

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**La Información Razonable Como Fundamento Para La
Extinción de Dominio**
-Tesis de Licenciatura-

Juan Fernando Méndez Arias

Guatemala, septiembre 2014

**La Información Razonable Como Fundamento Para La
Extinción de Dominio**
-Tesis de Licenciatura-

Juan Fernando Méndez Arias

Guatemala, septiembre 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica	Dra. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar
Secretario General	Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de exámenes privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del Programa de Tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	M.A. José Luis De Jesús Samayoa Palacios
Revisor de Tesis	Dr. Julio Cesar Díaz Argueta

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera fase

Licenciado Álvaro de Jesús Reyes

Licenciada Brenda Lambour

Licenciada María Cristina Cáceres López

Licenciada Carmela Chámale García

Segunda fase

Licenciado Oscar Leonel Solís Corzo

Licenciada Vilma Corina Bustamante

Licenciada María Cristina Cáceres López

Licenciada Carol Berganza

Tercera fase

Licenciada Carlos Godínez

Licenciada Vilma Corina Bustamante

Licenciado Sergio Teni

Licenciada Vitalina Orellana

Licenciada Jackeline Paz



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintitrés de septiembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LA INFORMACIÓN RAZONABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO**, presentado por **JUAN FERNANDO MÉNDEZ ARIAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **JOSÉ LUIS DE JESÚS SAMAYOA PALACIOS**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JUAN FERNANDO MÉNDEZ ARIAS**

Título de la tesis: **LA INFORMACIÓN RAZONABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 20 de noviembre de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M.a. José Luis de Jesús Samayoa Palacios
Tutor de Tesis





**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintiuno de noviembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LA INFORMACIÓN RAZONABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO**, presentado por **JUAN FERNANDO MÉNDEZ ARIAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Doctor **JULIO CÉSAR DÍAZ ARGUETA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JUAN FERNANDO MÉNDEZ ARIAS**

Título de la tesis: **LA INFORMACIÓN RAZONABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de enero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Julio César Díaz Argueta
Revisor Metodológico de Tesis





UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL COORDINADOR GENERAL DE TESIS

Nombre del Estudiante: **JUAN FERNANDO MÉNDEZ ARIAS**

Título de la tesis: **LA INFORMACIÓN RAZONABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 27 de agosto de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JUAN FERNANDO MÉNDEZ ARIAS**

Título de la tesis: **LA INFORMACIÓN RAZONABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 01 de septiembre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Nota: Para efectos legales únicamente el sustentante es responsable del contenido de la presente investigación

DEDICATORIA

A mis padres Oscar Méndez (+) y Gilma Arias, por su apoyo incondicional para lograr mis objetivo y por ser mi ejemplo de vida.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Características particulares de la economía de la delincuencia organizada	1
La extinción de dominio aplicada al patrimonio criminal	21
La información razonable como fundamento para la extinción de dominio	31
Conclusiones	40
Referencias	42

Resumen

Desde la Convención de Palermo del año 2000, se planteó la necesidad de diseñar una normativa para atacar la economía criminal en particular. Se propusieron estrategias específicas que los Estados Parte, tendrán que incorporar a su ordenamiento jurídico como adquirir el compromiso de ayuda internacional entre Estados para poder atacar lo concerniente al patrimonio criminal, es decir, todos aquellos bienes muebles, inmuebles y dinerarios producto de los delitos tipificados en las propias leyes contra la Delincuencia Organizada que tendrían que vigorizar cada Estado Parte. Derivado de ello surgió la propuesta de una Ley de Extinción de Dominio cuya finalidad única sería la de accionar la expropiación a favor del Estado.

La investigación realizada, se derivó de la Ley en mención, vigente en Guatemala, específicamente de los causales para la acción de extinción de dominio, en donde se describe que ésta se llevará a cabo a partir de tener el ente encargado la información razonable, que efectivamente compruebe que los bienes a extinguir fueron adquiridos por actividades delictivas de la persona investigada.

El ente en potestad de proveer esa información razonable a partir de la investigación criminal que lleve a cabo, a través de los medios legales, es el Ministerio Público, se trató de establecer las técnicas y estrategias que

este ente utiliza para poder satisfacer la necesidad de dicha información razonable requerida para la acción de extinción de dominio.

Independientemente de la inquietud que causan las técnicas y estrategias utilizadas por el ente persecutor en la investigación criminal, es de entender que éstos serán de tipo excepcional, como lo son los delitos de la delincuencia organizada, situación que no puede obviarse pues la propia existencia de la Ley de Extinción de Dominio, tiene origen en la búsqueda de atacar el patrimonio acumulado por las estructuras criminales organizadas y no organizadas.

Palabras clave

Criminalidad. Patrimonio. Extinción. Información. Ley.

Introducción

La Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010, llamó la atención para la presente investigación, debido a la utilización de diversas construcciones gramaticales y no figurativas penales, para iniciar el proceso de extinción. De éstas, la información razonable. La que se define como conjunto de elementos probatorios que le son entregados a la entidad encargada de la ejecución de extinción de dominio, siempre y cuando la recabación de la carga de la prueba se haya realizado dentro de los límites establecidos en la ley. Sin embargo no define específicamente a que se refiere, ya que no siempre se encuentran dentro de los parámetros establecidos por el debido proceso, lo que podrá en circunstancias muy peculiares a que dicha carga probatoria sea desestimada por la dudosa adquisición de la misma, lo que dejaría al ente extintor de dominio sin la información razonable.

Algunas conductas tipificadas, provenientes principalmente del llamado crimen organizado, han creado grandes patrimonios financieros, de los cuales hasta hace poco, no se contaba con un instrumento legal que permitiera disponer de forma transparente con lo decomisado a éstos. Ante tal escenario y con el objeto de que estos bienes muebles e inmuebles se extingan a favor del Estado para que, entre otros aspectos, se coadyuve a resarcir o reparar el daño provocado por estos ilícitos, se

implementó la acción de extinción de dominio a favor del Estado de cualquier derecho sobre los bienes en propiedad de personas pertenecientes a grupos delictivos organizados, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal. Este se establece como el principal objetivo de la extinción de dominio, así como atacar a estas estructuras criminales en el punto más vulnerable que poseen: su patrimonio.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se utilizó una metodología compuesta de diferentes métodos: analítico, sintético, inductivo, deductivo, jurídico-exegético y bibliográfico

Características particulares de la economía de la delincuencia organizada

Surgimiento y evolución de la delincuencia organizada

En la actualidad, la criminalidad organizada ha alcanzado importantes proporciones tanto por su incremento y poder, como por las nuevas formas con que actúa. Ante esto, la política criminal de los Estados se ha dirigido a:

Adquirir medidas extraordinarias de tipo legislativo y administrativo, que se consideran necesarias para hacer frente con mayor eficacia a esta clase de delincuencia, buscando así dotar a los organismos encargados de la persecución y represión penal, nuevos instrumentos que se apartan de las técnicas tradicionales de investigación. (Granados, 2001:74)

La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común, “requiere de instrumentos excepcionales o de emergencia para su prevención y represión, pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente a la persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas.” (Sotomayor, 2008:104)

La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad postindustrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para

la humanidad. En este panorama, “la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad” (Riquelme, 2006:6-7), lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un enemigo común al que hay que atacar con los medios que se pueda, a través de la utilización de “medidas extremas, sin preocuparse mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia.” (Hefendehl, 2004:57)

Expresa Anarte que:

Definir lo que se entiende por criminalidad organizada no es fácil debido a que es un concepto dependiente de contextos geopolíticos diferentes, que va transformándose conforme la sociedad cambia, pero es posible una aproximación al mismo haciendo referencia a los rasgos que lo distinguen de la delincuencia común. Se puede empezar por decir, entonces, que algunos distinguen entre criminalidad organizada y crimen organizado, al entender por la primera el fenómeno de dicha delincuencia en general, y por el segundo, las actividades delictivas concretas realizadas por dichos grupos. (1999:20).

