

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

**EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COMO MECANISMO
PARA ENCUBRIR Y LEGALIZAR GANANCIAS PROVENIENTES DEL CRIMEN
ORGANIZADO**

CLAUDIA MERCEDES AMBROSIO CARBALLO

septiembre
GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

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

**EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COMO MECANISMO
PARA ENCUBRIR Y LEGALIZAR GANANCIAS PROVENIENTES DEL CRIMEN
ORGANIZADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CLAUDIA MERCEDES AMBROSIO CARBALLO


Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

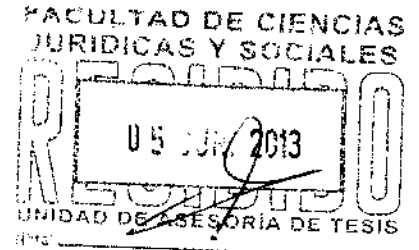
Septiembre
Guatemala, agosto de 2013



Oficina Jurídica
4ta. Calle 1-85 Cantón la Cruz, Amatitlán, Guatemala
Teléfono: 42171456

Guatemala, 3 de junio de 2013

Licenciado:
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Como asesora de tesis de la bachiller (nombre), en la elaboración del trabajo titulado: **"EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COMO MECANISMO PARA ENCUBRIR Y LEGALIZAR GANANCIAS PROVENIENTES DEL CRIMEN ORGANIZADO."** Por este medio manifiesto lo siguiente:

- a) El trabajo se enfoca en el análisis jurídico y social del funcionamiento de las sociedades anónimas, y la forma en que algunas de estas entidades son utilizadas para encubrir ganancias provenientes del crimen organizado. Asimismo, se establece los factores que inciden de forma directa en la falta de fiscalización y persecución penal efectiva de quienes delinquen utilizando dichas entidades societarias.
- b) Los métodos y técnicas que han sido utilizados para la elaboración del trabajo comprenden: el jurídico, sintético e inductivo; el primero se enmarca en lo relacionado con el desarrollo del tema objeto de la investigación, es decir, el análisis del funcionamiento de las sociedades anónimas enmarcado en acciones delictivas por parte del crimen organizado. En cuanto al método sintético, este se aplicó en el proceso del informe final, complementándolo con el método inductivo para establecer las conclusiones relacionadas con la temática analizada. En lo concerniente a las técnicas, se aplicó la bibliográfica, fichas de resumen y la investigación documental.
- c) El aporte científico de la investigación deviene en las conclusiones valederas a las cuales se arribó, en virtud que se estableció que muchas de las actividades mercantiles que se realizan a través de las sociedades anónimas, encierran acciones delictivas del crimen organizado tales como: el enriquecimiento ilícito, la defraudación tributaria y aduanera, el testaferrismo y el lavado de dinero; en virtud de las características, funcionamiento y particularidades de dichos entes societarios.
- d) En lo concerniente a lo que preceptúa el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, opino lo siguiente: El contenido científico y técnico del trabajo de tesis es acorde con su desarrollo, tomando en consideración el aporte científico que se establece en cuanto al tema formulado. La metodología y las técnicas utilizadas han sido las adecuadas. La redacción ha sido del todo afortunada, no incluyó cuadros estadísticos y en cuanto al aporte científico marca un importante avance en materia del estudio del derecho mercantil y penal. Las conclusiones son del todo valederas y



reflejan la forma científica con la cual se abordó la problemática esbozada. Las recomendaciones guardan estrecha relación con las conclusiones. La bibliografía ha sido la adecuada en atención al tema desarrollado. Las modificaciones que se le han sugerido al bachiller, las ha tomado en consideración de forma oportuna. Por lo antes expuesto, apruebo el trabajo de investigación.

He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática; con lo cual se comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación, en el sentido que la existencia de las sociedades anónimas, amparado en la normativa constitucional de libertad de asociación, así como la de industria, comercio y trabajo; posibilita el funcionamiento de algunas sociedades cuyo objetivo de creación, obedece a su utilización como medio para ocultar y legitimar ganancias procedentes de actividades ilegales..

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

Atentamente,

Licda. Arcely Guerra Velásquez
Abogada y Notaria

Licda. Lucinda Arcely Guerra Velásquez
Abogada y Notaria
Colegiada número 10024



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

effl

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 22 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CLAUDIA MERCEDES AMBROSIO CARBALLO, titulado EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COMO MECANISMO PARA ENCUBRIR Y LEGALIZAR GANANCIAS PROVENIENTES DEL CRIMEN ORGANIZADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/sllh.

effl

[Handwritten Signature]
Lic. Avidán Ortíz Orellana
DECANO



Rodriguez



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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael López González
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Obdulio Rosales
Vocal:	Licda.	Olga Aracely López
Secretario:	Lic.	César Anibal Najarro

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda
Vocal:	Licda.	Jenny Aimé Molina Morán
Secretario:	Lic.	Juan Carlos López Pacheco

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



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haber iluminado mi camino para poder alcanzar esta meta y permitirme vivir este sueño hecho realidad.
- A la Virgen María:** Por protegerme siempre con su manto sagrado y nunca soltarme de su mano.
- A mi Madre:** Nora Carballo, por su ejemplo, valentía y perseverancia, por ser una gran mujer a la que admiro y porque ha desempeñado el papel de madre y padre para mí, esto es lo mínimo que puedo darte a cambio de todo lo que me has dado.
- A mis abuelos:** Teresa Chimil de Carballo (Q.E.P.D.) Y Javier Carballo (Q.E.P.D.) porque siempre vivirán en mi corazón.
- A mis primas:** Pamela, Lourdes y Laura, por estar siempre a mi lado apoyándome, las quiero mucho.
- A:** mi familia en general, por el apoyo moral que siempre me han brindado.
- A:** Jarley López y Familia porque son para mí como mi otra familia, gracias por su apoyo y ayuda en todo momento.
- A mis amigos:** Sofía, María Fernanda, Andrea, Lucy María, Stefanie, Ronald, Jessika, Karen, Karina, Moriah, Caroll.



A mis compañeras de trabajo: Yadira Rivera, Gretel Maldonado, Alejandra Salalá, Lidia Cruz, Rebeca Chávez, Mayra Villatoro y Lidia Chávez, por todo el apoyo que me brindaron, muchas gracias.

A los profesionales: Licenciada Lucinda Arcely Guerra Velásquez, asesora de tesis, y al Licenciado Erwin Rolando Rueda Masaya por todo su apoyo, muchas gracias.

A mis catedráticos: Por los valiosos conocimientos que me brindaron a lo largo de mi carrera.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; que me albergó y me concedió el gran honor de haber estado en sus aulas hasta la culminación de mi carrera, por lo que es un orgullo ser egresada de esta casa de estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho penal.	1
1.1. Conceptualización del derecho penal.	1
1.2. Definiciones del derecho penal.	8
1.3. Fines del derecho penal.	13
1.4. Características del derecho penal	15
1.5. Las primeras instituciones penales.	18
1.6. La función del Ministerio Público	19
CAPÍTULO II	
2. El delito.	21
2.1. Definición de delito.	23
2.2. Sujetos del delito.	27
2.3. La ley penal	29
2.4. Aspectos positivos del delito	33
2.5. Aspectos negativos del delito.	39
CAPÍTULO III	
3. La sociedad anónima.	45
3.1. Origen de la sociedad anónima	46
3.2. Concepto de la sociedad anónima.	49
3.3. Características de la sociedad anónima	51
3.4. Constitución de la sociedad anónima.	52
3.5. El capital de la sociedad anónima	54
3.6. Órganos de la sociedad anónima.	58



CAPÍTULO IV

4. Las sociedades anónimas como medio para ocultar ganancias procedentes del crimen organizado.	61
4.1. El crimen organizado.	63
4.2. Lavado de dinero.	67
4.3. Ilícitos para encubrir y legalizar ganancias provenientes del crimen organizado.	72
4.4. La tergiversación de las sociedades anónimas como mecanismo para encubrir las actividades del crimen organizado.	81
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89



INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico guatemalteco existe un sustento legal para la libertad de asociación, así como para el funcionamiento de la actividad mercantil, a través de las sociedades anónimas; sin embargo, en virtud de la naturaleza de dichas sociedades y en atención a sus características, en ocasiones se ha desnaturalizado la existencia de dicha figura jurídica, con el fin de realizar actividades ilícitas.

La seguridad y la justicia constituyen un factor fundamental para el Estado de derecho, por lo cual el ordenamiento jurídico, debe poseer un verdadero efecto positivo y eficaz. Desafortunadamente en los últimos tiempos, el crimen organizado ha venido en aumento, al punto que actividades que se encuentran reguladas en ley, han sido tergiversadas con fines ilícitos. Se han incrementado las organizaciones criminales en el país y consecuentemente se ha producido un grave deterioro en la sociedad, derivado de la búsqueda de dinero fácil.

La legislación guatemalteca, a partir de la Constitución Política de la República establece el derecho de asociación, de acuerdo a lo que regula el Artículo 34, y en el aspecto mercantil de forma concreta en el Artículo 43, preceptúa la libertad de industria, comercio y trabajo, salvo las limitaciones legales. No obstante lo descrito, el funcionamiento de algunas sociedades anónimas tiene como objetivo encubrir y legalizar ganancias provenientes del crimen organizado.

Es por ello que dentro del presente estudio se formula el análisis del funcionamiento de las sociedades anónimas, su utilización con fines criminales, especialmente en lo relacionado con la obtención de ganancias ilícitas.

Los supuestos que han servido de apoyo para la investigación, se fundamentan en las consideraciones relacionadas con el uso de las sociedades anónimas como medio para la comisión delictiva; el actuar del crimen organizado valiéndose del uso de dichas entidades; y, la función del Estado en lo relacionado con el combate de dicha afección.



La hipótesis formulada se comprobó, en el sentido que la existencia de las sociedades anónimas, amparado en la normativa constitucional de libertad de asociación, así como la de industria, comercio y trabajo; posibilita la existencia de algunas sociedades cuyo objetivo de creación y existencia, obedece a su utilización como medio para ocultar y legitimar ganancias procedentes de actividades ilegales. Todo ello dentro del contexto y escenario de la ilegalidad e impunidad que se vive en el país, y la corrupción que se produce en todos los niveles.

La estructura del trabajo, se divide en cuatro capítulos distribuidos de la forma siguiente: en el capítulo primero se desarrolla el tema del derecho penal; en el segundo se aborda el tema del delito; en el tercero se estudia lo relacionado con la sociedad anónima; y, finalmente en el cuarto se estudia el tema central de la investigación, es decir, el uso de las sociedades anónimas como medio para ocultar ganancias procedentes del crimen organizado.

