende demostrar que los imputados son parte del crimen organizado. La justificación de estos métodos especiales de investigación es para lograr insertarse en la estructura de la organización criminal y desarticularla, sin embargo, no siempre son utilizados por el ente investigador por diversas razones que no son culpa del procesado/a.

14. METODO ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN DE ENTREGAS VIGILADAS

Previo al desarrollo de la regulación normativa de esta temática, es imprescindible mencionar los antecedentes históricos de esta técnica. Existen 3 instrumentos de las Naciones Unidas que se refieren al tema de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, mencionadas en el VII Simposio Internacional de Criminalística, por el Doctor Kristian Holgeasesor, realizado en la Escuela General de Santander, Colombia,[44] y que son:

1) La Convención Única de l961, sobre Estupefacientes.

2) El Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

3) La Convención de las Naciones Unidas, de 1988, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

En esta última Convención de 1988, se habla por primera vez en su artículo 1, literal g) de “entrega vigilada”, presentándonos una definición legal: “Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes

[44] VII Simposio Internacional de Criminalística “Fiscalización Internacional de Drogas y Técnica Vigilada” Colombia, 1998.

definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:…g) Por entrega vigilada se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos".

Además, en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York, Estados Unidos de América, sobre "Cooperación Judicial para promover la fiscalización de drogas"[45] se hace referencia que para la lucha mundial contra las drogas ilícitas se hace necesario una cooperación internacional eficaz en asuntos judiciales, como la extradición de prófugos, la asistencia jurídica mutua, el traslado de causas y la entrega vigilada.

Desde ese entonces, ya se vislumbra el combate frontal al narcotráfico internacional promocionado por el Crimen Organizado Transnacional y la implementación de estos métodos novedosos de investigación: La entrega vigilada, las escuchas telefónicas y el agente encubierto.

Del artículo 35 al 47 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, se regula este método, complementado con los 37 artículos del Acuerdo gubernativo 187-2007 del Ministerio de Gobernación, que se explican brevemente para tener una noción de cómo funciona este método.

El método indicado se refiere al transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes (droga que fue incautada y que es parte de un anterior proceso penal y que aún no ha sido incinerada, luego de su uso se incinerará) u objetos prohibidos o de ilícito comercio que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de las autoridades consistentes en personal especial de la Policía Nacional Civil bajo la supervisión del Ministerio Público.

Este método se utilizará con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización de la droga, por ejemplo, la obtención de elementos probatorios y la identificación de los partícipes de esas actividades ilegales. Además, esta técnica podrá combinarse con el agente encubierto, lo cual significa que existe la entrega vigilada fuera de una operación encubierta.

La solicitud fundamentada se dirige al Fiscal General y al Jefe del Ministerio Público, justificándose el uso del método, y se describe íntegramente la remesa o la droga utilizada. Se deberá documentar la entrega vigilada mediante grabaciones de voces, utilización de micrófonos, fotografías, grabaciones de imágenes u otros métodos técnico-científicos. El Fiscal General podrá resolver en cualquier momento la cesación de las operaciones de entrega vigilada.

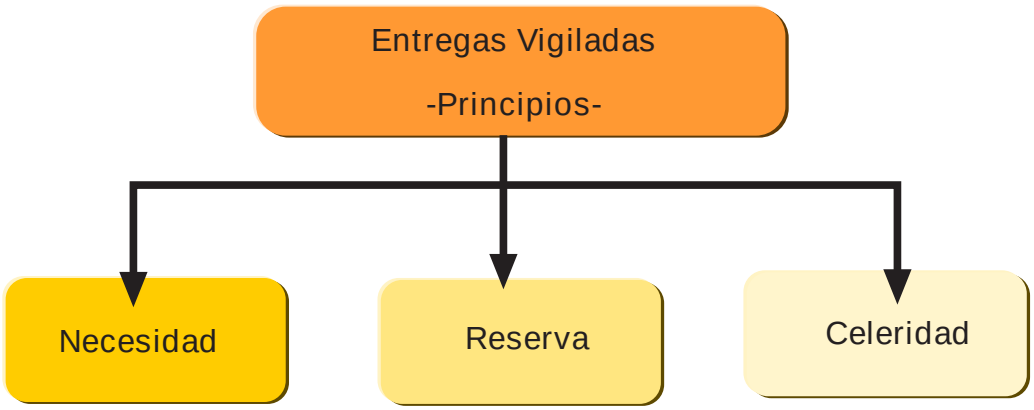
45 Asamblea General de las Naciones Unidas, período extraordinario de sesiones dedicado al problema mundial de las Drogas "Cooperación Judicial para promover la fiscalización de Drogas, "Nueva York, junio de l988.

Deben tenerse presente los siguientes principios para utilizar este método.[46]

1- Necesidad: Se ha de utilizar esta técnica, pues no se logra la obtención de la información necesaria con las técnicas habituales.

2- De reserva: La obligatoriedad de que las actuaciones solo sean de conocimiento de los funcionarios autorizados por la ley.

3- De Celeridad: La obligatoriedad de impulsar con prontitud las diligencias a las que se refiere este método.



Es interesante comentar que en la Asamblea General de la ONU sobre "Cooperación Judicial para promover la Fiscalización de Drogas", se ponen de manifiesto ciertos problemas prácticos que se estaban presentando con la utilización de este método, en ciertos Estados y se hacen saber a la comunidad internacional:

La necesidad de identificar a las personas que intervienen en una transacción y facilitar la detención de los responsables principales y no solo de los traficantes callejeros.

La vigilancia de la entrega a menudo es difícil porque la policía del país de destino suele enterarse del envío ilegal cuando ya está en tránsito, o ya ha llegado al territorio nacional, hasta en ese momento tiene conocimiento de la entrega vigilada, dificultando la detención de las personas.

La información sobre la ruta prevista puede ser escasa y la ruta puede cambiar inesperadamente.

Interesante resultan otros tópicos abordados por el Fiscal Nacional del Ministerio Público de Santiago, Chile[47] con relación a la entrega vigilada, y son los siguientes:

46 Artículo 2 del Acuerdo Gubernativo 187-2007 del Ministerio de gobernación.

47 Oficio 551 de fecha 14 de diciembre del 2001 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena, de Santiago, Chile, dirigido a Fiscales Regionales y adjuntos del país.

"1- De la definición de "entrega vigilada" se deben conocer y detener a todos los integrantes de la red de narcotraficantes. Si la remesa se intercepta antes de llegar a su destino, se hará deficiente la investigación, pues se ignorará quién es el destinatario lo que dificultará su persecución.

2- De no existir cooperación internacional, sobre todo con nuestros países vecinos, resulta inaplicable la entrega, ya que si en alguno de ellos no se persigue penalmente a los participantes, no tiene sentido que la droga salga del país de origen.

3- Debe tenerse presente que la entrega vigilada muchas veces se verá completada con otras técnicas de investigación, verbigracia el agente encubierto y las interceptaciones telefónicas.

4- El tránsito internacional controlado es la autorización para drogas que provienen del exterior, que circulen y salgan a un tercer país; sin embargo, es más importante el tránsito nacional controlado, permitiéndose a las autoridades a no denunciar y tolerar que las sustancias circulen hasta que lleguen a su destinatario final.

5- En algunos casos, la Corte Suprema ha absuelto del delito de tráfico de drogas por falta del objeto material, sentencia de fecha 13 de septiembre de l995, pues se hizo creer que era cocaína y realmente era un "polvo inocuo".

Esta lista de problemas abordados por la ONU y por el Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, son ejemplos de que no será fácil abordar el tema de la entrega vigilada en Guatemala y de cómo se incorporarán al proceso penal, las evidencias derivadas de la utilización de esta técnica, pues el tema está ligado necesariamente al análisis de la prueba ilegítima, de conformidad como lo prescriben los artículos 183, 186 y 283 del Código Procesal Penal.

Es interesante comentar el artículo 47 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada que establece varias causales por las cuales el Fiscal General podrá cesar las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, en particular, el numeral 6, que prescribe: "Cesación de entregas vigiladas y operaciones encubiertas…6. La operación haya violado un precepto constitucional"

El problema es que solo el Fiscal de la operación sabrá si se han conculcado algunas garantías constitucionales en detrimento de los imputados, tales como fallas en el operativo o en la actuación de los agentes encubiertos, que induzcan o provoquen la comisión de delitos por algún miembro de la organización criminal, por citar algunos ejemplos, no obstante que existe una prohibición al respecto, en el artículo 30 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, podrían darse esas ilegalidades en nivel fáctico.