Por otro lado, si la noción de crimen organizado va a asimilarse como un concepto predominantemente político-criminal, requiere una apreciación de tipo normativo y a la vez un cierto grado de aptitud real para enfrentar el conflicto que no solo pretende definir sino también modificar. La selección de los fenómenos que buscan incluirse en la comprensión de este concepto y la intensidad de su significación son tareas de política criminal, pero que envuelven desafíos de orden científico y práctico que no pueden omitirse en el análisis. (Yacobucci, 2005:39-40).

Aunque se plantea que “las organizaciones criminales no son obra del presente”, (González, 2007:80) la criminalidad organizada es considerada, en general, como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosas, sofisticadas y tecnológicas, que crea “verdaderas empresas o redes del delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero y tienden a operar en varios Estados.” (Del Pozo, 2003:268).

Entre las notas características de la delincuencia organizada, se tiene la de ser un entramado que dispone de gran cantidad tanto de medios personales como materiales, lo cual redundaría en facilitar su actuar delictivo. Se trata de grupos o pluralidad de por lo menos tres personas, que realizan actividades delictivas, utilizando una estructura de tipo empresarial, profesional o propia de los negocios. (Hefendehl, 2004:59).

Manifiestan Anarte y Ferré, con respecto a las diferencias existentes entre las estructuras criminales que:

Frente a este fenómeno, se admiten diferencias entre las bandas y la criminalidad organizada, por cuanto en las bandas es el autor quien determina primaria y fundamentalmente el delito, y en la criminalidad organizada es el cliente; las bandas tienen una existencia más corta, las organizaciones criminales son más duraderas, estables y persistentes; la estructura, jerarquía, cohesión, planificación y logística de las organizaciones criminales son más fuertes que las de las bandas, además, el ámbito local es propio de las bandas, mientras que la internacionalización es la tendencia de los grupos de criminalidad organizada. (1999:21)

No obstante, debido a las complejas, variadas y cambiantes relaciones entre las bandas y la criminalidad organizada, es difícil establecer diferencias tajantes, pues en muchos casos, “las bandas ejercen de minoristas del comercio ilegal que controla el grupo criminal organizado

o bien prestan cierto apoyo logístico o personal, puntual o sistemático.” (Anarte y Ferré, 1999:21).

Ahora, en cuanto al manejo que hacen de enormes capitales, esto las lleva a disponer de la última tecnología del mercado y a hacer un uso consciente de una infraestructura de comunicación radial, informática y de transporte internacional, convirtiéndose en redes delincuenciales sofisticadas y complejas, que además “cuentan con una estructura jerarquizada y estratificada, donde se produce una división del trabajo entre sus miembros, facilitándoles tanto la protección a sus dirigentes como el disolver la responsabilidad penal individual en el seno de la organización.” (Del Pozo, 2003:273).

Asimismo, los miembros de la organización criminal, afirma Hefendehl,

No sólo actúan en secreto sino tratan de desaparecer las huellas del delito, lo que dificulta enormemente la investigación penal y la obtención de pruebas de cargo. Para destruir cualquier posible evidencia de sus ilícitos y evitar ser descubierto emplean cualquier método por lesivo que sea, como amenazas, extorsiones, chantajes, secuestros, lesiones e incluso la muerte contra quienes pueden develar sus actividades. (2004:59)

Esta es una característica que va unida al potencial empleo de la violencia indiscriminada para mantener su posición dominante en el conjunto de la criminalidad, controlando la parcela delincencial de la que obtienen sus ganancias con el uso ilegal de la fuerza, para protegerse de la competencia y asegurar sus intereses en el negocio de los bienes ilícitos.

El empeño de la organización criminal con frecuencia está también en escapar a la acción de la justicia y la legalidad por medio de la corrupción, tanto en el sector público como privado, de personas que tienen cargos de responsabilidad en el sistema o en sociedades influyentes. Así, por el manejo de enormes sumas de dinero pueden persuadir a funcionarios, empresarios e individuos con capacidad de influir en la toma de importantes decisiones, para que las mismas no entorpezcan su actividad delictiva o para que la favorezcan.

Para Del Pozo ese mismo poder económico puede generar distorsiones en la vida política, económica y social de un Estado, como:

Posibles problemas económicos, por la estimulación de la economía sumergida, que pueden generarse en el mercado financiero de un Estado por la entrada de importantes inyecciones de capital, que en su origen proceden de conductas ilícitas, pero que han sometidos a un blanqueo de capitales; los más frecuente es que se produzca una mezcla de actividades legales e ilegales en la misma organización criminal y delictiva. (2003:275).

Desde una perspectiva moderna, la elaboración de criterios más específicos para discernir esa selección de comportamientos penalmente relevantes y salvaguardar la autonomía personal se encuentra en los principios de ofensividad, subsidiariedad, última ratio, proporcionalidad, humanidad, etc., que dan contenido a las exigencias materiales de la legalidad. En este punto conviene recordar que el Estado de derecho, y en su momento la idea clásica de la república, reclaman que el modo de expresarse el poder político sea a través de las leyes. Son estas “el instrumento que formalmente legitima la toma de decisiones y que en

materia penal explica el principio de legalidad expuesto por Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.*” (Yacobucci, 2002:120)

Otro de los rasgos del crimen organizado, que la propia política criminal no ha podido determinar como un comportamiento penalmente relevante, es su tendencia a diversificar su actividad delictiva y a expandirse más allá de las fronteras de un Estado. Situación que muchas veces, obstruye la persecución penal por la ausencia de tipos penales semejantes en las normativas transfronterizas y a las regulaciones tributarias.

En cuanto a la diversificación, las bandas de delincuencia organizada no suelen dedicarse a una única actividad delictiva, sino que aprovechan su poderío para extenderse como empresas del delito a varios ámbitos de la economía, como por ejemplo elaboración y tráfico de estupefacientes, tráfico ilegal de personas (inmigrantes trata de personas, sobre todo de menores), de todo tipo de armas o de especies animales protegidas, contrabando, falsificaciones terrorismos, blanqueo de capitales, contribución a la corrupción, extorsión a cambio de protección y comercio con el producto del delito (ventas de autos de lujo, obras de arte, artículos falsificados, piratería de programas informáticos, música y películas). (Sotomayor, 2008:103).

Sobre la internacionalización de estos grupos de criminales, como las redes de trata de personas, que con engaños movilizan mujeres y menores de edad para obligarlos a ejercer la prostitución; y la transnacionalización de las redes para el blanqueo de capitales ayudando a limpiar el dinero obtenido por el tráfico de drogas, armas, etc., Del Pozo Pérez aclara este panorama al expresar que:

En cuanto a la expansión de sus fronteras, se presentan dos fenómenos: el primero es la internacionalización, que es cuando una banda del crimen organizado se instala en varios países para realizar sus actividades ilegales, buscando además lugares donde la presión policial sea menor, favoreciendo la impunidad de sus conductas. El segundo es la transnacionalización, que consiste en la cooperación entre diversas bandas del crimen organizado para facilitar la ejecución de algunas de las conductas delictivas, en las que no compiten entre sí sino que se prestan ayuda para perpetuarlas y asegurar su producto. (2003:278).