En el desarrollo del trabajo, la metodología empleada incluyó el jurídico, sintético e inductivo, para analizar de manera particularizada cada uno de los temas que comprenden la investigación, así como los subtemas de acuerdo a la estructura final del estudio. Los métodos descritos fueron apoyados por las técnicas de fichas bibliográficas, fichas de resumen y la investigación documental.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal

Se ha dicho que el derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina, de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad.

Todas las expresiones humanas con algún significado social, surgen en la vida de relación, en la convivencia humana, en el trato diario de unos con otros; es al entrar en relación unos con otros que se exterioriza la conducta del ser humano, y es a través de la manifestación de su conducta que el hombre realiza acciones u omisiones que le permiten expresarse, es decir, actúa o se abstiene de actuar según su voluntad, estas acciones y omisiones cuando son inofensivas, cuando no son socialmente relevantes, son aceptadas y permitidas por el Estado en cuanto que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico tutelado; sin embargo, cuando estas acciones u omisiones dañan o ponen en peligro un interés jurídicamente tutelado, son reprobadas y reprimidas por el derecho penal, en nombre del Estado y de una sociedad jurídicamente organizada.

1.1. Conceptualización del derecho penal

El Derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante la vulneración de valores que una sociedad, en un momento dado reputa fundamentales.



Muchos siglos después de proclamado el derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito. Fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado -minas, galeras-. Parece que la Iglesia abre una etapa humanitaria, aunque no falten autores, como Schiappoli, que lo pongan en duda.

En el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas y la mayor parte de tratadistas como Luis Jiménez de Asúa, para su análisis las han planteado de la manera siguiente:

- “Época de la venganza privada: Se afirma que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino de una forma de manifestación individual.

La época de la venganza privada es la época bárbara, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. Como en dicha época no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad, es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual y cada quien se hacía justicia por su propia mano. Esto dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias, ya que los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al



ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, que fue atenuada por la Ley del Tali3n, segun la cual no podfa devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su victima, reconociendo asf el grupo o la colectividad que el ofendido s3lo tenfa derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido; de tal manera que no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represion penal moderna, solo tiene relevancia como equivalente de la pena actual la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a ejercitarla.”¹

Adem3s de la Ley del Tali3n, aparece como otra limitaci3n de la venganza privada, la composici3n a trav3s de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido a los suyos cierta cantidad para que 3stos no ejercitaran el derecho de venganza.

- 3poca de la venganza divina: Es la 3poca teocr3tica, se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre -generalmente eran sacerdotes, los que representando a la voluntad divina administraban justicia-, y las penas se imponfan para que el delincuente expie su delito y la divinidad deponga su c3lera. Es el espiritu del derecho penal del antiqufimo pueblo hebreo.

¹ Jim3nez de Asfa, Lu3s, **Lecciones de derecho penal**, p3g. 13.



- Época de la venganza pública: Se deposita en el poder público la representación de la vindicta social respecto de la comisión de un delito. El poder público, representado por el Estado, ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. La represión penal que pretendía mantener a toda costa la tranquilidad pública, se convirtió en una verdadera venganza pública que llegó a excesos, caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado, la pena era sinónimo de tormento y se castigaba con severidad y crueldad aun hechos que hoy día son indiferentes como los delitos de -magia y hechicería- que eran juzgados por -tribunales especiales- con rigor inhumano; esta etapa constituye uno de los episodios más sangrientos del derecho penal europeo, especialmente en los Siglos XV al XVIII.

“Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos, el poder público no vaciló en aplicar las penas más crueles, la muerte acompañada de formas de agravación espeluznante, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación. La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de justicia una completa desigualdad, mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección eficaz, para los plebeyos y los siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia, y por último, dominaba una completa arbitrariedad, los jueces y



tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.”²

- Período humanitario: Se atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas; la excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento a favor de la humanización no sólo de las penas sino del procedimiento penal, toda vez que en la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos y toda clase de tormentos con la finalidad de castigar y obtener confesiones.

“La etapa humanitaria del derecho penal comienza a fines del Siglo XVIII con la corriente intelectual del -iluminismo- y los escritos de Montesquieu, D. Alambert, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue el milanés César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, que en el año de 1764 -a la par de que se gestaba la Revolución Francesa con la filosofía iluminista-, publicó su famosa obra denominada -De los Delitos y de las Penas-, en la cual se pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de las penas dijo, no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales; luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del

² Ibid, pág. 14.



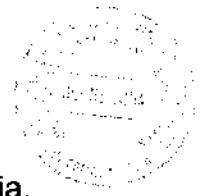
reo. El tormento resulta el medio más eficaz para absolver a los robustos malvados y condenar a los flacos inocentes.”³

“Beccaria, se ha dicho, escribió en aquella época un alegato en definitiva contra el tormento de las penas, aún se recuerdan sus palabras -Qué derecho sino el de la fuerza será el que da potestad al Estado para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o es inocente-, consideró que la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre; es más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crece con el vigor de la imaginación y la propia flaqueza, y es más útil porque cuando es menor la distancia de tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de las ideas, delito y pena, de tal modo que funcionan el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario. Desde que Beccaria pronunció su primera palabra humanitaria, han transcurrido más de dos siglos y, sin embargo, sus ecos permanecen aún vibrando, quizá ahora con acentos más firmes como si desde entonces no hubiera habido otro grito más fuerte en las etapas en las que hasta entonces militaban las sanciones contra el delito.”⁴

De esta manera pues, la brillante obra del noble milanés de Beccaria, se ha dicho, tiene mérito de haber cerrado un capítulo del derecho penal, que puede pensarse fue el primero y que le han llamado -antiguo-, y de abrir otro que los especialistas han denominado -Edad de Oro del Derecho penal-.

³ Ibid, pág. 15.

⁴ Ibid, pág. 16.



- Etapa científica: Se inicia con la obra de César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la Escuela Positivista. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la Escuela Clásica, llevaron a considerar al Derecho Penal como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Luego de la Escuela Clásica aparece la Escuela Positiva del Derecho Penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri -uno de sus precursores-, consideró que el derecho penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose, para su estudio, del método positivista o experimental, contrapuesto al lógico abstracto de la Escuela Clásica. En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales. Enrico Ferri, estudia la etiología de la delincuencia y pone de relieve el influjo de los factores individuales, antropológicos, físicos y sociales en los que se condensa la etiología de la criminalidad; de esta manera se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente; la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o de defensa social.

Luego de esta etapa, surge el llamado -derecho penal autoritario- producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, con rasgos netamente peculiares que por su espíritu y orientación presentaba un vivo contraste con el derecho penal



liberal-individualista proveniente de las ideas del Siglo de las Luces y de la Revolución Francesa. Su principal característica era proteger al Estado, por lo cual los delitos de tipo político, que en regímenes democráticos tuvieron trato benévolo en grado sumo, fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.

- Época moderna: Actualmente existe unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que las ciencias penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico.

Es más, algunas especialidades sostienen que el derecho penal debe circunscribirse con alguna exclusividad a lo que se denomina -dogmática jurídica penal- que consiste en la reconstrucción del derecho penal vigente con base científica, alejándolo, incluso, de las consideraciones filosóficas y críticas. -La dogmática se edifica sobre el derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente en las conductas de hoy-.

1.2. Definiciones del derecho penal

“El derecho penal objetivo es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado; y subjetivamente, en cuanto al ius puniendi, o derecho de castigar, como la facultad estatal de establecer el



concepto del delito como presupuesto de dicho poder, así como la responsabilidad del sujeto activo, y de asociar a la infracción de la norma una pena o una medida de seguridad.”⁵

“El derecho penal también suele ser denominado derecho criminal. Utilizando la designación primera, se refiere más exactamente a la potestad de penar; mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad derecho sobre el crimen, como infracción o conducta punible. Comprende los principios doctrinales y las normas positivas referentes al delito, al delincuente y a la pena. El derecho penal es el conjunto de reglas establecidas por el Estado con el fin de unir al hecho del delito la pena, como su consecuencia jurídica.

El conjunto de aquellas condiciones para que el derecho, que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea reestablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó.

Es la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden.”⁶

El derecho penal se divide por lo común, tanto en la exposición doctrinal como en su expresión positiva, en dos partes: la general, que examina el delito y la pena desde el

⁵ **Ibid**, pág. 34.

⁶ Cabanellas de la Torre, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 143.



punto de vista de los principios; y la especial, que describe los diversos delitos y faltas catalogados por el legislador. En aquella, además de los conceptos sobre delitos y falta, se definen los responsables; los grados de ejecución; las circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes o mixtas; las clases, duración, contenido y naturaleza de las penas y aplicación de las mismas según los diversos supuestos; la extinción de la responsabilidad penal y lo relativo a la de índole civil.

En la parte especial, por títulos y capítulos, se agrupan las familias de delitos; y luego, en artículos e incisos, se determina las figuras delictivas y las penas en cada caso. Las faltas suelen ser objeto de regulación más concisa y con mayor arbitrio para los tribunales.

En un principio, la reparación de las lesiones jurídicas experimentadas se entregaba a la iniciativa y a la reacción de las víctimas o los allegados supérstites. Cuando la cautela evasiva en el temeroso o prudente no evitaba la agresión, el que la sufría replicaba en la medida de sus medios y de su vehemencia. De perecer, eran los suyos, la familia o la tribu, los que asumían la venganza, casi siempre con superación desbordada y semillero de reacciones en cadena, que resulta fácil conectar con la vendetta, arraigada en pueblos latinos. Técnicamente se estaba en la etapa de la venganza de la sangre, que conduciría a las atenuaciones de la composición, que reducía la pena al resarcimiento económico. Solamente la afirmación de Estados rudimentarios irá arrebatando poco a poco a los particulares la tutela represiva, encuadrada en el cauce lógico, aunque restrictivo en definitiva, del talión.



Las figuras delictivas de creación primera, y que perduran, son aquellas que significan mayor alarma en lo patrimonial y mayor lesión en lo personal: el robo y el homicidio, con las variantes y agravaciones que se añadirían después del asesinato y el parricidio, y con la minoración del hurto.

Los delitos de índole sexual, la violación, en tanto que acceso violento, y el adulterio, el ilegítimo, no tardarán en asomar en el repertorio represivo. Por el contrario, se requiere la consolidación de las instituciones estatales para que aparezcan las figuras que hoy se encuadran en las infracciones de índole política y administrativa: los atentados contra la seguridad exterior e interior del Estado y los delitos de los funcionarios públicos al abusar de sus cometidos peculiares.

Cuando las garantías individuales se reconocen, ya en el Siglo XIX con la afirmación del constitucionalismo en casi todos los países, se tipifican fórmulas generales o concretas contra sus violaciones desde arriba hacia abajo. Los delitos de carácter económico privado y público se encuadran igualmente en época de madurez estatal; y de ahí la represión específica de las quiebras y concursos fraudulentos, de todo género de malversación y de las estafas.