Un problema latente que se genera, en este método de entrega vigilada, es la reserva de la investigación impuesta en el artículo 32 del Acuerdo Gubernativo 187-2007, por lo tanto, no se descarta la posibilidad de un actuar arbitrario que vulnere garantías constitucionales y que el sujeto de investigación pueda ignorarlo pero como es un procedimiento inquisitivo cuyo manejo de información corresponde exclusivamente al Fiscal del caso, es obvio que no reportará ilegalidades.

Lo relevante es que como resultado de conculcar algunas garantías, se logre la detención de los miembros de la criminalidad organizada y también la obtención de material probatorio que los incriminará, tal es el caso de grabaciones de voces, videos y fotografías; sin embargo, serían nulas ipso jure, pues todo inicio con actos ilegales por parte del ente investigador y por ende, todo lo derivado de ellos, tiene el mismo tinte de ilegales, operando la famosa doctrina norteamericana del fruto del árbol envenenado.

Esa situación remite a pensar que prácticamente será el gobierno de algunos Fiscales y de Agentes Encubiertos dentro de las entregas vigiladas, pues si dolosamente vulneran algún precepto constitucional en esa investigación inquisitiva, ese escenario no será ámbito susceptible de amparo, pues se ignora qué está sucediendo realmente, y se convierte en inoperante dicha acción.

No se está generalizando el actuar de todos los Fiscales y de sus agentes encubiertos, pero no deja de preocupar que ese escenario investigativo se convierta en un asidero de ilegalidades al amparo de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, en la lucha frontal contra el crimen organizado.

Otra problemática es el hecho de que la entrega vigilada, ya sea droga o un objeto de ilícito comercio, debe extraerse de un proceso penal previo en el que podría estar actuando un Defensor/a, y ya operó la incautación de la droga u objetos ilícitos, tal como lo establece el artículo 19 del Acuerdo Gubernativo 187-2007 y que constituye el objeto material de ese proceso, en tal sentido, si ya estaba embalado, pues deberá desembalarse para que circule como entrega vigilada, contaminándose y perdiéndose la cadena de custodia, y una vez cumplido su cometido (la detención de personas, por ejemplo) regresará ese objeto alterado y contaminado al proceso penal de donde salió. Se afectó el embalaje y la cadena de custodia.

Otro tema es el plazo de la incineración de la droga ante Juez Incinerador, que de conformidad con el Decreto número 27-2012 del Congreso de la República, que reforma el artículo 19 de la Ley Contra la Narcoactividad, será de inmediato o en el plazo de 10 días a la fecha en que se solicite, lo cual es de naturaleza imperativa. ¿Entonces qué pasa si la entrega vigilada circula más de ese plazo?, con ello se afecta el principio de imperatividad procesal, en ciertos casos concretos, ya que ni en la Ley Contra la Delincuencia Organizada ni en el Acuerdo 187-2007 hacen alguna salvedad en extender dicho plazo por motivo de utilizarse determinada droga como entrega vigilada, y si eso ocurre se estarán variando las formas del proceso por parte del Juez contralor (Artículo 3 CPP).

Pero lo más grave, es que dicho objeto material (droga o bienes ilícitos) salió de aquel proceso para ser utilizado en otra investigación ajena, quedándose aquel proceso sin ese objeto (thema probandum) temporalmente, en tanto esté circulando en el interior del posible crimen organizado. Los argumentos expuestos anteriormente deberán señalarse en todo caso por el Defensor/a que esté actuando en un proceso del cual se extrajo la droga para utilizarla en una operación encubierta.

Se pueden identificar otros problemas operativos derivados del artículo 19 del acuerdo 187-2007, planteados de la siguiente manera:

a) Taxativamente, no se exige que previo a entregar la droga en calidad de entrega vigilada se deba practicar por parte del INACIF los exámenes toxicológicos, para establecer su grado de pureza. Tampoco el Decreto número 27-2012 del Congreso de la República, que reforma el artículo 19 de la Ley contra la Narcoactividad, se refiere a la entrega vigilada. Esto incide en dos situaciones: a) Ese vacío podría convertirse en asidero legal para no cumplir con el análisis toxicológico previo y entregar la droga sin mayores precauciones legales, surgiendo el riesgo de que regrese otro producto que no sea el estupefaciente de origen; b) Debido a que la ley objeto de análisis indica que la entrega vigilada podrá consistir en droga, es necesario acreditar su grado de pureza y la cantidad exacta, mediante el peritaje respectivo para establecer la veracidad de la operación encubierta y de que efectivamente es droga, pues el grado de pureza será evaluado por el crimen organizado para motivarse a la negociación y lograr detenerlos e incautar la nueva droga que ellos estaban negociando, de no ser así no se estará ante una estricta entrega vigilada, pues podría estar circulando polvo blanco que no es estupefaciente, generándose las consecuencias jurídicas para el primer proceso de no existir delito alguno, por ser un polvo que no es droga, y por ende la existencia de atipicidad, y para el segundo proceso, existirá una desnaturalización del método especial de investigación, pues la exigencia del artículo 35 de La Ley Contra la Delincuencia Organizada y 17 del Acuerdo gubernativo 187-2007 es taxativo en el sentido de que debe ser droga y no otra cosa, por lo que se estará negociando con la criminalidad organizada con otros producto induciendo a error, lo cual provocará que todo lo derivado de ese ardid sea nulo ipso jure; por ello; es importantísimo exigir de conformidad con el artículo 150 del Código Procesal Penal la presentación de la evidencia física (la entrega vigilada) y no conformarse con fotografías o video de ella.

b) ¿Se suspende o no el trámite del proceso penal durante la ausencia del objeto material que se está utilizando en la operación de entrega vigilada?, definitivamente se asume que no debe suspenderse dicho trámite, por ser contraproducente al “plazo razonable” prescrito en el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de que no existe causal legal para ello, por lo que no se descarta la posibilidad de que termine la fase preparatoria y el objeto material (entrega vigilada) aún no regrese, lo cual favorece al imputado/a, máxime si es droga sin el análisis respectivo.

Si se suspendiese el trámite, se estarán alterando las formas del debido proceso (artículo 3 CPP), habilitando una actividad procesal por defecto absoluto, de conformidad con el artículo 283 del Código Procesal Penal, pidiéndose la reactivación inmediata del proceso por inexistencia de causa legal para esa suspensión. No se descarta la acción de amparo, utilizando los mismos argumentos esbozados anteriormente sin necesidad de concluir ningún recurso ordinario para agotar la definitividad, pues no existe la impugnabilidad objetiva como causal para recurrir ante esa suspensión, en el Código Procesal Penal, La Ley contra la Delincuencia Organizada, ni en el Acuerdo Gubernativo que desarrolla este método. Podría operar en todo caso un sobreseimiento.

c) El Fiscal durante el proceso deberá demostrar la justificación de la necesidad de utilizar este método, y de que existió la entrega vigilada consistente en droga con la certificación de su calidad por parte del Instituto Nacional de Ciencias Forenses-INACIF- pero además, deberá indicar todo lo relacionado con la planificación de la ruta de punto a punto, de su transportación, del lugar de entrega e identificar a los partícipes de la organización que se concertaron y también el organigrama criminal; en caso contrario, fallará este método.

Finalmente, se advierte que este método aún no se ha operativizado por parte del Ministerio Público en Guatemala, por lo que de momento no se tienen casos concretos para analizar y extraer las conclusiones puntuales, por lo que se debe esperar la aplicación de la teoría a la praxis para obtener conclusiones más precisas.

15. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN DE INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA Y OTROS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Este método fue ideado para interceptar, grabar y reproducir, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan, y que sean utilizados por el crimen organizado local o transnacional.