Los criterios de determinación del crimen organizado

Un estudio comparativo de los sistemas peales permite discernir lo que es considerado de manera más o menos precisa el núcleo de la ilicitud que caracterizarla desde una perspectiva político-criminal al crimen organizado.

En ese campo, es que lo determinante a la hora de ponderar los comportamientos u omisiones como constitutivos de delincuencia organizada, “es la mayor capacidad de amenaza a la tranquilidad pública que supone una estructura tendiente, básicamente, a delinquir.” (Yacobucci, 2005:55) De esa forma, lo que se presenta como núcleo de interés político en la organización criminal en sí misma, entendida como

entidad que amenaza las regulaciones del Estado, incluso antes de concretar algún hecho ilícito. “Por eso se suele distinguir entre la conducta asociativa misma y los delitos afines que se propone realizar orgánicamente.” (Yacobucci, 2005:56)

Es decir, que no necesariamente deberá de existir un desvalor de resultado para que exista una reacción punitiva, resulta suficiente, en este tipo de legislaciones emergentes, la existencia de una tendencia asociativa con pretensiones de cometer ciertas conductas tipificadas como delitos.

Esta asociación delictiva, sin embargo, debe representar un mayor grado de agresión o peligro que la simple sumatoria de personas. Por eso se habla de organización o criminalidad organizada. La estructuración de los participantes es un punto relevante en la cuestión en tanto suponen medios y personas orientados a delinquir en ámbitos sensibles de la convivencia.

Visto así, afirma Yacobucci,

Importa el nivel de amenaza que representa para el orden público en general, para las instituciones políticas del Estado, y en especial, para el sistema socioeconómico y el respeto por las reglas de juego que regulan intercambios sociales. (2005:60).

Al respecto, hay que recordar a Bartone cuando explica que la alarma social que provocan grupos criminales como las reconocidas Mafia, *Camorra*, *’Ndrangheta* o *la Sacra Coronoa Unita* es:

Exponencialmente mayor que aquel emergente de un ilícito monosubjetivo, con prescindencia incluso de la entidad del crimen perpetrado. Por eso señala como aspectos significativos de la cuestión la inferencia de los grupos en materia de estupefacientes, el orden público económico y financiero y el tráfico de personas. (2003:4)

Es de entender entonces, que la política criminal asume dos perspectivas dentro de la cuestión: entidad subjetiva y orientación delictiva. Por la primera reúne los aspectos organizativos de los sujetos, valiéndose de criterios asociativos de orden interno, capacidad, permanencia, medios, etc. Por la segunda, evalúa la dirección organizativa a la realización de ciertos comportamientos que por su entidad resulte una amenaza al orden social, político y económico. Es decir, que mientras esta situación, en primera instancia, tenía una significación orientada al plano de la soberanía de cada Estado, por las características operativas de estas asociaciones, la cuestión se trasladó hoy al campo internacional y transnacional.

En consecuencia, la política criminal apunta a integrar dentro del concepto de crimen organizado la actividad grupal, más o menos estable, ordenada a la comisión de delitos considerados de gravedad. Por eso, el Consejo de la Unión Europea describió originariamente en 1998, a la organización criminal como una asociación estructurada de más de dos personas con estabilidad temporal, que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer delitos que contemplen una pena privativa de la libertad personal; delitos que tengan como finalidad en sí

misma o sean medio de obtener un beneficio material, o para influir indebidamente en la actividad de la autoridad pública.

La Convención de Palermo de las Naciones Unidas de diciembre de 2000, describe en el Artículo 2º. Al grupo criminal organizado:

Como un grupo estructurado, existente por un período de tiempo, compuesto por tres o más personas, que actúan de manera concertada con el objeto de cometer uno o más delitos graves o aquellos establecidos dentro de la misma convención, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una ventaja financiera o material.

En esta descripción aparecen las perspectivas en cuanto de la configuración grupal debe atenderse a la estabilidad del grupo, lo que permite descartar dentro del concepto el acuerdo circunstancial o momentáneo para la realización del delito. A su vez, la idea de estructura marca un mínimo de organización que no se satisface como la simple coincidencia de varios en la realización del ilícito. “Esto supone la distinción entre un delito asociativo y la simple participación o complicidad en un ilícito.” (Yacobucci, 205:69).

Por su parte, Bartone considera que:

Es esencial en la cuestión la idea de *continuità nell'intenzione* para definir la existencia de un grupo criminal que se diferencia del mero concurso de personas. Esto significa dejar fuera de la noción estudiada los casos de comportamiento extemporáneo, fortuitos, circunstanciales, es decir, ajenos a la idea de continuidad temporal de la orientación delictiva. Esta continuidad es grupal –no necesariamente individual–, lo que supone que habrá asociación criminal a pesar de la modificación material –de las personas individuales– en su interior. (2003:32).

La definición de la Convención también aporta un dato significativo, como es el beneficio material, económico o financiero, que se transformará en un aspecto de gran interés en el análisis político-criminal. En efecto, esta apreciación determina que el crimen organizado ya no es solo un problema para los Estados considerados en su particularidad sino para el orden internacional. Así como los procesos económicos han derivado en uniones aduaneras, mercados comunes y regionales, “en definitiva en un proceso de globalización, las asociaciones que serán definidas como criminales adquirirán un sesgo económico pero a la vez internacional.” (Bartone, 2001:35).

Por eso, el hecho de que la organización criminal opere en los campos de relevancia económica y financiera determina que se adecue a la nueva configuración de los mercados; de ahí, que el crimen organizado, como afirma Bartone, “se ha transformado en un fenómeno internacional primero y transnacional después.” (2003:10) Según explica este autor:

Se define como internacional al grupo criminal cuando no opera únicamente en los límites de un estado sino que desenvuelve sus actividades fuera de éste, con el auxilio de sus propios integrantes y mediante recursos que se provee allí mismo o envía desde sus bases territoriales. Por el contrario, “transnacional” significa cooperación entre grupos criminales operantes en cada territorio, que constituyen así una red de administración o gestión de ciertos mercados ilícitos. (2003:25)

La globalización, empresas criminales y la legitimación de sus ganancias

Al hablar sobre las empresas criminales y la legitimación de sus ganancias, necesariamente se debe hacer un enfoque en torno a la globalización como fenómeno económico que ha auspiciado el desarrollo, desde diversas perspectivas, en todas las sociedades del mundo a través de la promoción de la apertura de fronteras legales, mercados de capitales, las comunicaciones, etc. Dentro de este panorama, según Restrepo, las características de la globalización pueden ser enumeradas así:

- Se tiende a romper la gran empresa fordista y se deslocaliza, al tiempo que se forman empresas que realizan partes del proceso productivo que antes estaba centrado en una misma empresa, las formas de producción y contratación empiezan a variar de empresa a empresa. Asimismo, el desplazamiento de partes de la producción hacia países diversos y remotos entre sí hace que varíen las condiciones de producción y contratación de trabajadores vinculados a una misma firma, que antes se hallaban concentrados.
- Se ha dado pie a una generalización de la subcontratación de la fuerza de trabajo, pero también, de partes del proceso productivo.
- Se multiplica la producción en pequeños talleres, y las agencias financieras multilaterales, el Estado y la misma empresa privada fomentan la microempresa, que muchas veces utiliza trabajo familiar.
- Aumenta el trabajo domiciliario y a destajo, cuyo caso más notable lo constituye el experimento de Benetton y otras compañías de la industria del vestido, el calzado y las confecciones.
- Se vuelve común el trabajo hecho en la casa para las grandes compañías, con el apoyo de la informática.
- Se promueven formas muy flexibles de producción orientadas al mercado internacional, como es el caso de las maquilas, las zonas francas y la microempresa, que utilizan trabajo femenino.