Por socavar la estructura creada para hacer justicia, desde larga data se penaron la prevaricación y el cohecho; y también se inscribieron en los códigos punitivos el perjurio y el falso testimonio, aunque en la materia campee el mayor de los impunismos. Cada época va a tener sus figuras peculiares, la culminación, ya como expresión de la



solidaridad humana que la internacionalización representa, se halla en la exigencia de responsabilidad a los criminales.

Disquisiciones plantean si hay delincuentes por existir delitos o si aquellos provienen de las tipificaciones legislativas. No cabe duda de que la acción de los malhechores es la que ha abierto los ojos del legislador para encuadrar esas acciones u omisiones, que movilizan el repudio social, en determinaciones específicas, con la consecuencia de la pena en cada caso.

En la actualidad, ante la formulación previa de las figuras penales, para poder enjuiciar y condenar, aparece indudable que la figura precede a la comisión o infracción. En el repertorio punitivo, la privación de la vida o la de la libertad han sido las sanciones predominantes, para establecer luego las restrictivas de esta última e instaurar después las económicas, con la multa, que representa el lucro estatal por el ajeno delito.

Criterio punitivo. Se enraíza el mismo con la finalidad atribuida a la pena al establecerse legalmente y a través de la aplicación concreta al condenado, en la individualización de la pena. En la materia, el clasicismo individualización de la pena. Al interrumpir la Escuela positivista, se trata de buscar un panorama diverso en lo penal, que se articula en las medidas de seguridad, que tardarían en arraigar, pero que casi todos los ordenamientos legislativos terminan por aceptar. Dadas sus semejanzas con las penas auténticas, crean dualidades represivas de sutil deslinde en ocasiones entre las que se aplican a los delitos y las que sancionan estados que se les parecen o que pueden provocarlos.



“Rama del derecho público interno que se refiere y estudia el delito, al delincuente y la pena y medida de seguridad. En algunos países se le denomina derecho criminal, derecho de defensa social o derecho punitivo.”⁷

1.3. Fines del derecho penal

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

Tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo; se considera que esta división aún sigue siendo válida en principio para la enseñanza de esta disciplina, ya que ubica al que lo estudia, en un punto en el que estratégicamente puede darse cuenta como nace y como se manifiesta el derecho penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico, por medio de la protección social contra el delito.

⁷ Villasana Díaz, Ignacio, **Derecho penal**, pág. 49.



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

Si bien es cierto, la potestad de penar no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona individual o jurídica puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía de los Estados.

Desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de normas, jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal.

En suma puede establecerse que el derecho penal sustantivo o material, como parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.

Preventivo y rehabilitador en función del apareamiento de las aún discutidas medidas de seguridad, el Derecho Penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente. Es decir, que además de sancionar, debe pretender la prevención del



delito y la rehabilitación del delincuente. En cuanto al proceso penal, es la actividad jurisdiccional que se refiere al juzgamiento de los delitos, para aplicar la justicia, de acuerdo a cada una de las fases procesales reguladas en la ley.

“También es denominado juicio criminal, y es el que tiene por objeto la averiguación de un delito, el descubrimiento del que lo ha cometido y la imposición de la pena que corresponda o, la absolución del inculpado. El juicio criminal tiene dos períodos, el de sumario, en que se hace la instrucción de la causa, y el de plenario, que termina con el juzgamiento propiamente dicho.”⁸

Por su parte el Código Procesal Penal en el Artículo cinco establece los fines del proceso en los términos siguientes: “El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.”

1.4. Características del derecho penal

Dentro de las características principales que conforman el derecho penal, puede mencionarse las siguientes:

⁸ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, pág. 545.



- Es normativo: El derecho penal, como toda rama del derecho, está compuesto por normas jurídico-penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana, es decir, a normar el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente determinada.
- Es valorativo: Se ha dicho que toda norma presupone una valoración, y esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados. Es decir, que el derecho penal está subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración; valorar la conducta de los hombres.
- Es un ciencia social y cultural: "Atendiendo a que el campo del conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias: las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro lado; se hace necesario ubicar a esta disciplina en uno de ambos campos, ya que los dos tienen características distintas, así en las ciencias naturales el objeto de estudio es psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es experimental, mientras que en las ciencias sociales o culturales es racionalista, especulativo o lógico.

De tal manera que el derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la casualidad, sino



regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues, una ciencia del deber ser y no del ser.

- Pertenece al derecho público: Porque siendo el Estado único titular del derecho penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes. El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público. La represión privada sólo puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada.
- Es fundamentalmente sancionador: El derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito, y así se habla de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito, con la incursión de la Escuela Positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro diferente, preventivo y habilitador.
- Es finalista: Por que siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.



1.5. Las primeras instituciones penales

Se toma como antecedente de las primeras instituciones penales, las casas de corrección que eran establecimientos destinados a depositar a las personas que habían cometido algún delito, con el propósito de evitar su reincidencia y aislarlos de la sociedad ya que se consideraban perturbados sociales, y para cumplir con sus penas y sus castigos corporales.

“De las primeras instituciones de este tipo esta la casa de corrección de Bridewell, en 1552; y a esta le siguieron la de Oxford y posteriormente se extendieron a toda Inglaterra, teniendo gran influencia para desarrollar las prisiones que hoy se conocen, iniciando primeramente en Ámsterdam la casa de corrección que posteriormente sería la prisión más antigua de la cual se tiene conocimiento y esta fue inicialmente para varones; dicha prisión ya hacia una distinción entre hombres y mujeres, jóvenes y ancianos, en dicha casa de corrección se establecieron trabajos que deberían desarrollar organizadamente los internos bajo la disciplina de azotes, y una que se consideraba en su momento terrible, que era la celda de agua en la que el interno debería estar besando constantemente el agua a efecto de evitar morir ahogado.

En 1704, el obispado de San Miguel en Roma, dio inicio a instancias del Papa Clemente la primera prisión en las que se quitan las penas disciplinarias, como la celda de agua y los cepos y más orientados hacia un arrepentimiento eclesiástico, para que una vez otorgado su perdón fueran nuevamente devueltos a la comunidad eclesiástica.



En la segunda mitad del siglo XVIII el pensamiento penal empieza a revolucionarse, encontrando ya legislación sobre las penas y valores humanitarios; un pensador llamado Jhon Howard a través de sus tratados impulsa a nivel mundial la relación entre pena y delincuente y el delito, por tal razón se le considera como padre del penitenciarismo moderno.”⁹

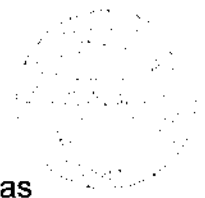
El autor Barrata propone en su tratado, programas concretos de políticas orientadas a la supresión de la cárcel, y a la precisión de derechos y servicios que se pueden desarrollar en el contexto de la institución carcelaria en tanto subsista, se enuncian los puntos siguientes:

- La simetría funcional, de los programas dirigidos a los ex detenidos
- La presunción de normalidad del detenido
- Exclusividad del criterio objetivo de la conducta en la determinación del nivel disciplinario, y
- Criterios de re agrupación de los programas independientes

1.6. La función del Ministerio Público

En los últimos tiempos se ha producido un aumento considerable de los delitos, situación que constituye un problema que no ha sido abordado de forma eficiente, ante los esfuerzos estériles por combatir dicha afección social; en virtud que el Estado de Guatemala a través del Ministerio Público debe intervenir, aunado a la función de los jueces de instancia penal en el juzgamiento de los delitos.

⁹ López Martín, Antonio, *Cien años de historia penitenciaria en Guatemala*, pág. 1978.



Los legisladores, los fiscales y los jueces pueden ayudar a desarrollar leyes y políticas que protejan el derecho humano a vivir en libertad sin ser oprimidos por las acciones delictivas, así como la aplicación de la normativa en forma efectiva.

Es obligación del Ministerio Público efectuar de forma eficiente la persecución penal de los delitos, en correspondencia con el mandato constitucional, en concreto lo que regula el Artículo número 251, el cual en su parte conducente preceptúa: "El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales, son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica..."

De la eficacia con la cual el Ministerio Público realice su actividad -que por mandato constitucional le es delegada-, depende el adecuado combate hacia el crimen, del cual se valen algunas personas o grupos para conseguir objetivos personales, no obstante la vulneración que se produce al bienestar de la sociedad.

Asimismo, del estudio del Decreto Legislativo número 40-94 Ley Orgánica del Ministerio Público, se establece en el Artículo número dos las funciones de dicho órgano estatal; entre las cuales se encuentran la de investigar los delitos.

En igual sentido existe la obligación de promover la persecución penal ante los tribunales de justicia, y algo que resulta también fundamental es la preservación del estado de derecho.



CAPÍTULO II

2. El delito

Con base en la teoría del delito se encuentra el comportamiento humano, el concepto de acción juega así un papel básico en la teoría general del delito. A partir de él, y mediante diversas elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito.

El elemento de tipicidad se agregó con los aportes de algunos autores quienes indican que la conducta penalmente relevante se deduce de las descripciones que hace la ley penal, de la legislación positiva, la que presenta tipos, que son conceptos formales, figuras, que por abstracción hace el legislador.

En cuanto al elemento antijuricidad, parece ser una de las más antiguas herramientas de los penalistas, desde que se hablara de la infracción de la ley del Estado, y que más tarde definió como lo prohibido por la norma, hasta hablarse llanamente de la confrontación entre la conducta realizada y la prescrita por el orden jurídico en cuanto al elemento de culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas.

Si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos y culposos; la culpabilidad, según este concepto, es un juicio de



reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma.

“El delito siempre fue una valoración jurídica; por ello cambia. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico.

En la edad media se castigó profusamente, es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. La valoración jurídica que recae sobre las conductas varía con el transcurso del tiempo, hasta las proximidades del Siglo XX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades contrarias a la valoración de la época.

Ello prueba que el delito fue siempre lo antijurídico y por eso es un ente jurídico. Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culpable, que hoy figura en todos los Códigos. Con el afinamiento del derecho aparece, junto al elemento antijurídico la característica de la culpabilidad.”¹⁰

¹⁰ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 130.



2.1. Definición de delito

“Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Por lo cual sus elementos sustanciales son: la acción, la antijuricidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura. En las definiciones se encuentran comprendidas de modo genérico las infracciones punibles cualesquiera que sea su gravedad. Más el delito tiene en algunos códigos y en algunos autores un sentido restringido, porque emplean ese nombre para designar las infracciones de menor gravedad que el crimen y de mayor que la falta o contravención. Se trata de una cuestión relacionada con la división bipartita o tripartita de las infracciones penales.”¹¹

Etimológicamente, la palabra delito proviene de la similar latina delictum, aun cuando la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena.