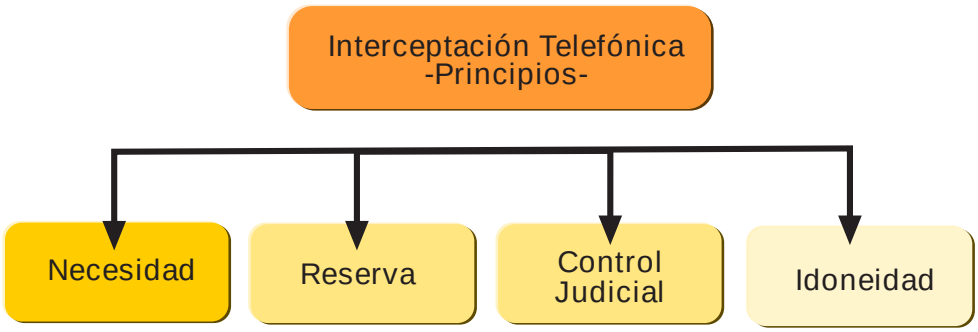
Los Fiscales son los únicos competentes para hacer este tipo de solicitud al Juez Penal, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 50 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y con los principios establecidos en el artículo 51 de la referida Ley y 3 del Acuerdo Gubernativo número 188-2007, que se explican de la siguiente manera:

1) Principio de Necesidad: Cuando de la investigación realizada se establece que la criminalidad en red está utilizando estas formas de comunicación.

2) Principio de Reserva: La información obtenida solo será del conocimiento de los funcionarios autorizados por la ley.

3) Principio de Control Judicial: Este método es el único que requiere de autorización y vigilia por parte del Juez Penal contralor.

4) Principio de Idoneidad: Se califica por la naturaleza del delito que se está cometiendo; por lo tanto, este método es el eficaz para obtener elementos de investigación que permiten evitar, interrumpir o esclarecer los referidos hechos delictivos.



De conformidad con el artículo 25 del referido acuerdo gubernativo, el Fiscal presentará al Juez Penal los argumentos para utilizar este método de investigación, audiencia que será oral y en la que solo estarán presentes los investigadores policiales que se encargaron de hacer la investigación preliminar para justificar la misma. Es una audiencia inquisitiva prácticamente. Al respecto, el Profesor de Criminalística de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Doctor Julio Fernández Pereira, indica con relación a la secretividad del proceso penal, que: "Quizás éste sea el rasgo más característico de la arbitrariedad que prevalece en el sistema inquisitivo, habida cuenta que todas las actuaciones practicadas por la administración de justicia son plenamente secretas, no conocidas por el procesado, ya que el mismo no tiene acceso en ningún momento a ellas, lo que implica la imposibilidad de proponer pruebas, puesto que no se le considera parte en el proceso. El secreto es utilizado para darle impunidad a la injusticia" [48]

Definitivamente, es necesario pasar por el tamiz constitucional el tema de las escuchas telefónicas y el referido Acuerdo Gubernativo número 188-2007, para establecer su legalidad o ilegalidad, particularmente, con relación al artículo 24 de la Carta Magna, que preceptúa en su parte conducente:

"Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna".

[48] Fernández Pereira, Julio. Derecho Procesal Penal, Tema I. Pág. 11

La postura que se adopta se refiere a que la autorización de Juez competente, contenida en la norma fundamental indicada, se limita únicamente a la correspondencia, documentos y libros de toda persona, y no aplica a la interceptación de comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otras de la tecnología moderna.

Al amparo de la Constitución Política de la República de Guatemala, se considera imprescindible la autorización, por parte de Juez Penal, para realizar escuchas telefónicas. La autorización a la que se refiere la pauta fundamental se encuentra intercalada entre dos supuestos jurídicos diferentes. Los primeros supuestos se refieren a correspondencia, documentos y libros; allí existe un punto y seguido. Los segundos supuestos son imperativos al garantizar el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, por lo cual, toda actividad contraria a lo prescrito en esta garantía es una afectación a la misma. Todo guatemalteco y guatemalteca es la destinataria de esa previsión constitucional y por ello se le garantiza la privacidad e intimidad de la comunicación telefónica.

Se infiere que la autorización judicial está relacionada con el primer párrafo y no se extiende al segundo. Es evidente que el Organismo Ejecutivo, mediante el Ministerio de Gobernación, realizó una interpretación contextual de aquel precepto, artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

En esta clase de interpretación contextual, el significado de las normas se adapta a nuevos fenómenos jurídicos, lo cual se logra, por ejemplo, en la creación de normas ordinarias, pero sin modificar el precepto constitucional; solo así se explica la existencia de este método de interceptación telefónica en el combate a la criminalidad organizada transnacional, pues al amparo de la estricta legalidad y de un positivismo jurídico, estamos ante una total violación del precepto 24 de la Carta Magna, al haberse interpretado contextualmente, atentando contra los términos utilizados en dicho artículo, pues son claros y no dan lugar a duda, por lo que la interceptación de las escuchas telefónicas es ilegitima.

Artículo 24 constitucional: "Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente, y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna."

Pedagógicamente recurriendo a la técnica del código de colores, se diferencian en el precepto constitucional tres supuestos jurídicos fundamentales diferentes, en este orden de ideas, el color rojo no puede invadir ni al azul ni al verde; por lo tanto está vigente la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

En cuanto a la claridad de los términos contenidos en las pautas constitucionales, el Licenciado José Arturo Sierra, ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad y Presidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (período 2007-2009), explica en su obra de Derecho Constitucional Guatemalteco, lo siguiente: "(...) los términos o palabras empleadas en la Constitución únicamente deben entenderse en su sentido técnico o legal, cuando del texto se infiere claramente que esa fue la intención del constituyente; de lo contrario, se les debe entender en su acepción general, común, popular u ordinaria. La claridad de redacción es la cualidad de un texto que permite apreciar su contenido, su mandato, prohibición o lo que faculta, sin mayor esfuerzo interpretativo"[49]

Cosa distinta ocurre con la experiencia colombiana, pues su Carta Magna vigente lo permite taxativamente, al prescribir en su artículo 15 que: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley"

Un tema necesario a tratar con relación a los preceptos constitucionales en materia de Derechos Humanos individuales, es establecer si son normas operativas o programáticas. Esa diferencia se obtiene al analizar la formulación de las normas fundamentales, pues existen ciertas previsiones operativas que no necesitan un desarrollo posterior en ley ordinaria, sino que son de aplicación inmediata, por ejemplo el derecho a la vida, y encontramos otros preceptos de corte programático que requieren de un desarrollo posterior en las leyes de inferior jerarquía.

En otras palabras, las normas operativas no requieren ser reglamentadas ni condicionadas a otros actos normativos en tanto que las normas constitucionales programáticas sí han de necesitar una ley inferior que las desarrolle. En todo caso, un sector de la doctrina es claro de que por el solo hecho de tener una naturaleza normativa de súper legalidad, el precepto constitucional no requiere de un desarrollo a posteriori en una ley o reglamento, de lo contrario la misma no se positivaría.

Esto nos conduce a preguntarnos si el artículo 24 constitucional es operativo o programático. Este precepto es claro en el tema que nos ocupa, pues el Estado garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas y para revisar un libro o un documento, podrá el Juez Penal autorizarlo en resolución firme. Existe claridad de esa previsión constitucional, por ende, no requiere de ningún desarrollo normativo ordinario o reglamentario para comprenderla, sino que es de aplicación inmediata; sin embargo, mediante la arbitraria interpretación contextual se reglamentaron las escuchas telefónicas en la propia ley contra la delincuencia organizada y en su respectivo acuerdo gubernativo.

49 Sierra, José Arturo, Derecho Constitucional Guatemalteco, Pág. 105

En este sentido, se puede afirmar categóricamente que tiene logicidad el argumento de las normas fundamentales que siempre serán de naturaleza operativa en materia de Derechos Humanos individuales de la parte dogmática de la nuestra Carta Magna, pues resulta aberrante pensar que frente a determinados abusos de poder por parte del Estado, se deba esperar un futuro desarrollo del precepto fundamental para poder invocarlo como limitante al Ius Puniendi, si esto ocurriera, el ciudadano/a estaría en total indefensión, esperando que algún día tomase vigencia la normativa ordinaria o reglamentaria encargada de desarrollar aquel precepto fundamental, mientras tanto deberá soportar los abusos de poder por parte del Estado.

Entonces, ¿los artículos que regulan el método cualitativo de escuchas telefónicas son normas que desarrollan aquel precepto constitucional? Definitivamente que no, pues el artículo 24 de la Carta Magna es operativo y no programático. Por el contrario, los preceptos de inferior jerarquía que permiten las escuchas telefónicas lo desnaturalizan al permitir situaciones que están taxativamente prohibidas por una ley que goza de súper legalidad, como en la Constitución Política.

Por tanto, el apartado de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Acuerdo Gubernativo correspondiente son inconstitucionales.

Para neutralizar esas normas permisivas basta invocar el principio de supremacía constitucional, que postula que toda norma inferior que contradiga a la Constitución es nula ipso jure, artículo 175 de nuestra Carta Magna.