- Crece no sólo el sector servicios sino que se multiplican las actividades del informal. Deja de ser éste una característica de los países periféricos y crece en los “desarrollados”.
- Las actividades subterráneas son un buen factor de acumulación, en particular, aquellas asociadas al tráfico de drogas ilegales y al mercado de armas, al tráfico de niños, emigrantes y mujeres, etc.
- Distintos sectores económicos son desregulados abriendo la puerta a una competencia intensificada que finalmente apunta a una mayor concentración de riquezas. Entre tanto, se dan relaciones laborales heterogéneas, privadas, coyunturales, contingentes. (Salazar, 1996:35)

Por supuesto, las transformaciones acaecidas por este novedoso sistema mundial no son nuevas del todo. Para De la Cruz:

Lo novedoso de ellas en la actualidad son su intensidad, su velocidad y el impacto en un número cada vez mayor de países y sociedades de todo el mundo. Y, de lo que no existe duda, es que las organizaciones criminales transnacionales, se han alimentado y retroalimentado en este proceso; entre otras cosas, han podido sacar provecho del creciente número de viajes internacionales, emigración, reducción de controles fronterizos y de los controles aduaneros; la expansión del comercio internacional, la difusión de los sistemas de comunicaciones de alta tecnología y la insuficiente reglamentación de las redes financieras internacionales, para llevar sus empresas criminales mucho más allá de los límites de su país de origen. (2006:14)

Se trata entonces, de una criminalidad global o globalizada, considerando, afirma Ferrajoli, que:

Estamos ante ella cuando por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino que, como las actividades económicas de las grandes corporaciones multinacionales a nivel transnacional o planetario, se desarrollan a nivel global. (2006:225)

Para este autor, las nuevas formas de la criminalidad transnacional son el efecto de una general anomia, en un mundo cada vez más integrado e interdependiente y confiado a la ley del más fuerte, con grandes desigualdades.

Las ventajas que estas transformaciones han significado para la criminalidad organizada se pueden resumir, según De la Cruz, en:

- La generalización de la criminalidad organizada ya no se plantea como un problema exclusivo de ciertos países sino de amplias zonas geográficas, sin excluir que en unos países estén más activos que otros.
- La universalización de las actividades, en el sentido de que las estructuras pueden abarcar un número indeterminado de países con posibilidades por parte de la organización de tener contactos inmediatos con todas las redes, debido a la revolución tecnológica que se ha producido en las comunicaciones.
- Las mezclas culturales y étnicas van disminuyendo las diferencias, lo cual hace a las culturas bastante homogéneas, lo que se refleja en estructuras y actividades de los grupos bastante similares.
- La actuación a escala internacional posibilita el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos, pues la calificación de producto o servicio como ilegal, multiplica enormemente su valor añadido, en comparación con valor real.
- La posibilidad de explotar puntos vulnerables en diferentes sociedades en concreto, especialmente las sociedades en desarrollo y las llamadas “democracias emergentes” constituyen objetivo prioritario de las organizaciones criminales internacionales por la debilidad de sus instituciones.
- La capacidad de operar desde lugares donde la organización se encuentra relativamente segura, frente a la persecución penal, bien por carecer de legislación en materia de crimen organizado y/o voluntad del Estado para combatirla, o porque suelen poner trabas en la cooperación judicial internacional.
- La posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero, primero nacional y después global, que con el debilitamiento de los controles se hace cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos, provocó que la criminalidad se acercara a la economía sana, considerada como un medio para “limpiar” la riqueza producida, con la perspectiva de una reinversión necesaria para mantener el flujo de liquidez y por consiguiente la posibilidad de financiamiento. Para llevar a cabo tales objetivos se entretujieron relaciones con el mundo comercial y con el sistema financiero nacional e internacional.
- El acceso a países denominados paraísos fiscales, en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo; entiéndase, blanquearlos, para preparar su retorno a la economía legal, también ha contribuido al auge de la criminalidad organizada. (2006:22)

No se debe olvidar que la evolución de los mercados financieros internacionales, desde los años sesenta del siglo pasado, permite blanquear dinero a escala mundial, con mucha mayor facilidad que en

períodos precedentes. Asimismo, el Estado-Nación se ha debilitado, hay menos control sobre el movimiento de dinero y las personas que cruzan las fronteras. Esto, ha debilitado los sistemas de justicia penal y muchos países han visto rebasadas sus propias posibilidades de control. También, cabe señalar que, la economía criminal global existe, gracias a los paraísos fiscales, a las cuentas corrientes identificadas por número secretos y al secreto bancario; así como el libre flujo de capitales financieros sin control ni reglamentación alguna.

Es necesario precisar en este espacio lo que Zúñiga aporta, en cuanto a que:

Luego de la caída del muro de Berlín se inicia un período histórico caracterizado por el triunfo ideológico del capitalismo y la consiguiente liberalización de los mercados. Esto le supone un renacer a la criminalidad organizada, pues el tinte mercantil de maximización de los beneficios, aprovechamiento de los adelantos tecnológicos, prevalencia del mercado le permitirá dar un salto cualitativo; el cambio de un sistema de producción socialista a uno capitalista se ha hecho en muchos países de manera incontrolada y con una liberalización salvaje. (2006:175)

A partir de este hecho histórico, que marcó el cierre del siglo XX, muchas organizaciones del crimen organizado transnacionalizado, pudieron expandir sus relaciones para involucrarse fuertemente en la compra, transportación y distribución de drogas ilegales. Incluso, grupos criminales que tradicionalmente no se dedicaban a esta actividad, se involucran en la misma por la alta cuota de ganancias que les reporta.

Es así como sus enormes ganancias, inversiones y reinversiones, se convierten en la base y el eje de una concentración y centralización del poder económico que a su vez permite la expansión y la racionalización de sus organizaciones y operaciones; el logro de una creciente capacidad de influencia y control respecto a la economía nacional.

Su enorme margen de maniobra económica, social y política para presionar, influir, controlar e imponer decisiones, tiene como consecuencia inevitable, “una transmutación del poder económico y financiero en poder social, cultural-ideológico, político, militar y represivo.” (De la Cruz, 2006:21).

Ya convertidos en inversionistas, los narcotraficantes orientan sus vastos recursos hacia actividades legales, que les permiten aumentar la enorme rentabilidad de sus inversiones. Para realizar sus extensas actividades ilícitas y financiar el suntuoso estilo de vida de sus miembros, los carteles de la droga necesitan dar a las ingentes cantidades el dinero en efectivo que les reporta sus actividades, la apariencia de ingresos legítimos.

Con ese fin, utilizan bancos, negocios de exportación e importación, así como intermediarios financieros, tales como agencias de cambio de divisas para lavar este dinero sucio. Cuando el dinero sucio entra en el sistema de la banca internacional, resulta más difícil identificar su origen. Debido a la naturaleza clandestina del lavado, es difícil computar la suma total de dinero que atraviesa el ciclo de lavado.