Los positivistas penales dan sus fórmulas peculiares. Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.

El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la media en que se encuentren en las razas humanas superiores, cuyo criterio se halla en lo necesario para la adaptación del individuo a la sociedad.

¹¹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 292.



Naturalmente las mejores definiciones parecen las de los penalistas puros. Así, delito es una acción típica, antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad.

Constituye la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos.

En cuanto a la definición técnica jurídica, se estima que el delito es el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.

El acto abarca tanto la acción como la omisión, formas ambas de manifestación espontánea y motivada de la voluntad. La manifestación voluntaria ha de originar un resultado; y entre aquella y éste ha de haber necesaria relación de causalidad. Para que ese acto, humano y con un efecto, resulte delictivo, ha de estar descrito en el código penal vigente o en cualquiera otra norma vigente represiva, ha de ser típico.

Aún inserto un acto típico en la ley, puede no ser delito, si no es antijurídico; pues la muerte de un semejante puede encontrarse plenamente justificada, opiniones personales aparte, como en acción de guerra, en legítima defensa o al ejecutar a un reo condenado a la pena de muerte. Concurriendo en el acto la tipicidad y la antijuridicidad, cabe que el agente no sea imputable, por desconocer la idea de deber o no tener el dominio de sus facultades mentales; como en el caso de locura o si se trata de un niño.



Aún reconocida la imputabilidad normal, resulta posible que el hecho no sea culpable, por haber causado sin dolo ni culpa, por simple caso fortuito; por ejemplo, el cazador que, sin advertirlo, mata a un descuidado o imprudente que dormía oculto entre el ramaje de un finca dedicada a la caza. Aún apreciada la culpabilidad, por omisión del legislador o por la novedad del hecho, podría no estar el acto sancionado por una pena; lo cual obliga al tribunal a abstenerse de todo procedimiento, y desde luego de la condena.

Para complemento, ha de ser conforme a las condiciones objetivas de punibilidad; pues, aun dándose todos los demás requisitos expuestos, el legislador exceptúa a veces de la punición el delito, por razones especiales, como las fundadas en el parentesco próximo en caso de encubrimiento, defraudación y daños.

“En cuanto a su clasificación, por la gravedad y descartado el sistema tripartito francés que ya no tiene eco legislativo, y aun siendo todos delitos en sentido amplio, las leyes y códigos establecen dos órdenes de quebrantamientos punibles: los delitos propiamente dichos, las faltas con diferencia en las penas mayores en el primer caso, y por otra serie de preceptos sobre codelincuencia, circunstancias modificativas, arbitrio judicial y diversos puntos expresados por el legislador en cada caso. En el delito como en los demás empeños humanos, cabe el logro, y también el fracaso o no avanzar sino algo en el camino. De ahí las distinciones entre el delito intentado, el consumado y el frustrado, a los que cabe agregar las especies preliminares del delito propuesto y el preparado, sin haber superado ni en un caso ni en otro la fase ideológica o de negociación, antes de actos iniciales de ejecución.



Los delitos pueden también dividirse: en relación con el sujeto activo, en individuales, colectivos, comunes y especiales. Con respecto al sujeto pasivo, en personales y sociales, estando en el primer grupo comprendidos el homicidio, rapto, hurto, entre muchos; y en el segundo, la rebelión, la sedición y tantos más. Por el elemento externo, en materiales, formales, instantáneos, continuos, consumados, tentados, frustrados. Por el elemento jurídico objetivo, en simples y complejos, según lesionen un solo derecho o violen más de una norma con un solo acto. Por el criterio legal, variable de un ordenamiento nacional a otro.”¹²

“En general, delito es culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. Proceder o abstención que lleva anejo una pena. Más técnicamente, cumplimiento del presupuesto contenido en la ley penal, que el delincuente, el autor del delito o participe responsable de él, no viola, sino que observa. Situándose en una perspectiva de orden legislativo, delito es el proceder sancionado con una pena o la descripción legal a que va aneja una sanción punitiva. Allí donde hay concepto tripartito de las infracciones punibles, el delito es la intermedia, superado en gravedad por el crimen y superior a la venialidad de la falta. En los códigos penales dualistas, el delito constituye la conducta reprimida más severamente, en oposición a las faltas. Donde impera el monismo criminal, delitos son todas las figuras reprimidas, aunque en una escala muy variada de severidad.

Algunos autores se sitúan más en un plano jurídico genérico que en un enfoque penal; y de ahí que sus conceptos sean más bien para lo antijurídico que para el delito. Así, el delito también es caracterizado como la violación o quebrantamiento del derecho por

¹² *Ibid*, pág. 61.



actos de la libre voluntad o con conciencia no sólo del acto, sino que además de que es opuesto al Derecho.”¹³

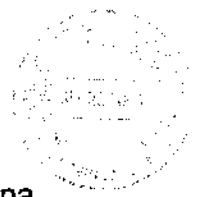
2.2. Sujetos del delito

- Sujeto activo: El sujeto activo: Es aquella persona física que realiza el acto material o, en su caso, que deje de realizar el deber de actuar. Sujeto activo es, en definitiva, quien realiza el tipo, o al menos lo intenta. Su delimitación está determinada por el tipo. Hay que reconocer que el derecho penal nació y se ha construido como un derecho penal de las personas físicas y naturales y que, siendo las personas jurídicas una creación de ellas, es preciso esperar un desarrollo mayor del concepto de derecho penal para que se pueda incluir en él a las personas jurídicas.
- Sujeto pasivo: “Es el titular del derecho o interés jurídicamente protegido por el derecho penal, o quien lo tiene en su custodia o protección aunque sea precariamente. Constituye la víctima del delito.”¹⁴

A diferencia de lo que se decía respecto al sujeto activo, no hay inconveniente en considerar también sujeto pasivo del delito a la persona jurídica. El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que incide la acción delictiva. En delitos que protegen bienes personalísimos el objeto material y el sujeto pasivo suelen coincidir.

¹³ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 60.

¹⁴ **Ibid**, pág. 160.



Pero en otros, como los delitos patrimoniales, el objeto material representa de alguna manera el bien jurídico que el derecho penal tutela.

Se ha de diferenciar entre el sujeto pasivo y el perjudicado o agraviado, por más que normalmente coincidan en la misma persona: si el primero es el titular del bien jurídico afectado, el segundo es el que resulta lesionado en sus intereses por la acción delictiva.

De ahí que el Código Procesal Penal parta de que hay agraviados directos o indirectos: así el Artículo 117 establece que, por una parte, existen agraviados como la víctima afectada por la comisión del delito, y, por otra, otros que, aunque no reciben directamente la acción del delito, se resienten de alguna manera, como el cónyuge o conviviente o los padres e hijos de la víctima.

“En todo delito se da un sujeto el que quebranta la norma jurídica o incurre en la condicional punitiva que el legislador señala: el delincuente. Un objeto, el derecho violado: la seguridad nacional, la integridad física. Una víctima, sea personal, como el asesinado, o abstracta, como el Estado al revelarse un secreto de armamento a otra nación.

Un fin, la perturbación del orden jurídico, piense expresamente en ello, o no, el infractor. Se caracteriza también el delito por tres requisitos de concurrencia necesaria: un hecho exterior que viola un derecho o que infrinja un deber previamente señalados; uno o



varios sujetos, autores del hecho o responsables como partícipes; un vínculo moral que enlace al autor con el hecho, y del que nace la responsabilidad.”¹⁵

2.3. La ley penal

“La única fuente productora del derecho penal es la ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se define los delitos y se establecen las sanciones. No ha de exigirse una especialidad absoluta y también pueden considerarse leyes que producen derecho penal las especiales y las civiles, políticas y administrativas con sanción penal. La ley es la expresión del derecho penal desde el punto de vista objetivo. Mientras el delito ocasione penas y éstas consistan, a despecho de la propaganda científica, en la inflicción de un mal, la necesidad de las leyes penales es evidente. La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Pero la ley penal no es tan sólo la garantía de los que no delinquen; de ella dimanar pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes.”¹⁶

“Es la que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden. Las leyes penales por referirse al orden público, se aplican con criterio territorial a cuantos habiten o residan en el ámbito jurisdiccional de la nación, sin otras excepciones que algunas muy especiales para

¹⁵ *Ibid*, pág. 189.

¹⁶ Jiménez de Asúa, *Ob. Cit*; pág.55.



representantes de otras naciones. Las leyes penales, según criterio tradicional, se interpretan restrictivamente, es decir, en caso de duda, a favor del reo y de la absolución.

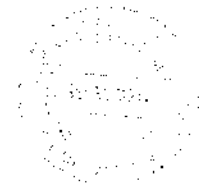
En las compilaciones, por leyes penales se entiende el Código Penal, el Procesal Criminal o Ley de Enjuiciamiento Criminal y las leyes especiales de índole punitiva que en cada país existen, según peculiaridades relacionadas con el castigo anexo a la infracción de las disposiciones substanciales de las mismas.¹⁷

De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar.

En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecidas para el correspondiente delito.

Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción. Finalmente, las leyes aseguran también las pretensiones punitivas y reparatoras de la víctima, puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles.

¹⁷ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 165.



En cuanto a los caracteres de la ley penal se encuentran los siguientes:

- Ser exclusiva: puesto que la ley crea delitos y establece sanciones.
- Ser obligatoria: ya que todos han de acatarla. La norma obliga a todos los que habiten en el territorio sobre el que ejerce su imperio y la ley se destina a la autoridad, puesto que, aunque suene a paradoja, el delincuente más bien encauza su conducta en la ley que la vulnera.
- Ser ineludible: puesto que las leyes sólo se derogan por otras.
- Ser igualitaria: ya que las constituciones modernas proclaman que todos los individuos son iguales ante la ley. Esto no obsta para la individualización; el derecho penal debe adaptarse a la conducta concreta de cada hombre.
- Ser constitucional: debe estar considerada en las constituciones, toda vez que de ahí toma su fundamento y es desarrollada a nivel ordinario.

“Por su especialización, estas se dividen en leyes penales codificadas y en leyes penales especiales, comprendiendo bajo esta amplia denominación, no sólo las que particularmente definen delitos y establecen penas, sino las de índole civil, política y administrativa que encierran infracciones y señalan una sanción penal.