Se inicia esta actividad con la siguiente interrogante, ¿puede un Acuerdo Ministerial modificar el contenido de un precepto fundamental? La respuesta es obvia: no es válido ni lógico, sin embargo, la Ley Contra la Delincuencia Organizada y su reglamento, en este tópico de la interceptación telefónica, es producto de una interpretación contextual reflejo del Convenio de Palermo. Se trae a cuenta el argumento falaz de lo(a)s defensores/as sobre la interpretación contextual al pregonar que solo mediante esta interpretación los preceptos constitucionales podrán adaptarse a los fenómenos actuales emergentes del ámbito societario, pues de lo contrario, existiría un desfase entre la norma y la realidad cambiante. Esto permite la actualización de los preceptos fundamentales, mediante la promulgación de leyes. En otras palabras, de no ser así, no se podrá combatir el crimen organizado transnacional.

Además, ese acuerdo de inferior jerarquía, tampoco debiera modificar tácitamente el contenido del artículo 183, en su parte conducente, del Código Procesal Penal, que prescribe lo siguiente: “son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados”. En este precepto, se prohíbe utilizar pruebas obtenidas mediante la indebida intromisión, y para el caso que nos ocupa, serían las comunicaciones, término amplio que es el género que a su vez incluye varias especies como lo serían las escuchas

telefónicas, que no producen prueba en debate por ilegítimas y es un reflejo garantista del artículo 24 de nuestra Constitución, en lo que atañe al tema que se aborda.

Por último, es necesario comentar que el artículo 112 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada (LCDO) encarga al ejecutivo la tarea de emitir diferentes acuerdos como el de las escuchas telefónicas, los agentes encubiertos o las entregas vigiladas, potestad que otorga el artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su numeral e) al permitirle dictar acuerdos o reglamentos para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu. Definitivamente, el Acuerdo Gubernativo número 188-2007 del Ministerio de Gobernación, altera el espíritu del artículo 24 supra citado al permitir las escuchas telefónicas.

Hasta aquí se deja el tamiz constitucional para pasar a comentar algunos puntos del referido Acuerdo Gubernativo número 188-2007. En el artículo 22, se permite realizar una investigación preliminar por investigadores de la PNC, dirigida a establecer determinados hechos por los cuales se procederá a las escuchas telefónicas, como los números telefónicos, direcciones electrónicas, nombres y otros datos que permitan identificar a las personas que serán afectadas con la medida, cuando se conozca la dirección de inmuebles donde se colocarán micrófonos.

Esa "investigación preliminar" estará dirigida a toda persona "sospechosa", pues se cree que pertenece a una supuesta organización criminal. En dicho acuerdo, no se menciona ese término "sospechoso", pero de hecho, el investigado en el argot policial es un sospechoso, pero ¿por qué, se cree, estamos ante la presencia de una persona sospechosa?, la respuesta viene dada en que la PNC, de conformidad con el artículo 21 LCDO, aún no tiene suficientes elementos para establecer con certeza jurídica que se es autor de un determinado delito cometido por el crimen organizado, por ello es necesaria la intervención telefónica, y si se logra la detención de esa persona, la calidad de sospechoso se transformará en la de imputado o procesado. Este término de sospechoso está acuñado en la LCDO, tal y como lo indica en el artículo 93 de la citada ley.

Interesante es citar la doctrina de la "causa probable" desarrollada en el precedente Terry Vrs. Ohio, de l968, en la cual la Suprema Corte de los Estados Unidos que convalidó el término sospecha, establecía que: "Cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de la experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas pueden ser peligrosas, y de que existe una sospecha razonable, podrá realizar una investigación o efectuar una revisación limitada de las ropas externas, asimismo se ha establecido la legitimidad de arrestos y requisas sin orden judicial que tuvieron como base la sospecha razonable."[50] Nuestra Carta Magna matiza esta doctrina de la Causa Justa, denominada como "Causa Justificada" en el artículo 25.

[50] Interceptación de llamadas telefónicas, www.monografías.com. Pág. 3

La “sospecha” de realizarse cierta actividad criminal, podría confirmarse o no durante esa investigación, mientras tanto, existe categóricamente una afectación directa a los derechos fundamentales del investigado/a, como la intimidad y la secretividad en las comunicaciones telefónicas; prácticamente esa interceptación se equipara a una medida cautelar personal, que nos deja en total indefensión. La calidad de sospechoso no es sinónimo de imputado. Este último sí puede ejercer su derecho de defensa y exigir, frente a los otros operadores de justicia (Jueces, Fiscales, PNC), el irrestricto cumplimiento de las garantías constitucionales, en tanto que el sospechoso se encuentra en terreno de nadie.

Por todo lo expuesto, se concluye que existe antinomia entre el precepto 24, primer párrafo de nuestra Carta Magna (que se relaciona con el secreto de las comunicaciones telefónicas) y los artículos 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y su Acuerdo Gubernativo número 188-2007.

El agravio es la conculcación del derecho a la intimidad y la violación al secreto de la comunicación telefónica, contenido en el artículo 24 de nuestra Constitución, por lo tanto, toda la información obtenida por esa técnica es prueba inadmisible, de conformidad con el artículo 183 del Código Procesal Penal, es inconstitucional.

Debido a que toda la información grabada será del conocimiento de la persona detenida y de su Defensor/a en la audiencia de primera declaración, será el momento procesal para impedir una eventual prisión preventiva, por lo que si el Juez resuelve verbalmente admitir dicho medio de investigación, se deberá interponer el recurso de reposición de conformidad con el artículo 403 CPP, por analogía en bonan partem -artículo 14, segundo párrafo CPP- indicándose en primer término el agravio expuesto en el párrafo anterior; por ello, la existencia de una prueba ilegitima y todo lo derivado de ella también lo es, pidiéndose que no se escuche la grabación ni se entre a conocer su transcripción, además de que no existe Perito Fonético alguno que coteje la voz contenida en la grabación con la del detenido.

Se fortalece el presente argumento con lo expuesto por algunos métodos de la Hermenéutica Jurídica, que es una disciplina que tiene por objeto el estudio de los diferentes métodos utilizados para la interpretación de normas jurídicas, mismos que se describen a continuación.

Método Jerárquico:

Atiende a la ponderación que se brinda a la norma de mayor jerarquía que prevalece sobre la inferior. Este método de interpretación es el más tradicional, que nos remite a la pirámide de Kelsen. En este orden de ideas, el precepto fundamental prevalece sobre la norma ordinaria y demás leyes inferiores. El artículo 24 de la Carta Magna prevalece sobre la Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Reglamento número 187-2007 del Ministerio de Gobernación.

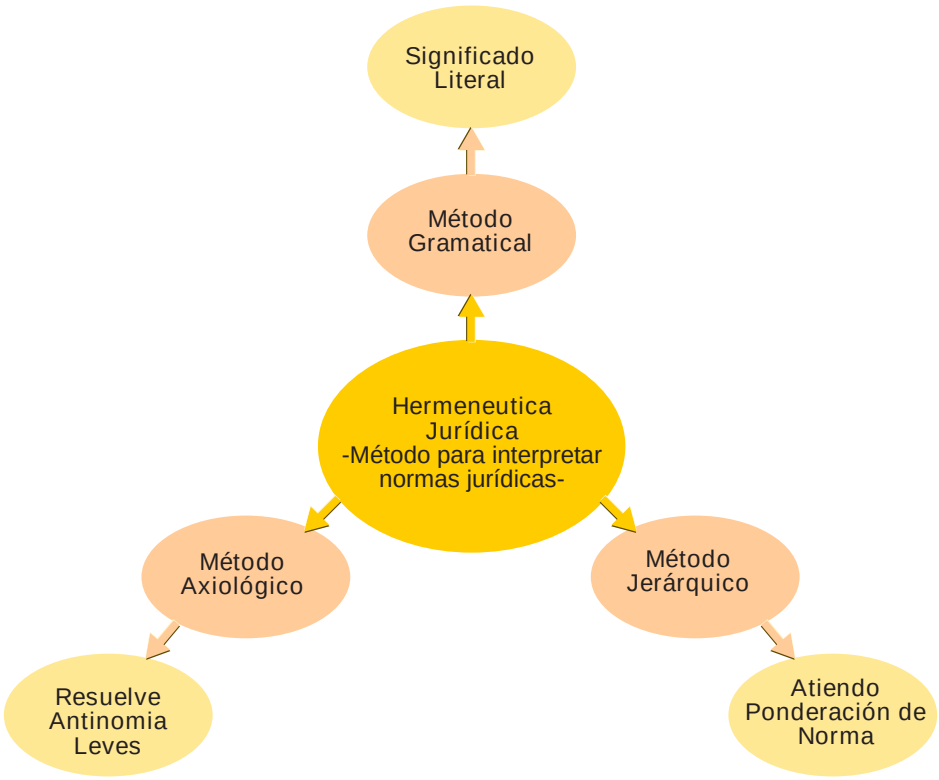
Método Gramatical:

Se atiende al significado literal de las palabras utilizadas en el precepto. Si el tenor de la norma es claro, pues no es necesario indagar sobre su espíritu. Ya se explicó en demasía la claridad de redacción del precepto 24, primer párrafo, constitucional.