Una vez que el dinero negro ha logrado penetrar, se por donde sea, en el interior del sistema financiero mundializado, sea en el sector formal o informal, le es extraordinariamente fácil moverse a escala internacional.

La mundialización financiera permite de una manera incontrolable, una explotación máxima de las posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos en el dominio de las telecomunicaciones. Las transferencias electrónicas han hecho que la circulación internacional de fondos sea más fácil que en ninguna otra época anterior, y la desregulación y la liberalización financiera han multiplicado los efectos. (Castaldo, 2005:285).

La mundialización financiera ha multiplicado las posibilidades de colocación o de inversión de los capitales que ya están limpios, tanto el país de origen como en otros lugares. Es sabido que capitales ilegales tienen predilección por ciertas grandes actividades de servicio, en particular el comercio al por mayor y al por menor, así como el turismo, el entretenimiento y el sector inmobiliario.

Pero la asociación con los profesionales de las finanzas, en particular los corredores y las sociedades bursátiles, hace suponer que es en el interior de la esfera financiera, en el marco, por ejemplo, de los

grandes fondos de inversión, donde se diluye una fracción de los productos del crimen organizado.

Por supuesto, se puede decir lo mismo de cualquier masa de capital que quiera conservarse en forma de dinero y ser invertido quedando en el interior de la esfera financiera en el plano de los mercados mundializados. Pero es precisamente la misma respetabilidad que el dinero negro ha adquirido gracias al lavado y al secado.

Ninguna forma de gobierno es inmune al desarrollo de las organizaciones criminales transnacionales, ningún sistema legal es capaz de controlar totalmente el crecimiento de ese crimen y ningún sistema económico o financiero está seguro frente a la tentación de obtener ganancias a niveles más superiores a los que son posibles con las actividades legales.

La criminalidad organizada transnacional puede abarcar un amplio campo de actividades tanto en sectores de la economía legal como ilegal; realizan actividades que no sólo son las conocidas de tráfico de drogas, trata de seres humanos y el blanqueo de productos de actividades ilícitas, mientras que otros pueden mezclarse con actividades empresariales y de entidades estatales; puede ocurrir que se comercialice con bienes producidos lícitamente, como el caso de contrabando de materiales nucleares, armamentos, productos

farmacéuticos, tabaco, bebidas alcohólicas, etc. Al respecto, vale recordar que los procesos masivos de privatización en los años 90 del siglo pasado, “les dio a muchos de estos grupos delictivos, la oportunidad de introducirse en la economía de sus países y en muchos otros.” (De la Cruz, 2006:70)

Para Zúñiga las características actuales de las organizaciones criminales involucradas en el crimen organizado transnacional, son las siguientes:

- Expansión del número de organizaciones criminales involucradas en el crimen internacional.
- Incremento de similitudes entre las organizaciones criminales transnacionales y las corporaciones legítimas del mismo tipo.
- Incremento del uso de la tecnología de punta.
- No todas las organizaciones del crimen organizado transnacional son iguales; difieren en estructuras, fortaleza y tamaño, así como en el tipo de actividades que realizan. Éstas son variadas desde fraudes con tarjetas de crédito, prostitución, tráfico de productos ilícitos hasta otras que sólo se dedican a la droga. (2006:150)

Dentro de este panorama planteado por el autor, se debe tener en cuenta que la mayoría de las actividades delictivas transnacionales, van acompañadas por actos ilícitos como la corrupción de funcionarios públicos, que facilita tanto la comisión de delitos como su encubrimiento; y, el blanqueo de capitales por la participación de instituciones del sistema bancario o centros financieros extraterritoriales e incluso pueden acudir a la violencia para promover sus intereses.

En un intento de sintetizar lo plasmado en este capítulo, se considera necesario expresar que el delito organizado transnacional es parte de la integración y la convergencia social, cultural y económica de la globalización y movilidad de la economía que se desarrolla de acuerdo a una economía de mercado, que está regulada por la oferta y la demanda y su abastecimiento.

Hoy se puede encontrar junto con los mercados legales, los mercados ilegales como el juego, la prostitución, lavado de dinero, inmigración ilegal, piratería y transferencia incontrolada de tecnología. Muchas sociedades –Norte América y Europa– “tienen una enorme demanda de fuerza de trabajo para un mercado no regulado o clandestino, la cual atrae a la inmigración ilegal.” (Yacobucci, 2005:250)

Un aspecto importante de la criminalidad organizada, es que sus fines son involucrarse en una economía distinta de la legal sustentada en el narcotráfico, contrabando, extorsiones y actividades delictivas de todo tipo que le represente un flujo ganancial considerable.

Tiene una dimensión empresarial y orientada hacia el provecho; actúa como una empresa económica fundada en el delito, es una actividad parecida a la administración de un negocio. En definitiva, se plantea conquistar porciones del poder económico e incluso, del poder en

general. Sin embargo, hay que reconocer que no se pueden ignorar factores históricos, étnicos y nacionales, que en la mayoría de las circunstancias delictivas, están presentes en grupos específicos del crimen organizado.

La extinción de dominio aplicada al patrimonio criminal

Características

Las enormes ganancias del crimen organizado internacional y su cada vez más notoria presencia en la vida pública de las naciones, ha obligado a diseñar mecanismos que debiliten su poderío económico. La figura de la extinción de dominio es una de las herramientas concebidas para tales efectos. Sin embargo, diversas limitaciones han impedido que se satisfagan las altas expectativas puestas en dicha modalidad legal. La interrogante ahora consiste en reflexionar acerca de si las propuestas legislativas en materia de extinción de dominio se traducirán en un instrumento idóneo para debilitar las finanzas de las organizaciones delincuenciales.

En la actualidad existen al menos una veintena de delitos que generan las ganancias más reductibles en el ámbito del crimen organizado internacional. Estos serían la trata de personas, delitos contra la salud en materia de narcóticos, pornografía, secuestro, extorsión, fraude

electrónico, contrabando, piratería y tráfico de armas, entre otros. “Se estima que solamente las actividades ligadas al narcotráfico aportan entre el 45 y el 48% de los ingresos de la delincuencia organizada en las diferentes sociedades donde se han arraigado empresarialmente.” (Buscaglia, 2005:70)

En la visión de los especialistas que han examinado a la delincuencia organizada, se tiene la perspectiva de que a ésta se le debe describir como un fenómeno que incluye elementos del propio Estado, del sector privado y de la sociedad que conforman una vasta red multinacional que se ha gestado regionalmente desde hace décadas en Latinoamérica, a partir de mercados ilícitos de menor escala y poco sofisticados, pero que ahora, está conformada de varias estructuras criminales muy importantes a nivel internacional.

En ese tenor, la oferta y la demanda mundial de bienes y servicios ilícitos explican parte del crecimiento patrimonial de la delincuencia organizada en varios países, misma que tiene una muy importante presencia en la economía nacional de los mismos.