Y, por la naturaleza de determinar las penas, se clasifican en determinadas, indeterminadas y relativamente indeterminadas. La mayoría de las legislaciones penales hoy en vigor, suelen adoptar una relativa indeterminación, que faculta al juez para señalar el límite temporal de las penas entre confines más o menos alejados y que



aceptan incluso un amplio arbitrio del juzgador para establecer la duración de las medidas asegurativas.¹⁸

En lo relacionado con las especies de la ley penal, puede establecerse la clasificación siguiente:

- Ley penal stricto sensu: tema tratado en la definición de ley penal, específicamente en cuanto a que ésta define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden.
- Convenios internacionales: el tratado internacional sólo es obligatorio para los súbditos de un país cuando una ley interna lo ha convertido en legislación del Estado. Mientras ello no sucede, el convenio autoriza a cada una de las altas partes contratantes para que pida la aprobación del convenio y se convierta así en derecho de cada uno de los países que lo suscribieron. De tal forma, los tratados internacionales no son más que las leyes stricto sensu que tendrán los mismos efectos que las leyes auténticas.
- Plenos poderes: En tiempo de guerra, en caso de catástrofe, cuando una revolución ha triunfado o cuando otra se toma, pueden asumir los gobernantes, con el jefe del Estado a la cabeza, plenitud de poder.

¹⁸ *Ibid*, pág.56.



- Leyes delegadas: aunque en las Constituciones no se hable de ellas, son posibles, cuando no estén prohibidas, porque facilitan la aprobación parlamentaria de los Códigos técnicos, tales como el Civil, Penal y el de Comercio, etc.
- Decretos-leyes: todas las dictaduras han acudido a decretos-leyes para disciplinar aquellas materias que no pueden ser objeto de decreto estricto sensu.
- Decretos, órdenes, reglamentos, ordenanzas, bandos: no es posible crear por decreto del Presidente, ni por orden ministerial, disposiciones penales estricto sensu. Si puede por el poder Ejecutivo, reglamentar las leyes, incluso las de carácter penal.

2.4. Aspectos positivos del delito

- Acción

La palabra acción proviene del latín agüere, hacer, obrar. La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna, pues toda la vida y la actividad del hombre es acción y sólo existe inacción absoluta y en la muerte y en la nada.

Ser un acto es el primer carácter del delito. Según Luis Jiménez de Asúa, puede definirse el acto como: "Una manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin



mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. El acto es, pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado.”¹⁹

“En el derecho penal, la acción es la manifestación de la voluntad delictiva, la comisión de un acto penado por la ley, la cual puede revestir dos formas: Positiva o de actividad y, negativa o de abstención. A la primera se le denomina acción; y omisión a la segunda. La distinción, real y exacta, es más bien teórica que de trascendencia práctica; y ni siquiera prevalece la impresión superficial de que la acción es más repudiable que la omisión. Así, la madre que, por dejar de amamantar a su hijo, le causa la muerte por hambre, revela crueldad más perseverante que si hubiese asfixiado a la criatura durante el sueño de ésta.”²⁰

La acción aparece en las tradicionales definiciones del delito en los Códigos penales españoles, desde el básico de 1870 al texto de 1963.

- Tipicidad

La tipicidad es el elemento del delito, consistente en la adecuación de la conducta de la realidad al tipo penal; su aspecto negativo es la atipicidad.

“La tipicidad es la designación técnica, originada por el penalista alemán Beling, que en el idioma alemán le dio el nombre de tatbestand, para designar la descripción legal del

¹⁹ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 137.

²⁰ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 72.



delito, como uno de los caracteres del mismo, aparte otras valoraciones subjetivas u objetivas necesarias para su punición. Así el hurto es típico desde el momento en que se da el apoderamiento de cosa mueble ajena y el ánimo de lucro. Basta que se den esas circunstancias para que se hable de hurto, sin que ello prejuzgue que se trate de un ladrón al que haya de imponerse una pena; porque ha de averiguarse si se trata de un capaz, si ha actuado con libertad y conciencia, si se trata de cercano pariente del hurtado y demás elementos que determinan la exención de la pena, y sin que integre figura delictiva más grave, por similar como la del robo, cuya tipicidad requiere ya la fuerza en las cosas o la violencia en las personas.

En realidad el principio pro reo, no hay delito sin ley, anticipaba el moderno concepto de la tipicidad; porque implica asimismo que la acción punible ha de estar prevista en la ley para que pueda castigarse; pero este tecnicismo precisa más, y establece que ha de haber coincidencia precisa entre lo sancionable por el texto legal y lo hecho por el delincuente. Por lo común, el legislador establece un supuesto en la primera parte de los preceptos dedicados a los delitos en los libros especiales de los códigos, antes de determinar la pena. Lo primero es la base de la tipicidad, si la acción u omisión del agente se adapta a ese molde.²¹

- Antijuricidad

“Toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del Derecho. En orden menor, lo contrario al Derecho positivo. Específicamente, elemento esencial

²¹ *Ibid*, pág. 97.



del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal contra el garantizado por el derecho.

Pragmatismo legal. La posición de los códigos penales consiste en suponer en el agente la antijuridicidad, si su proceder coincide con la figura descrita; y luego se declara la exención de responsabilidad, la conducta jurídica, la inexistente violación del orden legal establecido, la legitimidad de lo hecho u omitido, debido a la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber.

Apunte idiomático. Obsérvese que antijuridicidad es vocablo nuevo, pero ya usual en la técnica; proviene del adjetivo -antijurídico-; y, por tanto, la formación de la voz -antijuricidad- es un barbarismo, pues no existe el vocablo -antijurídico-.”²²

- Imputabilidad

En derecho es la capacidad de entender y querer. Se trata propiamente de la capacidad de las personas para ser consideradas responsables, en materia penal, por la comisión de un delito. La edad para ser imputable varía en cada país, pero de acuerdo al ordenamiento jurídico guatemalteco, dicha edad se establece en los 18 años.

Así, los menores de edad que se encuentran en condiciones de conflictos penales son reencausados en la sociedad a través de lo que regula la Ley de Protección Integral de

²² *Ibid*, pág. 310.



la Niñez y Adolescencia; en el caso de los mayores de edad, las acciones que constituyan delito o falta, son reguladas principalmente por el Código Penal guatemalteco y otras leyes penales. En el aspecto procesal los mayores de edad, son procesados de acuerdo a las normas establecidas en el Código Procesal Penal guatemalteco; no así los menores de edad, que la ley específica de la materia, establece el proceso a seguir, ello porque la misma Constitución Política de la República lo regula en el Artículo 20.

“Imputabilidad. Capacidad penal para responder, aptitud para ser atribuida a una persona una acción u omisión que constituye delito o falta. La relación de causalidad moral entre el agente y el hecho punible. La imputabilidad apunta a la causa psíquica, a la capacidad para responder un sujeto, en el momento delictivo. La imputabilidad o plenitud mental no significa sino una aptitud, que posee la mayoría de los sujetos, al menos hasta que los psiquiatras sean movilizados; pero sin trascendencia general alguna mientras no se prueba un hecho delictivo y un nexo de culpabilidad con el imputable.”²³

En una sistemática total del derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país; pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de ella en una teoría jurídica del delito.

²³ *Ibid*, pág. 361.



"Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse.

La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral. Desde el punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino ésta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre."²⁴

²⁴ Jiménez de Asúa, *Ob. Cit.*; pág. 222.



- Culpabilidad

Calidad de culpable, de responsable de un mal o daño. Imputación de delito o falta, a quien resulte agente de uno u otra, para exigirle la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal. Calificación como culposa o dolosa de la acción u omisión punible.

“En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La imputabilidad suele quedar encerrada en el amplio capítulo de la culpabilidad lato sensu. La imputabilidad figura, pues, no en una sección correspondiente al título del hombre criminal, sino como pieza dogmática del concepto del delito. En suma: la culpabilidad, en el más amplio sentido, comprende la imputabilidad, salvo cuando, se invierten los términos, denominando imputación a la noción amplia, comprensiva de la culpabilidad.”²⁵

2.5. Aspectos negativos del delito

- Falta de acción

“Recibe el nombre de delito de abstención o inacción. Consiste en la lesión de un derecho ajeno relativo a la persona, bienes o facultades jurídicas de otro, o en el incumplimiento de un deber propio, por no realizar los actos o movimientos corporales

²⁵ Ibid, pág. 234.



que evitarían esa infracción penada por la ley. Es el caso de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y le causa así la muerte; el del centinela que, habiéndolo advertido, no previene a sus compañeros o jefes de la aproximación del enemigo; el del funcionario público que incurre en denegación de auxilio para cooperar con la justicia, o con otro servicio público, cuando fuere competentemente requerido.”²⁶

La falta de acción es lo que comúnmente se conoce como la omisión, es decir, el no obrar en determinada situación, cuya abstención configura la existencia de un delito.

Se distinguen diferentes clases de delitos de omisión, entre los cuales figuran:

- De omisión simple: cuando existe una orden o mandato expreso que se viola por el acto mismo de inacción; como el movilizado que, conocedor de la orden perentoria de incorporación a filas, prosigue en su residencia y haciendo la vida normal.
- De comisión por omisión: si el hecho se hubiera evitado de haber el autor ejercido la acción posible y omitida por él; así, cuando un vehículo choca con otro o con algo por no haber querido el conductor frenarlo, aun habiendo dispuesto de tiempo para ello, lo cual lo hace responsable de los daños y de las víctimas.
- De omisión espiritual: donde se incluyen los delitos culposos, y que abarca la falta de diligencia debida, que puede no tener consecuencias, o resultar trágica; piénsese en el caso del encargado de equipar un avión si no ha dispuesto de paracaídas para todos los tripulantes, y es causa así de que cierto número de ellos no pueda salvar su vida al acaecer en vuelo un accidente.

²⁶ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 65.



Ciertos delitos no pueden ser cometidos por omisión; como el robo, la generalidad de los sexuales, las injurias y calumnias. Por el contrario, otros exigen una abstención, con arreglo a la tipicidad legal; como la denegación de auxilio, la celebración de reuniones o manifestaciones sin previo aviso escrito a la autoridad; entre muchos que provienen, por lo general, del incumplimiento pasivo de un deber.

- Atipicidad

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que técnicamente se traduce: no hay delito sin tipicidad. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

El caso de atipicidad es el que, con más motivo, ha de quedar impune, conforme al apotegma, no hay delito sin tipo legislado. Cobra así la tipicidad un papel mucho más prestigioso que el de mera pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.

- Causas de justificación

“Norma o hecho que legitima la conducta. En el derecho penal, cada una de las circunstancias eximentes en que el sujeto no incurre sino en la apariencia del delito;



pues no existe infracción al ordenamiento jurídico general o de las normas de cultura predominantes, que otros penalistas erigen como criterio sancionador.

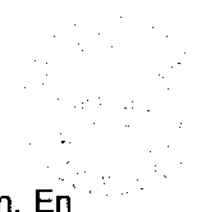
Así el que ejercita un derecho -el que por defender su vida penetra en el domicilio ajeno contra la voluntad del dueño-, el que cumple con un deber -el soldado de un piquete que hace fuego contra el reo, al oír la voz de mando oficial, quien actúa en legítima defensa, no viola ningún derecho ajeno; porque el propietario o habitante de una casa no puede en tal caso prohibir la entrada al perseguido injustamente; ni el reo ejecutado tenía derecho a la vida, según la ley y la sentencia; ni el agresor ilegítimo tiene reconocida su inmunidad. En tales casos, el que causa un daño o lesiona algún interés ajeno, sirve el derecho propio o el general de la colectividad humana organizada.