Método Axiológico:

Ante una contradicción o antinomia de normas jurídicas, se privilegiará aquella que brinde una mayor tutela a determinados valores significativos para la sociedad, excluyéndose aquellas normas jurídicas que brinden mínima o nula protección a los referidos valores. Nuevamente, la Carta Magna pondera el secreto de las comunicaciones telefónica.

Métodos de la Hermenéutica Jurídica
para la Interpretación de Normas Jurídicas



Todo lo anterior no descarta la presentación de una inconstitucionalidad en caso general como acción en contra de los artículos de la Ley Contra la Delincuencia Organizada que regula la interceptación telefónica, de conformidad con el artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pidiendo la suspensión provisional por notoria inconstitucionalidad, y en definitiva, que queden sin efecto los mismos.

Informes sobre las interceptaciones:

El defensor/a como garante del principio de legalidad sustantiva en favor del imputado debe tener presente en todo momento que: …En el mismo momento en que se autorice la medida de interceptación, el juez competente deberá establecer la obligación del fiscal a informar cada quince días sobre el desarrollo de la actividad de interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida…[51]

Ahora bien, si el fiscal no informa en el plazo indicado en el párrafo anterior, el Juez debe revocar la autorización para la interceptación respectiva y ordenar su inmediata suspensión, aunque el fiscal trate de justificar el incumplimiento, porque el artículo 59 de la LCDO en su segundo párrafo es claro al indicar que el Juez debe revocar la autorización si las explicaciones del fiscal no fueren satisfactorias para el juez; y esa será la labor del defensor/a, ante el incumplimiento del plazo señalado, debe cuestionar en todo momento que las explicaciones del fiscal sean satisfactorias.

[51] Artículo 59 del Decreto número 21-2006 del Congreso de la República.

El defensor/a deberá verificar que el acta final con la cual se culmina la operación de interceptación cuente con los requisitos mínimos establecidos en el esquema anterior;[52] caso contrario deberá efectuar la protesta correspondiente.

16. EL PERITO FONÉTICO

Es importante diferenciar, de manera muy clara, las voces dubitadas (intervenciones telefónicas con conversaciones negadas por alguno o por ambos interlocutores), de las voces indubitadas obtenidas por toma de muestras de voz como la tomada judicialmente y es el perito fonético el idóneo para cotejar la voz del audio con la del imputado/a.

Los teléfonos intervenidos, en principio, están sistemáticamente asociados, al menos, a una de las voces (en ocasiones, un mismo teléfono intervenido puede ser utilizado por varios hablantes) que es la que resulta más fácil identificar porque es la que motiva la intervención judicial, mientras que el otro número telefónico, en principio, es usado por un desconocido, que es el imputado, cuyo teléfono no está intervenido. Sin embargo, lo lógico, sensato, prudente y más correcto para la investigación policial, es que si el desconocido con su voz dubitada es considerado en algún momento autor o cómplice antes de hacer imputaciones penales, se intervenga también su teléfono, lo cual no ocurre en la praxis.

El acento de la persona a la que se le analiza la voz debe de ser motivo de análisis, toda vez de que en una misma comunidad y si el teléfono intervenido lo utilizan varias personas, será bastante difícil determinar la voz del imputado. Este es un buen punto que el defensor/a puede hacer valer; por ejemplo el imputado puede tener un timbre de voz parecido al que se escucha, porque las personas no tienen exclusividad sobre el mismo, recuérdese a los imitadores de cantantes famosos

Así, todos los expertos con capacidad y cualificación criminalística multidisciplinar coinciden en que el ADN, la dactiloscopia, y en general, la antropometría forense, son incomparablemente más concluyentes que la acústica forense, y muchos consideramos que la voz es sólo un indicio de la identidad (quizá un buen indicio, pero sólo un indicio) que nunca, en ningún caso, puede ser una prueba inculpatoria suficiente, con independencia de las tecnologías y los métodos empleados para identificar por la voz. Sí, en ciertos casos, podría ser una prueba exculpatoria, porque algunas voces están completamente fuera del alcance de algunas gargantas con sus siempre limitadas cuerdas vocales, pero todos los fonemas y alófonos que puede emitir un ser humano, también están al alcance de otros, y más aún si se considera que pueden ser sintetizados artificialmente. Esta incertidumbre forense no existe con la identificación por ADN, y está mucho más controlada en dactiloscopia y otras especialidades antropométricas, que en la siempre dudosa identificación por voz.

[52] Artículo 29 del Acuerdo Gubernativo número 188-2007 (Reglamento para la Aplicación del Método Especial de Investigación de Interceptaciones Telefónicas y Otros medios de Comunicación)

Además, la fonética, al igual que la grafología, no pueden ser consideradas "ciencias duras", sino que son "ciencias blandas", que en ningún caso dejan de estar basadas en la interpretación y que por lo tanto, por muy amplia, profunda y antigua que sea la experiencia del perito y por muy creíble que resulte su presunción de veracidad, no deja de ser subjetivo, indirecto y periférico, es decir, son presuntivas que carecen de la certeza.

La identificación policial de una voz no es suficiente, no puede ni debe ser suficiente, para imputar delitos, y menos aún, para condenar, en ningún caso, sólo por una apariencia de identidad, vocal.

Ahora bien para el caso de Guatemala, al defensor/a público se le sugiere observar los siguientes puntos:

1. Verificar que la grabación de voz del imputado no constituya únicamente segmentos incriminatorios para el sindicado o editación mal intencionada;
2. Constatar que la grabación no incluya temas ajenos al delito, cuya responsabilidad penal se pretende ventilar en juicio;
3. Cuestionar el hecho de que la grabación sea interrumpida por sonidos ajenos a la conversación, los cuales no dejen escuchar con claridad;
4. En todo caso el defensor/a deberá exigir una copia del audio que incrimina al imputado, no obstante que en la praxis la mayoría de casos de criminalidad organizada, se declaran en reserva, por lo que esa copia de audio no es tan fácil obtenerla.

Resulta interesante que en ciertas primeras declaraciones, incluso en debate público, el Fiscal se apoya de escuchas telefónicas para imputar a los incoados el delito de exacciones intimidatorias, por ejemplo. Esa es una prueba científica debe ser corroborada por el perito idóneo que es el "perito fonético" quien debe cotejar la voz del audio con la voz del sindicado, cosa que no ocurre en la praxis, pues ningún perito actualmente realiza ese peritaje y tampoco al procesado se le han hecho tomas de muestra fonéticas o de voz, en un estudio acústico forense para compararlas y poder afirmar con certeza jurídica que la voz del audio pertenece al imputado. Esa es una falencia investigativa, con ello se está incumpliendo lo preceptuado en el artículo 8, numeral 2, literal f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que preceptúa que el imputado tiene derecho a la comparecencia de perito "…que pueda arrojar luz sobre los hechos;".

Si se presentará un peritaje de esta naturaleza, será imperativo investigar sobre la metodología utilizada en la comparación de voces dubitada (la voz del audio) e indubitada (la voz del imputado) en sus ámbitos alófono,[53] grupos fonéticos y frases completas, por ejemplo.

Resulta interesante el valor probatorio que de conformidad con la sana crítica razonada el juez sentenciador brinda a la escucha telefónica sin peritaje alguno. Los componentes de esa sana crítica razonada son la psicología, la lógica y las máximas de

[53] El término alófono, significa el fono o sonido de un idioma que particulariza a la persona en pronunciación de las palabras, atendiendo a la región de procedencia. El hablado mexicano es distante del argentino, por ejemplo.

experiencia. El juzgador con su experiencia escucha y compara la voz del audio con la del acusado y concluye que son idénticas las voces. Lo criticable es que la escucha telefónica es prueba científica y debe validarse con prueba científica (el perito fonético) y no depender del sentido del oído del juez, inclusive este podría tener problemas auditivos.