Es así como Colombia y México se encaminan, a principios de la primera década del siglo XXI, hacia la lucha contra las estructuras criminales organizadas, ya no basándose en tipos penales restrictivos tal

y como ha sucedido con las respectivas leyes especiales contra la delincuencia organizada transnacional:

Sino que van más allá buscando atacar la economía de dichas estructuras a través de la creación de la extinción de dominio a favor del Estado de los bienes obtenidos ilícitamente, con lo que se estaría buscando mayor efectividad en la persecución penal ya no individual de miembros de estructuras criminales, sino que se estaría erradicando la propiedad a la persona individual de todo bien patrimonial, presuntamente adquirido de una manera criminal, así como el de sus familiares, que no puedan demostrar su proveniencia lícita. (Cano, 2011:50)

Consecuentemente y en respuesta a las necesidades presentadas de atacar la economía de las estructuras criminales, esta fórmula jurídica puesta en vigencia en Colombia y México, a finales de la primera década del presente siglo, Guatemala pone en vigencia su propia ley de extinción de dominio en el año 2010, con la finalidad de atacar de una forma directa la economía de las estructuras criminales organizadas así como de redes delictivas que no necesariamente deben ser organizadas, pero que de una u otra forma, los miembros de las mismas llegan a tener en posesión una gran cantidad de bienes no sólo inmuebles sino dinerarios en circulación dentro del sistema bancario nacional.

Para poder tener una visión clara de las motivaciones para la implementación de la Ley de Extinción de Dominio, necesariamente se debe remontar a la Convención de Palermo 2000, conocida también como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, misma que proporciona en su Artículo 2, la definiciones que darán vida a la construcción de una ley que dirija el

aparato de persecución penal hacia todo aquel patrimonio adquirido de forma ilícita.

La Convención establece en dichas definiciones, las que se apegan a las características de extinción de dominio.

d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente.

Es de esta manera como se va perfilando la plataforma que dará vida a la extinción de dominio del patrimonio criminal a favor del Estado. Desde la perspectiva de combate a la criminalidad organizada transnacional, la ley en mención posee enormes bondades, pues crea un valladar que obstaculiza el goce, por parte de los delincuentes, de los bienes que han obtenido de una forma no sólo ilícita sino que muchas veces violentas, que han dejado muertes y muchas víctimas a su paso.

En contraposición, desde la perspectiva doctrinaria garantista, dicha ley se construye bajo imperativos contraproducentes que van más allá de los imperativos constitucionales. Sumado a ello, queda en lo incierto la propia naturaleza de la misma al no poder ubicarla dentro del ámbito del Derecho civil, menos en el del Derecho Penal.

Naturaleza jurídica

La naturaleza de la extinción de dominio en el ámbito penal no es una pena, ni accesoria, ni principal. Su ámbito es más amplio que el del delito pues es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas (antijurídicas), que consiste en la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Se dice que es jurisdiccional, pues sólo un juez puede declarar que por el irregular carácter de la misma, el titular no es merecedor de protección constitucional alguna.

Asimismo, es una acción pública, directa y autónoma; no hace parte del poder punitivo del Estado contra una persona, por lo que no se le pueden trasladar las garantías constitucionales referidas al delito.

Se le reconoce como un Derecho nuevo. Tanto sustantivamente como procesal y probatorio es un Derecho especial y exclusivo; es independiente de los Derechos, sustantivos y procesales, Penal, Civil, Mercantil u otras materias jurídicas. “Se sustancia y declara al margen de la gravedad del hecho punible y de la responsabilidad penal personal; únicamente considera la vinculación, nexos o relación entre el bien o derechos accesorios y las causales enumeradas. En éste no aplican las normas o los principios relativos a la pena o a la

culpabilidad como el dolo, la proporcionalidad, la ofensividad, la relación de causalidad penal, de intervención mínima, etc. Tampoco el Derecho probatorio penal.” (Cano, 2011:60).

Se le reconoce a la Ley de Extinción de Dominio, como especial ya que no es una acción penal, civil o administrativa, es *sui generis*: posee:

Un procedimiento propio, expedito y normas especiales. Aquí no puede invocarse el proceso penal como asunto prejudicial para que proceda o no la acción de extinción, pues no está regido por las mismas garantías y principios a que se encuentra sujeto el proceso penal y la acción penal. Este se ejerce independientemente de las resultas del proceso penal (absolución, prescripción, extinción de la acción penal). Es de aclarar que no cabe Casación, aunque sí el Amparo. (Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010)

Además, está configurada por la peculiaridad de que se transmite a terceros y herederos no responsables de las actividades delictivas:

Pero que sí han sido beneficiados por éstas, es decir, una persona beneficiada es el heredero o tercero que no habiendo participado en la actividad ilícita se beneficia de ella. Por ejemplo: el menor de edad que hereda de su padre bienes de procedencia ilícita. Y este es un aspecto que pone en tela de juicio la aplicación de la extinción pues la ley ampara al menor, por lo que no se le puede extinguir el dominio de una propiedad a su nombre porque atenta contra la tutela devenida de la propia Constitución. (Cano, 2011:65)

Con la extinción de dominio se buscó crear una figura novedosa y menos complicada en su aplicación a fin de que permita al Estado aplicar a su favor bienes respecto de los cuales existan datos para acreditar que son instrumento, objeto o producto de actividades de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro robo de vehículos y trata de personas, o que están destinados a ocultar o mezclar bienes producto de tales delitos.

Dicha modificación tiene como objetivo el enfrentar a la delincuencia de manera sistemática, afectando directamente a la economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo.

Es necesario enfatizar, que actualmente la suerte de los bienes instrumento, objeto o producto de un delito depende, en primer término, de que exista un aseguramiento; además de que se hace necesario esperar la declaratoria de responsabilidad penal plena de una o varias personas, ello sin contar que en ocasiones los bienes pueden tener una relación directa con los procesados, aun cuando hubiera elementos para determinar que son instrumento, objeto o producto del delito, o están destinado a ocultar o mezclar bienes producto del delito.

En este sentido, con la finalidad de encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar sus activos, se hizo necesario crear un procedimiento jurisdiccional y autónomo del proceso penal que establezca en forma expresa que procederá estrictamente en los casos de delincuencia organizada.

Es importante precisar que en la regulación que se hace de la extinción de dominio, se ha buscado respetar la garantía de audiencia de cualquier persona que se considere afectada, previéndose que ésta podrá interponer los recursos que establezca la ley, a fin de demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de los mismos.

Modalidades de afectación al patrimonio criminal

Tal y como se ha venido insistiendo, la acumulación de capital ilícito proveniente de las actividades de las estructuras criminales organizadas y no organizadas, ha sido un problema que ha ocupado la atención de casi todos los Estados Parte de la Asamblea de las Naciones Unidas. Consecuentemente, en la Convención de Palermo se establecen una serie de nuevas herramientas tanto en lo concerniente a la investigación criminal como en el ámbito procesal, que permitan diseñar mejores estrategias y mecanismos de combate a la delincuencia organizada transnacional.

Es así como en el Artículo 2 de la Convención, referido a Definiciones, se describe en el inciso e) lo que debe entenderse como producto del delito, explicitando que “se entenderá los bienes de

cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.”

Asimismo, en el inciso *f)* se empieza a perfilar lo que posteriormente se convertiría en la extinción de dominio, al establecer que “Por embargo preventivo o incautación se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente.” Por último, el inciso *g)* ya plantea con exactitud la figura que precederá al diseño de la Ley de Extinción de Dominio: el decomiso. Se describe dicha figura como “la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.”

En el Artículo 12 de la Convención, referido a Decomiso e incautación, desde el numeral 1 hasta el numeral 7 queda claramente regulado lo que procede en cuanto al patrimonio criminal, que mediante las investigaciones dirigidas por el Ministerio Público se establece la ilegitimidad e ilicitud de su procedencia. Es decir, se busca con esta regulación extinguir todo derecho de propiedad de bienes muebles e inmuebles, a todas las personas a quienes se les presume que su patrimonio ha sido adquirido por medio de la comisión de delitos tipificados en la Convención.