De las causas de justificación se diferencian las de inimputabilidad -la locura, la minoría de edad-, las de inculpabilidad -la obediencia debida o el caso fortuito-, y las de impunidad -parentesco próximo en el encubrimiento o en el hurto-.”²⁷

A pesar de que las causas de justificación son conocidísimas desde antiguo alguna de sus especies -valga la legítima defensa-, sólo en estos últimos años adquieren exacta significación técnica.

Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser

²⁷ **Ibid**, pág. 110.



antijurídicos, contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen. En suma, las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad.

- Causas de inimputabilidad

“Conforme al criterio doctrinario, se enuncian aquellos aspectos de la inimputabilidad no sólo consignados en los Códigos Penales de América, sino aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos; por consiguiente, conforme a dicho criterio, se puede establecer la clasificación:

- Falta de desarrollo mental: la minoría de edad se reconoce en los Códigos como *eximente*; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros los más en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho.
- Falta de salud mental
- Trastorno mental transitorio; embriaguez, fiebre y dolor.

El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena, pero no de responsabilidad penal. Si los trastornos de la mujer -menstruación, embarazo, menopausia- y la evolución de la senectud causan estados psicopáticos o sicóticos, éstos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes los padecen.”²⁸

²⁸ Jiménez de Asúa, *Ob. Cit*; pág. 225.



Ante la incapacidad penal derivada de insuficiente desarrollo mental o enajenación de igual índole, la que obsta a la imposición de un pena. La locura, la sordomudez de nacimiento y la minoría de edad son características de esto.

- Causas de inculpabilidad

En el enjuiciamiento criminal, la que conduce a la absolución por ausencia de culpa en el agente, autor del hecho. Sin embargo, figuran entre ella el caso fortuito, la obediencia debida, la ignorancia admisible, el error esencial y haber actuado bajo una amenaza insuperable. En sentido amplio, exención de culpa, inocencia. Ausencia de dolo o de específica culpa.

“Llamadas también causas de exculpación, son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo, son las causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. La diferencia entre ellas y las de inimputabilidad es palmaria: el inimputable es psicológicamente incapaz. Y lo es para toda clase de acciones, sea de un modo perdurable, como el enajenado, bien transitoriamente, pero durante todo su trastorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en que la ebriedad funciona como eximente. En cambio el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Más para todas las otras acciones su capacidad es plena.”²⁹

²⁹ **Ibid**, pág. 259.



CAPÍTULO III

3. La sociedad anónima

De acuerdo a lo que establece el autor Ossorio y Florit, sociedad en sentido general significa: “En una definición comercial, la compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industrias, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que puede corresponder y soportar asimismo las pérdidas en su caso.”³⁰

Con relación al término sociedad anónima se establece: “Simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera, que no tiene razón social ni se designa por el nombre de los socios, aunque ello pueda hacerse, añadiéndose la expresión sociedad anónima o sus iniciales S.A. Los socios responden únicamente por la cuota determinada que hayan suscrito y que está representada por títulos denominados acciones, que pueden tener distintas características. La administración y fiscalización, estarán respectivamente a cargo de uno o más directores y síndicos, nombrados por la asamblea general, Para determinados aspectos, las sociedades anónimas están sometidas a la fiscalización de la autoridad estatal. Las asambleas generales serán ordinarias y extraordinarias, y sus resoluciones se adoptarán siempre por mayoría de los votos presentes, salvo que los estatutos exigieren mayor número.”³¹

³⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 930.

³¹ **Ibid**, pág. 932.

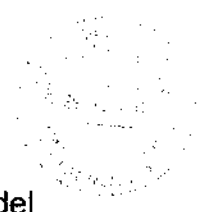


3.1. Origen de la sociedad anónima

En cuanto a lo que representa la sociedad anónima, el autor Villegas Lara, ilustra lo siguiente: “La sociedad anónima constituye una de las formas societarias más importantes de la actualidad, juntamente con la sociedad de responsabilidad limitada. Quizá a ninguna sociedad se le han reconocido tantos méritos y tantos defectos, como a la anónima; y de ninguna se ha escrito tanta doctrina. Su función práctica de captar pequeños capitales y crear sólidos fondos de inversión le han permitido ser el prototipo de sociedad mercantil, propia para el desarrollo y explotación de grandes negocios. Y dentro de la economía capitalista, es la sociedad anónima la que mejor le sirve, al grado de que la suerte de esta sociedad ha estado ligada al desenvolvimiento de la economía liberal en todo su proceso histórico.

El antecedente de esta sociedad suele encontrarse en el derecho romano, aunque hay quienes lo postergan hasta la Edad Media. En el primero se dice que existieron sociedades autorizadas por el Estado para recolectar impuestos, que tenían su capital dividido en partes cesibles entre los particulares; en la segunda, existieron instituciones bancarias como el Banco de San Jorge, fundado en Génova en 1409, cuya organización era muy parecida a lo que hoy conocemos como sociedad anónima. Sin embargo, el verdadero origen se encuentra en las sociedades que se formaron para las empresas de descubrimiento, conquista y colonización, las que con el auxilio del Estado, fueron generando la forma actual de la sociedad.³²

³² Villegas Lara, René Arturo, *Derecho mercantil guatemalteco*, pág. 171.



Por su parte, el autor Cabanellas de la Torre expone: "Sociedad anónima. Creación del capitalismo liberal, inequívoca palanca de progreso desde el siglo XIX, fuente de grandes fortunas para sus fundadores y administradores, canal de los inversionistas precursores y trampa de colosales estafas, en una instrucción económica y social a la par. El impulso incesante de la Revolución Industrial alcanzó un grado en que poquísimas fortunas individuales se encontraban en condiciones de poder soportar los cuantiosísimos desembolsos que la instalación, equipamiento y renovación de las fábricas exigía y la enorme masa de dinero fluctuante por razones del sistema de crédito a los grandes comerciantes, adquirientes exclusivos o dominantes de la producción industrial, en su papel de intermediarios con el público."³³

"Para resolver tal problema, sin estancamiento industrialista, surgió la evidencia de asociar los capitales; y así se crearon las sociedades colectivas, donde los dueños del dinero son gestores y directores de la empresa. Pero, como no siempre esto era posible y acabó por resultar insuficiente, hubo que recurrir a un medio para disponer casi ilimitadamente de fondos, de acuerdo con las exigencias de cada explotación industrial.

Existía, se utilizó y se sigue utilizando, el crédito o préstamo bancario; pero los banqueros, por -capitalistas de los capitalistas-, operan con ganancias de cierta consideración y adoptando las precauciones y garantías precisas para no correr frecuentes riesgos ni soportar pérdidas de importancia. El agudo ingenio capitalista, espoleado por las mayores ganancias para sí y las menores para sus colaboradores,

³³ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 472.



discurrió que preferible a depender económicamente de quienes procuraban los capitales, era que los inversores dependieran de la gestión que del dinero aportado hicieran los mismos capitalistas que lo utilizaban en beneficio personal.

Aparecen así las sociedades anónimas, donde los prestadores de dinero se convierten en socios no gestores, carentes además del derecho de reembolso por propia voluntad y supeditados a recibir los intereses aleatorios de los dividendos, cuando los negocios de la sociedad hayan sido prósperos.

Este aparente mal negocio atraía no obstante a mucha gente, a los pequeños ahorristas y a sectores de la clase media poseedores de algún capital, sin aplicación inmediata, recibido por herencia o reunido en el ejercicio de alguna actividad.

Entre la esterilidad económica de ese dinero y su colocación como accionista, en las sociedades anónimas, que tentaban con suculentos dividendos, muchos no vacilaron.

Y ni siquiera se produjo una retracción de inversionistas de resultas de los primeros escándalos financieros, al producirse la bancarrota de alguna de estas sociedades, obra de la adversidad o preconcebida maniobra fraudulenta de los que las constituían sin otro propósito que hacerse dolosamente con varios millones aportados por incautos accionistas.

Como caracterización económica y social de conjunto sobre las sociedades anónimas, resulta valedero el criterio de que han venido a constituir, paradójicamente, la



colectivización del capitalismo, por cuanto incorporaron al engranaje que explotaría la gran burguesía fondos de la mesocracia y hasta de proletarios ahorrativos.”³⁴

3.2. Concepto de la sociedad anónima

El Artículo 86 del Código de Comercio de Guatemala preceptúa: “Sociedad anónima. Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.”

Por su parte el Artículo 87 del Código en mención determina: “Denominación. La sociedad anónima se identifica con una denominación, la que podrá formarse libremente, con el agregado obligatorio de la leyenda: Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S.A. La denominación podrá contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, pero en este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.”

“Concepto doctrinal. Dentro de la técnica jurídica, sociedad anónima, en palabras de Garrigues, es la sociedad capitalista dedicada, con capital propio dividido en acciones, y con una denominación objetiva, y bajo el principio de la responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de la industria mercantil. La califica: a) de capitalista, por aportarse sólo capital -cabría agregar, además, que lo es por la modalidad lucrativa que persigue y por asumir, como persona abstracta, la actitud de

³⁴ **Ibid**, pág. 472.



empresaria-; b) de responsabilidad limitada a las acciones; c) de democrática, por la igualdad de derechos y deberes de los socios por las facultades de su parlamento; la junta de accionistas.

La sociedad anónima, es aquella en que formando el fondo común los asociados por partes o porciones ciertas, figuradas por acciones, o de otra manera indubitada, encargan su manejo a mandatarios o administradores amovibles que representan a la compañía bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos.

Ha de advertirse que la exclusión del nombre de uno de los socios o de otra persona se infringe con frecuencia; sobre todo al transformarse en sociedad anónima alguna acreditada como colectiva o comanditaria; pero ello, es falta que deben evitar los registradores mercantiles.

La Sociedad Anónima es la simple asociación de capitales para su empresa o trabajo cualquiera-. Cuando su propio nombre indica, en la sociedad anónima no aparecen a la vista del público quienes la integran; pero, sí, los capitales que la componen; por ello esta clase de sociedades no tienen razón social, ni se designa, generalmente, por el nombre de uno o más de sus socios, sino por el objeto u objetos para que se hubiese formado.