La duda resulta que la voz del audio se coteja, por el juez, con una voz natural y no digitalizada, y naturalmente no es lo mismo, pues podría resultar que la voz del audio no sea clara y legible. Además es cuestionable en qué momento el juzgador escucho al imputado para realizar ese cotejo, máxime si la estrategia de defensa fue que se abstuviera a declarar, por ende no fue posible escuchar la voz natural del incoado.

Ante esa arbitrariedad debe presentarse recurso de reposición, antes de escuchar el audio, cuyo agravio a exponer es la indefensión que se causa al no existir la pericia fonética, con antelación por parte del INACIF, que corrobore que la voz del imputado es la del audio. La finalidad es que de conformidad con el artículo 403 CPP se habilite la apelación especial.

17. EL METODO DE INVESTIGACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

Se utiliza este método con la finalidad de obtener información que permita procesar a las personas que forman parte del crimen organizado, logrando su desarticulación. Les queda prohibido provocar delitos y realizar operaciones fuera de las planificadas.

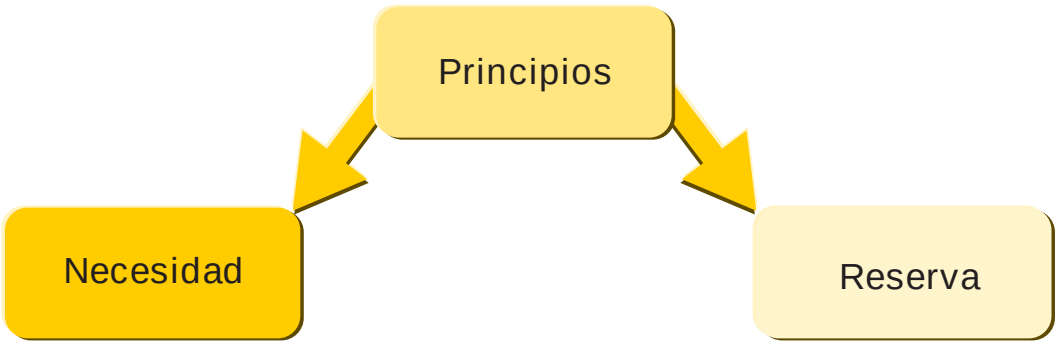
El agente encubierto es un funcionario policial especial que voluntariamente, por solicitud del MP, se le designa esa función por un plazo máximo de seis meses, renovables cuantas veces sea necesario, que ingresará y participará en las reuniones donde el grupo delictivo lleve a cabo sus actividades.

Son aplicables a este método de investigación, los siguientes principios:

Principio de Necesidad: Se utiliza este método, pues existe la probabilidad que utilizando los métodos tradicionales de investigación no se logre obtener la información deseada. No se debe olvidar de que se están investigando delitos no convencionales que generan nuevas esferas de protección jurídico penal, nuevas modalidades delictivas y nuevas formas de participación criminal.

Principio de Reserva: Toda la información será exclusivamente del conocimiento de los funcionarios autorizados por la ley.

Método de Investigación de Agente Encubierto



El papel protagónico en esta clase de investigación lo tienen los agentes especiales de la PNC, que adoptarán una identidad ficticia como fachada, pues como producto de una investigación previa han establecido la probabilidad de que se estén cometiendo hechos delictivos por miembros del crimen organizado, informando de esa situación al MP para iniciar una operación encubierta.

El artículo 32 del Acuerdo Gubernativo número 189-2007 establece los parámetros legales para inferir que se está en presencia de un grupo delictivo organizado, los cuales se transcriben a continuación:

1. Grupo estructurado de tres o más personas.
2. Un grupo constituido en forma no fortuita.
3. Sus miembros no tienen necesariamente funciones definidas.
4. No se exige continuidad en la condición del miembro.
5. No se exige una estructura desarrollada.
6. Debe existir concertación.
7. Que el grupo organizado exista durante cierto tiempo.
8. Que mediante las acciones delictivas, directa o indirectamente, se obtenga un beneficio económico o de cualquier índole, que es el elemento teleológico.

Estas características, naturalmente, deberán ser objeto de prueba en su momento procesal, pero para efectos de iniciar este tipo de investigación, bastará con la sospecha de la Policía Nacional Civil para activar al agente encubierto.

Debido a su naturaleza jurídica, el agente deberá permanecer en el anonimato, tal como lo establece el artículo 36 del acuerdo gubernativo de operaciones encubiertas, pues tiene doble identidad, una ficticia y otra real. Si por alguna circunstancia llegara a salir a luz la identidad real, dejaría de ser agente encubierto, en tal sentido, este agente

no puede ni debe acudir en calidad de testigo al proceso penal, pues desnaturalizaría su función de infiltrado. Al respecto, el Doctor Manuel Quintanar Díez indica que: "Otras de las críticas que se ha dirigido a la figura en estudio, la constituye el hecho de que se obligue al agente encubierto a comparecer en juicio, descubriendo su identidad de forma menos segura que en el ordenamiento alemán en que, por ejemplo, comparece en juicio el superior jerárquico del agente como testigo de referencia, que cuenta lo que le ha informado su subordinado"[54]

Toda la información que brinde al Fiscal del caso, mediante fotografías, videos, grabaciones auditivas y otras formas de comprobación de delitos cometidos por el crimen organizado, será responsabilidad exclusiva de este agente, pues es la única persona a la que le constan los hechos y el procedimiento utilizado para captar la información. Desde aquí, el Defensor/a puede explotar la duda razonable al cuestionar el actuar del agente encubierto, pues como lo hace en la clandestinidad, perfectamente podría inducir a delinquir, a la implantación de pruebas, etc.

La veracidad de la información suministrada al Fiscal dependerá de la forma en que el agente encubierto registró todo el montaje de la operación, verbigracia, fotografías, o videos, de lo contrario, con un simple informe no se cumplirá con lo establecido en el artículo 29 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada y en el artículo 40 del Acuerdo Gubernativo número 189-2007, sin perjuicio de cuestionar, tal como se indicó anteriormente, la duda razonable.

A manera de ejemplo, una actividad del agente infiltrado, controlada por el Fiscal, sería la investigación de la venta de drogas realizada por determinado sospechoso que se presume es parte de una organización delictiva. El agente procurará conseguir la confianza para montar una transacción de droga, lo que presupone que desde el primer contacto con aquel miembro de la criminalidad, se debe iniciar el registro de la operación, de no ser así, la ruta crítica del montaje no tendrá una secuencia lógica en la línea de la investigación, esto sin perjuicio de alegarse por parte del Defensor/a lo relativo a la ilegitima operación por su clandestinidad, por ende, todo el material recolectado será ilegitimo.

El agente encubierto está realizando lo que se conoce como un delito experimental, pues su actividad es un experimento dirigido a comprobar que el sospechoso se dedica habitualmente a la comercialización de droga y que es parte de la red, pero lo induce, ese es el problema.

El agente provocador, también llamado instigador aparente, es sin duda la figura más conocida de la experimentación en palabra (delito experimental) si bien la Dogmática jurídica no acierta aún a responder con seguridad a la pregunta sobre el juicio que merece su intervención en los hechos que provoca, apoya o co-ejecuta, en otras palabras, si ha de responder o no penalmente por ellos.

[54] Quintanar Diez, Manuel. El Agente encubierto, Pág. 11

Se da el nombre de agente provocador a aquel que induce a otro a realizar un delito, sin querer que el mismo se consume, sino sólo con el objeto de poder descubrir al instigado, poner de manifiesto su tendencia delictiva y poder, así, evitar el resultado.

Sabido es que el problema del agente provocador tiene dos facetas: a) una de Derecho Penal Material, pues hay que determinar la responsabilidad o irresponsabilidad criminal del provocador y, en consecuencia, del provocado; b) otra de Derecho Procesal Penal, a saber, la licitud o ilicitud de la prueba obtenida en contra del provocado, hasta el punto de que bien pudiera decirse que, resuelto el primer dilema, la respuesta al segundo fluye por sí sola, como una simple conclusión de lógica formal.