Ciertamente, al entrar en vigencia la Ley de Extinción de Dominio, también se contempló incluir delitos cometidos por grupos criminales cuyas características no corresponden a las de los grupos organizados y transnacionales, pero que de alguna forma, a través de la corrupción, han creado redes delictivas que entrelazan a miembros de estructuras criminales con funcionarios y empleados del Estado.

Al extinguir el dominio de todos los bienes presuntamente obtenidos de una forma ilícita, se ataca la esencia de la criminalidad organizada, que es la economía dinamizada por el beneficio obtenido de los actos desvalorizados cometidos con una frecuencia inalterada, a través de redes que involucran una serie de personas, personajes y empresas que coadyuvan, ya sea directa o indirectamente, en la limpieza de las ganancias acumuladas por el crimen organizado.

Asimismo, el hecho de que la extinción abarca también bienes cuyos titulares de propiedad son miembros de la familia de los presuntos criminales, es una forma de atacar este tipo de estrategias, muy comunes en estos círculos delictivos, de distribuir los bienes adquiridos entre familiares y amigos, cuya función específica es la de ocultar al verdadero propietario.

La información razonable como fundamento para la extinción de dominio

Características esenciales

En el Artículo 4, de la Ley de Extinción de Dominio, referido a Causales de procedencia de la extinción, inciso *b*) establece, además de lo que antecede a las líneas que se citan, “que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio.” Se entiende, pues, que para que exista una validez probatoria de que los bienes a extinguir verdaderamente han sido obtenidos de forma contraria a la norma, la información obtenida por el ente que investiga, es decir el Ministerio Público y su equipo especializado en este tipo de tareas, han tenido que recurrir a mecanismos y estrategias investigativas de excepción para que la información recabada sea *razonable*.

Ahora bien, en el ámbito procesal esa construcción planteada como información razonable, no es otra cosa más que el hecho de que la prueba para corresponder a los principios del debido proceso, tiene que haber sido obtenida a través de medios lícitos y sin vulneración de derechos fundamentales, para que el Juzgador le dé la calidad valorativa de prueba admisible. Acá hay que tener presente que

“doctrinariamente se entiende por prueba ilícita aquella que es contraria a la dignidad humana, que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales.”(Urbano, 2007: 312).

Es perceptible que la comisión de todo delito de acción pública impone como regla al Estado, en forma necesaria, obligatoria e indispensable

La promoción y el desarrollo de un proceso que, como instrumento de administración de justicia, tiene por finalidad aplicar al caso concreto la ley penal sustancial e imponer al responsable una pena que luego el mismo Estado tiene el derecho de ejecutar. Lógicamente, respetando los derechos y garantías del imputado o investigado. (Cardoso, 2012:185)

Ciertamente, la Ley en mención se reconoce en el Artículo 5, independiente “de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado, de conformidad con las leyes penales de la República de Guatemala.”

Sin embargo, su plataforma de acción pública está estrechamente conexada con delitos, aunque dicha acción se ejerza sobre bienes muebles e inmuebles, éstos tienen una relación estrecha con el accionar penal. Es por ello que se ha considerado oportuno citar a Cardoso, en cuanto a “que le corresponde al Estado, la persecución de cualquier acto contrario a la norma.” (2012:197) Por lo tanto, la extinción de dominio procederá siempre y cuando el ente investigador, Ministerio Público, haya cumplido con lo que el Estado a través de la

Constitución le ha impuesto como finalidad específica: probar la existencia de un hecho ilícito.

Según la experiencia del autor si el Ministerio Público no le da herramientas suficientes al ente encargado de la acción de extinción, aunque existan elementos suficientes para suponer la ilicitud de los bienes señalados, dicha acción no se puede llevar a cabo porque no tiene a su favor la información razonable.

El Ministerio Público y los mecanismos y estrategias para la obtención de la información razonable

Desde la Convención se regularon nuevos instrumentos de investigación criminal que fueron aceptados por la situación excepcional que representaba y sigue representando la criminalidad organizada para los Estados. Estos instrumentos o instituciones, muy criticados por la flagrante vulneración de derechos fundamentales en su aplicación, utilizados para el soporte eficaz de la investigación criminal, es un conjunto de operaciones estratégicas que llegan hasta la precisión de una figura, la del agente encubierto, que para poder gozar de credibilidad por parte de los miembros de la estructura criminal a donde se ha infiltrado, tiene que participar en la comisión de delitos

sin que por ello se le imponga responsabilidad penal, según consta en la Ley contra el Crimen Organizado.

Así también, se contempla dentro de este conjunto de herramientas excepcionales las interceptaciones telefónicas, las entregas vigiladas y la muy cuestionable figura del colaborador eficaz. Ciertamente que para efectos de detectar la titularidad de propiedad de bienes muebles e inmuebles, localización de inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, familiares allegados a la persona investigada, qué bienes poseen esos familiares que provengan de las actividades ilícitas del investigado, se tendrá que recurrir además del agente encubierto, a las interceptaciones telefónicas y al colaborador eficaz.

Estas tres nuevas instituciones que soportan la investigación del Ministerio Público, serán las responsables de recabar la información razonable es decir, todo el material probatorio necesario para proceder a la extinción de dominio del patrimonio criminal que posea la persona investigada.

Tal y como afirma Llera:

Antes del ejercicio de la acción penal, tendrá el órgano oficial del Estado, que alcanzar en la fase de investigación el descubrimiento del delito y sus respectivos responsables a través de la búsqueda de pruebas y otros datos de interés al esclarecimiento del hecho. (2001:185)

Se entiende, pues, que la investigación criminal está cumpliendo con dos funciones; la primera, la investigación propiamente dicha para establecer la existencia de un hecho delictivo y, la segunda, la de recabar las pruebas necesarias para ser trasladadas al fiscal encargado y proceder a la persecución penal del presunto delincuente. Esta segunda etapa de la investigación, la de recabación de elementos probatorios, es de la que hace uso la acción de extinción de dominio, independientemente de que el proceso iniciado contra la persona imputada haya concluido en algún tipo de condena.

La investigación criminal por parte del Ministerio Público, de la cual resulta la información razonable presenta como objetivo establecer la efectividad del hecho imputado, con todas las circunstancias de personas, cosas o lugares, identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones, y, en general, “recoger todos los antecedentes que puedan servir para tomar la decisión acerca del curso de la persecución penal.” (Pérez, 2008: 233).

Además, como señala Binder:

La investigación es una actividad eminentemente creativa, se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta medios que servirán de prueba. (1999: 236)

En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que la regla general es la imposibilidad de empezar un proceso penal, en este caso la acción de extinción de dominio, sin previamente pensar, diligenciar e investigar un hecho criminoso que haya ocurrido. La excepción estaría en las hipótesis en las que el órgano acusador ya poseyera, sin necesidad de investigaciones, datos o pruebas que puedan comprobar la práctica del crimen, estando así en condiciones de empezar la acción penal.

Sin información razonable no hay inicio de acción de extinción de dominio

Ya planteado todo lo referente a cuáles son los mecanismos y estrategias de investigación a los cuales recurre el Ministerio Público, porque la norma los regula, corresponde ahora establecer las circunstancias en las cuales no se puede obtener la información razonable para proceder a la acción de extinción de dominio. Acá específicamente se estará enfocando en los elementos de prueba y la regulación sobre su recabación, de lo contrario se basara en una acción pública sobre una plataforma probatoria obtenida ilícitamente.