Los conceptos positivos precedentes, así como otros varios aspectos del régimen de ésta u otras especies de compañías posteriores, han sido revisados por las leyes



especiales posteriores, que no afectan en sustancia a la exposición indicativa que se efectúa con relación a éste tipo de sociedad.³⁵

3.3. Características de la sociedad anónima

La sociedad anónima es una sociedad de tipo mercantil-capitalista, que se identifica con una denominación social, de acuerdo a lo que establece el Código de Comercio guatemalteco; su capital se encuentra dividido y representado por acciones, y en el sentido de la responsabilidad de cada socio, ésta se limita al monto de las acciones que hayan suscrito y que efectivamente se encuentren pagadas.

De lo antes descrito, se puede advertir que las características propias de la sociedad anónima, son las siguientes:

- Es una sociedad capitalista,
- El capital se divide y representa por títulos valores llamados acciones,
- Los órganos de la sociedad funcionan independientemente y cada uno tiene delimitadas sus funciones,
- Hay libertad para transmitir la calidad de socio mediante la transferencia de las acciones; pero esa libertad se puede limitar contractualmente cuando se trata de títulos denominativos,
- La responsabilidad del socio es limitada,
- Se gobierna democráticamente, porque la voluntad de la mayoría es la que da fundamento a los acuerdos sociales, sin perjuicio de los derechos de las minorías.

³⁵ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 473.



- Se identifica con una denominación social.
- El capital autorizado es la suma máxima que la sociedad puede emitir en acciones.
- Existen aportaciones dinerarias y no dinerarias.
- Existen varios tipos de asambleas, en función del tema a tratar.

3.4. Constitución de la sociedad anónima

Para las sociedades anónimas, se requiere de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos, varias condiciones; pero en regla general con base doctrinaria se pueden establecer las siguientes:

La existencia de socios que unen capital y esfuerzo.

- Que el capital social se encuentre autorizado, suscrito y pagado.
- Que los suscriptores hayan abonado un porcentaje y que se encuentre depositado en establecimiento bancario.
- Que exista autorización en su constitución, tanto notarial como registral.
- Que se estructure legalmente y no persigan objeto contrario al interés público.

En cuanto a la escritura social, la sociedad anónima ha de contener estas circunstancias, además de las genéricas de toda sociedad mercantil:

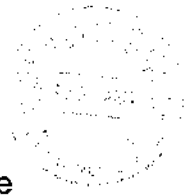
- Capital suscrito y por separado, capital realizado.
- Cualidades, modos de pago y demás condiciones de las acciones.
- Bases para la formación de los balances y para cálculo y distribución de utilidades.
- Ventajas o derechos especiales concedidos a los promotores o fundadores.



- Número de síndicos y administradores, sus derechos y deberes.
- Facultades de la asamblea general, condiciones para dar validez a sus resoluciones y para el ejercicio del voto, y modo de representación de los socios.
- Naturaleza de las acciones

Los aspectos legales de la constitución de la escritura social, los regula la legislación guatemalteca, tomando como fundamento lo preceptuado en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio; y de forma notarial lo regulado en el Decreto 314 Código de Notariado. Por lo cual de manera explícita el Artículo 47 del Código de Notariado preceptúa: “La escritura pública de constitución de sociedad anónima, además de los requisitos determinados en el Artículo anterior, deberá contener los siguientes:

- Los nombres, generales y domicilios de los socios fundadores.
- La enunciación clara y completa del objeto de la empresa o negocio de que toma su denominación.
- El capital de la compañía, el número, valores y clases de las acciones en que se divide, las preferencias en el pago de dividendos y amortizaciones de las distintas series de acciones, si las hubiere; las primas que se estipularen en caso de redención y la forma y plazo en que los socios deben consignar su importe en la caja social.
- El monto del capital suscrito en el momento de la organización de la sociedad y la parte que esté efectivamente pagada.
- La forma de la administración, las facultades de los administradores; la manera de nombrarlos y las atribuciones que correspondan a la Junta General de Accionistas.



- Las fechas en que deben celebrarse las sesiones ordinarias de Junta General de Accionistas.
- La época fija en que debe formarse el inventario, el balance de inventario o cuadro del estado financiero y acordarse lo dividendos.
- La parte de las utilidades que se destinan para formar el fondo de reserva.
- El tanto por ciento de pérdida del capital social que debe causar la disolución de la sociedad antes del vencimiento de su plazo.”

3.5. El capital de la sociedad anónima

El Artículo 88 del Código de Comercio guatemalteco establece el capital autorizado: “El capital autorizado de una sociedad anónima es la suma máxima que la sociedad puede emitir en acciones, sin necesidad de formalizar un aumento de capital. El capital autorizado podrá estar total o parcialmente suscrito al constituirse la sociedad y debe expresarse en la escritura constitutiva de la misma.”

El Artículo 89 del Código citado determina: “Capital suscrito. En el momento de suscribir acciones es indispensable pagar por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de su valor nominal.”

Asimismo, el Artículo 90 de la norma referida establece: “Capital pagado mínimo. El capital pagado inicial de la sociedad anónima debe ser por lo menos de cinco mil quetzales (Q.5000.00).



El Artículo 99 del Código de Comercio preceptúa lo concerniente a las acciones: “Títulos de acciones. Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. A los títulos de las acciones, en lo que sea conducente, se aplicarán las disposiciones de los títulos de crédito.”

En el comercio se denomina acción a una de las partes o porciones en que se divide el fondo o capital de una compañía o sociedad. Surge así la existencia de sociedades por acciones, como en el caso de la sociedad anónima; las acciones se reputan en general como bienes muebles, pues se traduce en una cantidad de dinero el valor que ellas representan. También es el título en que consta esa participación en el capital social.

El Artículo 100 del Código de Comercio establece: “Clase de acciones. Todas las acciones de una sociedad serán de igual valor y conferirán iguales derechos. Sin embargo, en la escritura social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales por cada clase, observándose siempre lo que dispone el Artículo 34 de este Código.”

Por su parte el Artículo 105 regula: “Derechos de los accionistas. La acción confiere a su titular la condición de accionista y le atribuye, como mínimo, los siguientes derechos: el de participar en el reparto de las utilidades social y del patrimonio resultante de la liquidación. El derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones. El de votar en las asambleas generales. Estos derechos se ejercerán de acuerdo con las



disposiciones de este Código y no afectan cualesquiera otros de los establecidos a favor de clases especiales de acciones.”

El contenido de los títulos de acciones se regula en el Artículo 107 del Código de Comercio. “Los títulos de acciones deben contener por lo menos:

- La denominación, el domicilio y la duración de la sociedad.
- La fecha de la escritura constitutiva, lugar de su otorgamiento, notario autorizante y datos de su inscripción en el Registro Mercantil.
- El nombre del titular de la acción, si son nominativas.
- El monto del capital social autorizado y la forma en que éste se distribuirá.
- El valor nominal, su clase y número de registro.
- Los derechos y las obligaciones particulares de la clase a que corresponden y un resumen inherente a los derechos y obligaciones de las otras clases de acciones si las hubiere.
- La firma de los administradores que conforme a la escritura social deban suscribirlos.

Las disposiciones de este Artículo se aplican también a los certificados provisionales que se distribuyen a los socios antes de la emisión de los títulos definitivos o cuando las acciones no estén totalmente pagadas. El certificado provisional deberá señalar, además, el monto de los llamamientos pagados sobre el valor de las acciones y deberá ser nominativo.”

En cuanto a las clases de acciones, el Artículo 71 de la Ley de Extinción de Dominio reformó el Artículo 108 de Código de Comercio, por lo cual se establece: “Acciones. Las



acciones deberán ser nominativas. Las sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, cuyo pacto social les faculte a emitir acciones al portador y tengan pendiente la emisión de acciones, deberán realizarla únicamente con acciones nominativas.”

Artículo 125 del Código de Comercio: “Registro de acciones nominativas. Las sociedades anónimas que emitieren acciones nominativas o certificados provisionales, llevarán un registro de los mismos que contendrá:

- El nombre y el domicilio del accionista, la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades.
- En su caso, los llamamientos efectuados y los pagos hechos.
- Las transmisiones que se realicen.
- La conversión de las acciones nominativas o certificados provisionales en acciones al portador.
- Los canjes de títulos.
- Los gravámenes que afectan a las acciones.
- Las cancelaciones de éstos y de los títulos.”

En el aspecto doctrinario, el autor Cabanellas de la Torre refiriéndose al tema de las acciones ilustra: “Las acciones, que integran el capital social de estas compañías, han de ser iguales en valor; aunque el mismo título pueda representar más de una acción. Hasta no estar pagadas íntegramente, han de expedirse como nominativas. Han de contener los siguientes requisitos:

- Denominación de la sociedad;



- Fecha y lugar de su constitución y publicación;
- Importe del capital social;
- Cantidad de acciones;
- Número de orden;
- Firma de uno o más directores. Las acciones se registran en un libro obligatorio.

La masa social, compuesta del fondo social y de los beneficios acumulados, es solamente responsable en las compañías anónimas, de las obligaciones contraídas en su manejo y administración por personas legítimas y bajo la forma prescrita en sus reglamentos, salvo los derechos de los terceros contra los administradores-, y los socios no responden tampoco de las obligaciones de la compañía anónima, sino hasta el valor de las acciones o del interés que tengan en la sociedad.³⁶

3.6. Órganos de la sociedad anónima

El poder de las sociedades anónimas, lo ejercen los accionistas por medio de las asambleas, las que se integran de acuerdo a la convocatoria en función del tipo de asamblea, que como mínimo se realiza una vez por año y con amplias facultades sobre todos los problemas de la sociedad. Al final de cada ejercicio social se presenta un inventario y balance detallado del activo y del pasivo social, la cuenta de ganancias y pérdidas y una memoria de la situación de la sociedad, con indicación de las operaciones realizadas o en vías de realización, la propuesta del dividendo y la del fondo de reserva en su caso.

³⁶ **Ibid**, pág. 142.



El Código de Comercio regula en lo concerniente a las asambleas, las generales, ordinarias, extraordinarias, especiales y totalitarias.

El Artículo 132 preceptúa: "Asamblea general. La asamblea general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la sociedad y expresa la voluntad social en las materias de su competencia..."

El Artículo 134 contiene las Asambleas ordinarias. "La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año, dentro de los cuatros meses que sigan al cierre del ejercicio social y también en cualquier tiempo en que sea convocada. Deberá ocuparse además de los asuntos incluidos en la agenda, de los siguientes:

- Discutir, aprobar o improbar el estado de pérdidas y ganancias, el balance general y el informe de la administración, y en su caso, del órgano de fiscalización, si lo hubiere, y tomar las medidas que juzgue oportunas.
- Nombrar y remover a los administradores, al órgano de fiscalización, si lo hubiere, y determinar sus respectivos emolumentos.
- Conocer y resolver acerca del proyecto de distribución de utilidad que los administradores deben someter a su consideración.
- Conocer y resolver de los asuntos que concretamente le señale la escritura social."