Por lo pronto, es claro que cuando el provocador simula sufrir una acción que afecta bienes jurídicos tutelados el experimento es todo suyo. Lo interesante del asunto, más bien, radica en que el agente encubierto tampoco puede imputársele penalmente aquello que emprendió, ya que estamos ante un supuesto de tentativa absolutamente inidónea, es decir, de carencia de tipo, es una conducta atípica.

Esa venta de droga al agente infiltrado no es delito en sí mismo, pues no se está lesionando ningún bien jurídico tutelado, pues la Ley Contra la Delincuencia Organizada le permitirle realizar actos ilícitos en pro de la investigación, pero sí produce efectos procesales para acreditar que el detenido se dedicaba a la venta de los estupefacientes. En tal sentido, el tema probandum objeto del debate sería la comprobación de la actividad del negocio de drogas por parte del acusado, mediante la grabación de voces, videos o fotografías, billetes identificados y la droga incautada.

Como ya se explicó, es de vital importancia hacer énfasis en que el agente encubierto no se debe limitar a un simple informe documental de la operación, pues de ser así se podría estar en presencia de una prueba tasada (solo al documento se le da valor probatorio) e incumpliendo lo preceptuado por el artículo 29 de la LCDO.

Lo que sí está claro es que ese operativo simulado no puede ser únicamente la base fáctica para una eventual sentencia de condena, se requerirá en consecuencia, de otros elementos probatorios anteriores y posteriores a los actos de la venta controlada. Se violaría la garantía del debido proceso y la sana crítica razonada, si la condena descansa exclusivamente en el resultado de la actividad del operativo simulado.

Es hasta que se realiza la transacción, entre el infiltrado e imputado, cuando podríamos hablar de la comisión del supuesto delito, por lo que resultaría interesante que el Defensor/a indague qué funciones le asignaron al agente, ¿si existieron informantes en el operativo?, ¿Cómo seleccionó el escenario que serviría para la transacción? ¿Qué información obtuvo sobre la estructura del crimen organizado?, que demuestre el organigrama criminal de la organización; y en general, debe preguntar todo lo relativo a la planificación y deliberación del delito por parte de la organización criminal, al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 de LCDO.

El infiltrado corroborará sencillamente que esa actividad de comercialización de droga ya se estaba realizando en un tiempo y lugar determinado, pues de conformidad con el artículo 24 de la Ley de la materia y 31 del respectivo Acuerdo Gubernativo, la actividad delincuencial ya debió existir y no crearse en ese momento, pues se perdería la naturaleza del montaje.

Este agente queda exento de responsabilidad penal, civil y administrativa, por el hecho de incurrir en actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido, siempre que no se aparte de su estricta función, tal como lo prescribe el artículo 30 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Esto le otorga amplias facultades ilimitadas de actuación, que conlleva un numeros apertus, por ejemplo: un allanamiento fuera del horario establecido en el artículo 189 del CPP, implantar prueba, e inducción a delinquir. Además, con esta exención de responsabilidad, se pretende legitimar la actividad estatal contraria al garantismo, puntualmente al debido proceso, que desde ya es una cuestionante a este método por parte de Defensores y Defensoras. Como lo indica el Doctor Fabricio Guariglia “El debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta” [55]

El problema se presenta si analizamos que al único que le consta qué pasó realmente en la operación es al agente encubierto y por lógica él no se va autoimputar delitos, en este sentido, podría generase impunidad.

Otro aspecto importantísimo es la identidad alterada que se plasma desde el nombre y el apellido, documentos de identificación como cédula de vecindad y licencia de conducir. Al respecto, expuso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 20 de noviembre de l989, el caso Kostovski; se admite que si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, podría verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito y no podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar el crédito que le merece el autor, o ponerlo en duda. En la misma línea, la sentencia del referido Tribunal de fecha 27 de septiembre de l990, caso Windich, quien afirma que al ignorar la identidad de los testigos, la defensa sufrió una desventaja casi insuperable: no dispuso de los datos necesarios para controlar la credibilidad de los testigos o lanzar dudas sobre él.

Total claridad en lo expuesto por dicho Tribunal Europeo, pues se generará indefensión el no saber todos los datos y circunstancias personales de la persona que actúo como agente, por lo que la idoneidad no podrá cuestionarse producto de su fachada.

Otro problema que se podría presentar es que el encubierto haya interrogado al sospechoso en red para obtener información, y se pretenda incorporar dicho material al juicio so pretexto de que es uno de los tantos registros que fundamentan la operación, contraviniendo lo establecido en el artículo 9 de nuestra Carta Magna.

[55] Guariglia, Fabricio, Pág. 6

En conclusión, el Defensor/a Público/a debe cuestionar la legitimidad de todo el material registrado durante la operación encubierta (videos, grabaciones de voces, fotografías, etc.) al amparo de la doctrina del fruto del árbol envenenado -artículo 183 y 283 CPP-, pues todo lo actuado allí deviene nulo ipso jure, máxime si el imputado denuncia abuso de autoridad por parte del agente -artículo 418 Código Penal- o bien si expone que fue provocado o inducido a cometer determinado delito, en tal sentido la operación estaría viciada producto de esa acción provocadora.

De aceptarse la admisión del material recolectado por el agente bajo las condiciones indicadas anteriormente, se estaría vulnerando la garantía del debido proceso consagrado en el artículo 12 de la Carta Magna y 8.1 del Pacto de San José, ya que se estarían admitiendo medios de investigación viciados y arbitrarios que pretenden servir para fundamentar el auto de prisión preventiva, acusación o sentencia de condena, toda vez de que se estaría a presencia de un derecho procesal encubierto que no es otra cosa que el correlato formal de un derecho penal del enemigo.

El Fiscal al realizar la imputación, en la diligencia de primera declaración, deberá aportar todo el material recolectado por el agente encubierto; allí deberá surgir la oposición por parte del Defensor/a de que se admitan dichos registros, no solo por haber nacido en la clandestinidad, sino porque podrían haber sido fruto de arbitrariedades; si el Juzgador no acepta la protesta de conformidad con el artículo 282 CPP, y por ser una audiencia oral, se podrá por analogía in bonam partem, reponer de conformidad con el artículo 403 (recurso de reposición). Finalmente nos queda expedita la acción de amparo, cuyo agravio sería la vulneración del debido proceso por pretender incorporarse material obtenido ilegítimamente, producto de un proceso penal encubierto, cuyo caso de procedencia lo encontramos en el artículo 10 de La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para que se le restituya su derecho ambulatorio, pidiendo el restablecimiento de la situación jurídica afectada, como lo es el estado de libertad.

Otro argumento que no puede faltar es la cadena de custodia de esos registros y de su embalaje, pues la autenticidad de todo lo recolectado puede cuestionarse si no cumple con esos requisitos.

En todo caso, se deben examinar los argumentos vertidos por el Fiscal y determinar si se justifican para haber utilizado este tipo de método investigativo, pues si no existe la causa justa objetiva, no se legitimará el montaje de la operación.

La introducción de estos métodos especiales de investigación como lo son las entregas vigiladas o +controladas, las escuchas telefónicas y el agente encubierto, son cuerpos extraños a nuestro proceso penal, de cara descubierta y transparente, impregnado de una serie de principios garantistas que limitan el poder punitivo del Estado, son formas metódicas que por sus particularidades son un derecho procesal penal encubierto,

clandestino, secreto y que si bien es cierto que la complejidad del fenómeno criminal en red requiere un diferente tratamiento, por parte del ente investigador, para lograr enjuiciar a miembros de la estructura delincuencial, no es a costa de atropellar los derechos fundamentales de los ciudadanos detenidos; se insiste en que con esas novedosas formas de investigar se pretende legitimar eventuales arbitrariedades del Estado.

Además, con estos métodos se busca la probanza y el castigo de ciertos delitos denominados de peligro abstracto en los que aún no se ha realizado ninguna acción u omisión que lesionen un bien jurídico determinado; sin embargo, se sanciona el simple peligro de conspirar, por ejemplo, y por ende la categoría del peligroso o sospechoso siempre estará presente en este tipo de metódica investigativa.