El Artículo 183 del Código Procesal Penal, referido a Prueba inadmisibles, establece que:

Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa e indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. 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.

Sugiere dicho artículo, que la recabación de todo elemento que se considere pertinente para alimentar el conjunto probatorio debe de estar legalmente aprobado por la autoridad competente, de lo contrario, toda prueba que no cumpla con los requisitos establecidos en este cuerpo legal, debe ser excluido de la carga de la prueba. En el caso de la Ley de Extinción de Dominio que requiere que la información razonable esté bien sustentada para proceder a la acción, si la información-prueba fue adquirida de una forma ilícita, la misma ley le limita su acción, ya que de proseguir sobre elementos probatorios no pertinentes se incurriría en una grave vulneración de derechos fundamentales y garantías procesales.

En el caso específico de la participación de un agente encubierto, quien simulando ser parte de la estructura criminal obtiene, porque tiene acceso a la residencia de la persona investigada, informes sobre movimientos bancarios, recaba información sobre terceros que visitan dicha residencia simulando una socialización con ellos; o, por escucha de conversaciones muy privadas de la persona investigada, se puede decir que dicho material probatorio ha sido obtenido de una forma ilícita, pues ha mediado el engaño por parte del agente encubierto

hacia la persona que se investiga. Aunado a ello, tendría que sopesarse la vulneración al derecho constitucional a la intimidad.

Sin embargo, como se apuntara en epígrafes anteriores, todo lo relacionado con la delincuencia organizada se enmarca dentro de un derecho de excepciones, basado en instrumentos internacionales que han regulado a dichos grupos delictivos organizados como merecedores de un trato de excepción por parte el sistema penal.

El presente trabajo monográfico busca ampliar por medio de un análisis exegético, los intersticios que se han quedado en un articulado simbólico en la Ley de Extinción de Dominio. A través de este ejercicio se espera que los legisladores al momento de diseñar un cuerpo normativo, lo hagan bajo las instancias dogmático-doctrinarias necesarias para que pueda darse una aplicación de justicia bajo parámetros de equidad y respeto a derechos fundamentales y garantías procesales.

Si bien es cierto, los grupos delictivos organizados han llevado a sucumbir a grandes sectores poblacionales en distintas sociedades del mundo, también es cierto que los logros históricos en materia de derechos fundamentales y garantías procesales, no deben dejarse de lado basados en la específica circunstancia de excepcionalidad manifiesta en las modalidades delictivas de los grupos organizados,

que conlleva al surgimiento de legislaciones especiales, que sin ser el propósito, vulneren esos grandes logros históricos para el hombre, a través de revoluciones, guerras, muertes.

Este trabajo es un pequeño aporte desde un análisis profundo no sólo de una ley, sino del contexto guatemalteco y sus propias necesidades político-criminales para enfrentar a la delincuencia organizada.

Conclusiones

Las principales cuestiones problemáticas del fenómeno de la criminalidad organizada que han surgido con la evolución de los sistemas penales se deben a tres aspectos sustanciales: la incriminación de la participación en una organización criminal, las sanciones para reprimir las ganancias ilícitas de las organizaciones y los medios para una eficaz comprobación de los delitos.

El patrimonio criminal acumulado por las estructuras criminales es totalmente inmensurable por lo que, desde instrumentos internacionales, específicamente la Convención de Palermo 2000, se establecieron regulaciones excepcionales para atacar el aspecto más vulnerable de las estructuras criminales, consecuentemente, se allana el camino hacia la normatividad para la extinción de dominio de dicho patrimonio ilícito.

El planteamiento prescrito en la Ley de Extinción de Dominio como Información Razonable para poder aplicar la acción de extinción, depende específicamente de la investigación criminal realizada por el Ministerio Público, que debe sustentar dicha información sobre la base de la obtención lícita de la misma y la diferencia entre criminalidad organizada y una simple complicidad entre los sujetos participantes.

La Información Razonable por tanto, es el conjunto de elementos probatorios que le son entregados a la entidad encargada de la ejecución de extinción de dominio, siempre y cuando la recabación de la carga de la prueba se haya realizado dentro de los límites establecidos en el Código Procesal Penal, en lo que se refiere a la admisibilidad y legalidad de la prueba.

Referencias

Anarte, E. (1999). “*Conjeturas sobre la criminalidad organizada*”. En AA.VV. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. J.C. Ferré Olivé y E. Anarte Borralló Coords. Huelva: Jurídicum.

Bartone, N. (2001). *Diritto penale europeo*. Padova: Cedam

Bartone, N. (2003). *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionali del reato*. Milán: Giuffrè.

Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Buscaglia, E. *et al* (2010). “*Delincuencia organizada y derechos humanos: ¿Cómo controlar el uso de las técnicas modernas de investigación? El caso de las intervenciones de comunicaciones privadas*”. En AA.VV. *Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada*. E. Buscaglia y S. Conzález Ruíz coords. México: Siglo XXI Editores.

Cano, V. (2011). *Extinción de Dominio*. Guatemala: Magna Terra.

Cardoso, F. (2012). *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Madrid: Universidad de Salamanca.

Castaldo, A. (2001). *Corruzione privata e tutela penale del sistema economico in europa*. En AA.VV. *Diritto penale europeo*. Padova: Cedam

De La Cruz, R. (2006) *El Crimen Organizado. Delitos más frecuentes*. La Habana: Editorial Universitaria de la Universidad de La Habana.

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez, Ruíz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés (del original de 1989). Madrid: Civitas

Góngora, G. y Santoyo, A. (2010). *Crimen Organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación*. México: Porrúa.

González, P. (2007). *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Temis.

Granados, C. (2001). “*Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto, Entrega Vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia*”.

En AA.VV. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. C. Granados Pérez coord. Madrid: Civitas.

Llera, E. (2001). *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant lo blanch.

Urbano, J. (2009) *Prueba ilícita y regla de exclusión. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Yacobucci, G. (2005). *El Crimen Organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Zúñiga, L. (2006) *Criminalidad organizada. Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis*. En AA.VV. *El desafío de la criminalidad organizada*. Nieves Sanz Mulas coord. Granada: Comares

Diccionarios

Cabanellas, G. (2007). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta.

Instituto de Investigaciones Jurídica (1992). *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa.

Martínez, R. (1998). *Diccionario General*. 3 Tomos. España: Iure Editores.

Osorio, M. (s.f.) *Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta.

Revistas especializadas

Del Pozo, M. “*El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*”, en *Criterio Jurídico*. Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, Volumen 6 (2006).

Hefendehl, R. “*¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal del enemigo o de autor?*”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 75, Bogotá, 2004.

Pérez, J. “*Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal*”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008.

Salazar, H. “*Actuación de agentes encubiertos*”, en *Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano*. Medellín: Defensoría del Pueblo. 2005.

Sotomayor, J. “*Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano*”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 17, Montevideo, 2008.

Revistas electrónicas

Riquelme, E. “*El agente encubierto en la ley de drogas: la lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*”. En *Política Criminal. Revista electrónica de la Universidad de Talca*. Centro de Estudios en Derecho Penal. S.L. Año 2, número 2 (2006)
Sitio:http://politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf Consultado 23/10/2013.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Constituyente de junio 1985.

Código Penal, Decreto número 17-73, del Congreso de la Republica.

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

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

Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009, del Congreso de la República.

Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010, del Congreso de la República.

Instrumentos Internacionales

Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos Adjuntos: Protocolo para prevenir reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. Palermo, Italia, diciembre, 2000; conocida como Convención de Palermo 2000.