Se termina la temática de los métodos de investigación especiales al citar al Doctor Fabricio Guariglia, quien es categórico al afirmar que: "La adopción de estos métodos significa un abandono de las viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal y su reemplazo por nuevos puntos de partida, se gira hacía un sistema penal basado en la eficiencia de su función represiva. Ello ha conducido a una significativa ampliación de los delitos de peligro abstracto. El interprete se encuentra frente a un problema de solución dilemática: si intenta armonizar la actividad del agente encubierto con los principios fundamentales de un procedimiento penal con el Estado de derecho, el resultado es un agente encubierto enormemente limitado en su capacidad real de actuación, por el contrario si se potencializa la capacidad funcional de este agente, el precio a pagar por ello es altísimo. La jurisprudencia sobre el punto, tanto en Alemania como en Argentina, no resulta nada tranquilizante. Acaso temerosos de quedar atrás en esta frenética carrera por un sistema penal eficiente, los jueces parecen olvidar su papel fundamental de custodios de las garantías individuales. Estamos ante la presencia de la construcción sobre las ruinas del Estado de derecho de un nuevo, secreto y omnipresente Leviatán"[56]

[56] Guariglia, Fabricio, Pág. 11.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cancio Melía, Manuel. ¿Derecho Penal del enemigo?, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

2. Cesano, José Daniel. Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavadode activos de origen delictivo. www.josedanielcesano.com

3. Dozo Moreno, Sebastián. Entrevista a Günther Jakobs, El enemigo tiene menos derechos, Gacemial No 171. www.gacemail. com.

4. El peligro de la Ley patriota. rw/oronline. www.leypatriota.com

5. Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías, La ley del más débil. Editorial Trota, S.A, Madrid, España, 2004.

6. Heráclito de Efeso. La filosofía en el bachillerato. www.Heráclitodeefeso.com

7. Interceptación de llamadas telefónicas. www.monografias.com

8. García Antonio, de Molina, Pablos. Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas. Tercera Edición, Valencia, España, 1996.

9. Guariglia, Fabricio. El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal? www. fabricio Guariglia.com

10. González- Ruíz, Samuel y Buscablia, Edgardo. Cómo diseñar una estrategia nacional contra la Delincuencia Organizada en el marco de la Convención de Palermo de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para la fiscalización Internacional de Drogas, Lima, Perú, 2002.

11. Macedo de la Concha, Rafael. Delincuencia orgnanizada. Editorial FAJSA, Milenio, México, 2004.

12. Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. Derecho Penal especial. Monografías de Criminología, Cuba, 2007

13. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, parte general. Segunda Edición, Valencia, España, l996.

14. Oliver Stolpe. Análisis del Lavado de Dinero.
Delincuencia Organizada, Instituto Nacional de ciencias Penales, México, 2004.

15. Pérez Cepeda, Ana Isabel. Las Víctimas ante el Derecho Penal.
www.las victimas ante el derecho penal/anaisabelperezcepeda.com

16. Manual del Fiscal del Ministerio Público

17. Módulo de prisión preventiva, tomo I.
Instituto de la Defensa Pública Penal, programa de educación a distancia, Guatemala, 2002.

18. Prado Saldarriaga, Víctor. La tipificación del Lavado de Dinero, artículo, 2001.

19. Regá, Elia Ester. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
Monografías de Criminología, Cuba, 2007

20. Rodríguez Pérez de Agreda., Gabriel. Temas de Derecho Penal sustantivo.
Monografías de Criminología, Cuba, 2007

21. Quintanar Diez, Manuel. El agente encubierto.
www.revista electrónica de derecho: letras jurídicas. Número 1.com.

22. Saenz Juárez, Luis Felipe. Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala.
Talleres gráficos de Serviprensa S. A., Guatemala, 2004.

23. Sierra, José Arturo. Derecho Constitucional guatemalteco.
Talleres de Centro Impresor Piedra Santa, Guatemala, 2000.

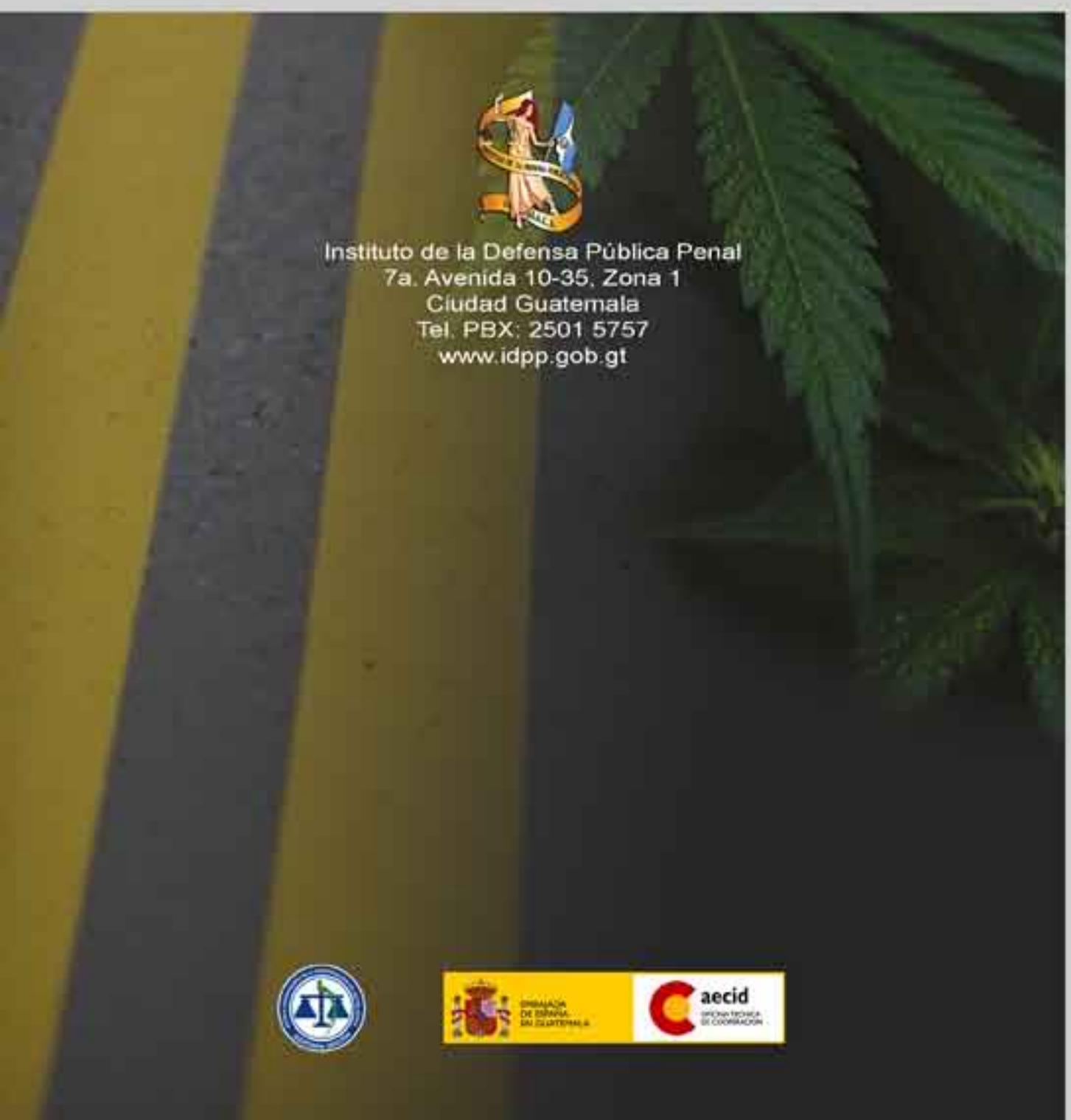
LEYES NACIONALES E INTERNACIONALES:

1. Acuerdo gubernativo 187-2007 para la aplicación del método especial de investigación de entregas encubiertas
2. Acuerdo gubernativo 188-2007 para la aplicación del método especial de investigación de interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación
3. Acuerdo gubernativo 189-2007 para la aplicación del método especial de investigación de operaciones encubiertas
4. Constitución Política de la República de Guatemala
5. Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Viena, 1988.
6. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional –Convención de Palermo-
7. Ley contra la delincuencia organizada, Decreto número 21- 2006
8. Código Procesal Penal, Decreto 51-92
9. Código Penal, Decreto número 17-73
10. Ley contra el lavado de dinero, Decreto número 67-2001

DICCIONARIO:

- Diccionario de la Real Academia Española, edición 2007

Este módulo se terminó
de imprimir en mayo de 2013
La edición consta de 600 ejemplares



Instituto de la Defensa Pública Penal
7a. Avenida 10-35, Zona 1
Ciudad Guatemala
Tel. PBX: 2501 5757
www.idpp.gob.gt