Por su parte el Artículo 135 regula las Asambleas extraordinarias. "Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- Toda modificación de la escritura social, incluyendo el aumento o reducción de capital o prórroga del plazo.



- Creación de acciones de voto limitado o preferente y la emisión de obligaciones o bonos cuando no está previsto en la escritura social.
- La adquisición de acciones de la misma sociedad y la disposición de ellas.
- Aumentar o disminuir el valor nominal de las acciones.
- Los demás que exijan la ley o la escritura social.
- Cualquier otro asunto para el que sea convocada, aun cuando sea de la competencia de las asambleas ordinarias.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.”

Finalmente los Artículos 155 y 156 establecen lo concerniente a las asambleas especiales y totalitarias. “Asambleas especiales. En el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas, deberá ser aprobada por la categoría afectada, reunida en asamblea especial. En las asambleas especiales se aplicarán las reglas de las ordinarias y serán presididas por el accionista que designen los socios presentes.”

”Asamblea totalitaria. Toda asamblea podrá reunirse en cualquier tiempo sin necesidad de convocatoria previa si concurriese la totalidad de los accionistas que corresponda al asunto que se tratará, siempre que ningún accionista se opusiere a celebrarla y que la agenda sea aprobada por unanimidad.”



CAPÍTULO IV

4. Las sociedades anónimas como medio para ocultar ganancias procedentes del crimen organizado

Los temas de la seguridad y la justicia constituyen un factor fundamental para el Estado de derecho, por lo cual el ordenamiento jurídico, debe poseer un verdadero efecto positivo y eficaz. Desafortunadamente en los últimos tiempos, el crimen organizado ha venido en aumento, al punto que actividades que se encuentran reguladas en ley, han sido tergiversadas con fines ilícitos. Se han incrementado las organizaciones criminales en el país, y consecuentemente se ha producido un grave deterioro en la sociedad, derivado de la búsqueda de dinero fácil.

La legislación guatemalteca, a partir de la Constitución Política de la República establece el derecho de asociación, de acuerdo a lo que regula el Artículo 34, y en el aspecto mercantil de forma concreta en el Artículo 43, preceptúa la libertad de industria, comercio y trabajo, salvo las limitaciones legales. A nivel ordinario de las normas, en el Código de Comercio Decreto 2-70, se regula en el libro I, lo relacionado con las sociedades mercantiles y de manera particular a partir del Artículo 86, lo concerniente a las sociedades anónimas.

Como se advierte de lo antes descrito, existe un sustento legal para la libertad de asociación, así como para el funcionamiento de la actividad mercantil, a través de las sociedades anónimas; sin embargo, en virtud de la naturaleza de dichas sociedades y



en atención a sus características, en ocasiones se ha desnaturalizado la existencia de dicha figura jurídica, con el fin de realizar actividades ilícitas.

Así, de acuerdo a lo que informa el derecho común y la doctrina, las sociedades anónimas son entes o personas jurídicas abstractas; es decir, constituyen una ficción legal, a través de la cual se puede realizar la actividad de asociación; con la finalidad de unir capacidad económica e intelectual, para que a través del esfuerzo conjunto, se pueda desarrollar una actividad mercantil, ya sea de intermediación o de prestación de servicios.

Debido a la naturaleza de la sociedad anónima cuyo carácter es impersonal, en la cual los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad, se ha producido el surgimiento de gran cantidad de sociedades anónimas, cuyo único objetivo es servirse y aprovecharse de dicha figura jurídica, para legitimar y ocultar ganancias ilícitas procedentes del crimen organizado.

Por ello, con el fin de limitar la forma delictiva en la cual operan algunas sociedades anónimas valiéndose de la emisión de los títulos de acciones; la Ley de Extinción de Dominio en el Artículo 71 ha reformado el Artículo 108 del Código de Comercio, en lo relacionado con la forma de emitir las acciones, en el sentido que se expidan de forma nominativa, para facilitar la persecución penal, en los casos en los cuales se produzca la comisión de ciertos delitos, cuyo fin intrínseco es la ocultación de las ganancias procedentes del crimen organizado, para lo cual se valen del lavado de dinero, defraudación tributaria, testaferrismo y enriquecimiento ilícito, entre otros.



4.1. El crimen organizado

Se entiende por crimen organizado a colectividades socialmente organizadas que desarrollan actividades delictivas con fines de lucro. Entre dichas actividades suelen encontrarse el tráfico de drogas, armas, réplicas de obras artísticas o tesoros arqueológicos. La mayoría de estas colectividades tienen un orden jerárquico siendo las formas de pandillas y mafia las más comunes.

Su ascensión puede llevarles a usar estrategias delictivas como el chantaje, amenaza, asesinato, intimidación; en busca de ganarse el favor de la administración, eliminar a la competencia y sortear los procesos jurídicos en contra de tales actividades. Dada la dureza de las estrategias empleadas, su régimen económico más habitual es el de monopolio en las zonas de menor rendimiento económico y de oligopolio en las de mayor.

Hoy en día el crimen organizado tiene una estructura de organización permanente diseñada para perdurar más allá de cualquiera de los individuos involucrados por lo que no se disuelve si un miembro es dado de baja, no importa cual fuere su rango.

El crimen organizado constituye la delincuencia colectiva que instrumentaliza racionalmente la violencia institucional de la vida privada y pública, al servicio de ganancias empresariales con rapidez. Necesariamente vincula jerarquías de la burocracia política y judicial mediante la corrupción, la intimidación y la impunidad.



Dentro de las características concretas de la delincuencia organizada se pueden mencionar:

- Opera bajo una disciplina y códigos de comportamiento mafioso;
- Actúa con la finalidad de obtener en la forma de prácticas sociales recurrentes, enraizadas en la estructura del trabajo, a nivel local, nacional e internacional, ganancias rápidas sin inversión previa de capital, de origen ilegítimo e ilegal, mediante la apropiación de objetos de uso privado y de propiedad ajena.
- En otras ocasiones, recurriendo a las mismas prácticas, se comercializa con bienes, productos y servicios de origen ilegítimo e ilegal, con poca o ninguna inversión de capital.
- La delincuencia organizada actúa de manera impune en la clandestinidad, protegida, y a veces también dirigida y operada, por autoridades corruptas, delincuentes de alto nivel, especialización y jerarquía, y posee capacidad para utilizar la fuerza con el fin de lograr sus objetivos.
- Producción y procesamiento de drogas -sobre todo la cocaína-.
- Distribución regional e internacional, sobre todo con destino a los Estados Unidos de América.
- Tráfico de armas.
- Tráfico de personas.
- Secuestros.
- Asesinatos.
- Lavado de dinero.



Sin embargo, al constituirse ciertas actividades en acciones delictivas, caen en el campo del derecho penal y, por consiguiente, merecen especial estudio y análisis, a efecto de detectar, controlar, contrarrestar, disminuir y erradicar la acción y efectos, así como a los individuos y grupos que las llevan a cabo.

En cuanto a los tipos de delincuencia organizada, se determinan los siguientes:

- Delincuencia organizada local: Constituye la delincuencia organizada en una banda o varias bandas vinculadas, que opera en una escala territorial menor, ya sea una comunidad, municipio o estado, y que generalmente opera en esa demarcación y rara vez fuera de ella.
- Delincuencia organizada nacional: Puede consistir en una sola banda de grandes proporciones o varias bandas asociadas, que opera dentro de una escala relativamente mayor. Se le reconoce como una delincuencia mayor, pues actúa en varias ciudades y provincias o estados y, potencialmente, puede llegar a tener nexos con otras bandas nacionales e internacionales.
- Delincuencia organizada transnacional: La delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas la identifica como delincuencia organizada transnacional. También se le denomina delincuencia organizada transfronteriza, como le denomina la Comisión Europea.

Así, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial; acciones de soborno, extorsión; ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios



fraudulentos y ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas; control de centros de juego ilegales y centros de prostitución.

La situación respecto al crimen organizado, se ha convertido en un serio problema para el Estado de Guatemala, el cual en muchas actividades delictivas se ha visto superado, sobre todo en lo que respecta al narcotráfico y los secuestros.

Para el combate a la delincuencia organizada, existe en el ordenamiento jurídico del país una ley específica de la materia, la Ley Contra la Delincuencia Organizada, contenida en el Decreto Legislativo número 21-2006.

Dentro de dicho Decreto se establecen las consideraciones en cuanto a que la delincuencia organizada es un flagelo que afecta a los habitantes de la República de Guatemala, por lo que es necesario crear un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar la delincuencia organizada.

El Artículo uno de la Ley Contra la Delincuencia Organizada establece: "Objeto y naturaleza. La presente Ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad y con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias."



4.2. Lavado de dinero

El lavado de dinero -también conocido en algunos países como lavado de capitales, lavado de activos, blanqueo de dinero, blanqueo de capitales o legitimación de capitales-, es el proceso a través del cual es encubierto el origen de los fondos generados mediante el ejercicio de algunas actividades ilegales o criminales -tráfico de drogas o estupefacientes, contrabando de armas, corrupción, desfalco, fraude fiscal, crímenes de guante blanco, prostitución, malversación pública, extorsión, trabajo ilegal y últimamente terrorismo-. El objetivo de la operación, que generalmente se realiza en varios niveles, consiste en hacer que los fondos o activos obtenidos a través de actividades ilícitas aparezcan como el fruto de actividades legítimas y circulen sin problema en el sistema financiero.

Dentro de las técnicas para llevar a cabo el lavado de dinero se pueden establecer las siguientes:

- Estructurar: Los individuos que forman parte del lavado de dinero dividen o estructuran las grandes sumas de dinero -adquiridas por ilícitos- y las reducen al monto preciso en el cual las transacciones no son registradas. Estas transacciones se realizan por un período limitado en distintas entidades financieras.
- Complicidad de un funcionario u organización: Existen ocasiones en las cuales los empleados de las instituciones financieras colaboran con el lavado de dinero omitiendo informar a las autoridades sobre las grandes transacciones de fondos.
- Mezclar: Esta es una herramienta que utilizan las organizaciones de lavado de dinero quienes juntan los dineros recaudados de las transacciones ilícitas con los



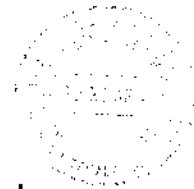
capitales de una empresa legal y luego se presentan todos los fondos como rentas de la empresa. Esta es una forma legal para no explicar las altas sumas de dinero.

- **Compañías de fachada:** Hay ocasiones en las cuales quienes forman parte del lavado de dinero, crean empresas y/o compañías legales, las cuales utilizan como fachada para llevar a cabo el lavado de dinero.
- **Compras de bienes o instrumentos monetarios con productos en efectivo:** Las organizaciones de lavado de dinero con el dinero generado por sus delitos usualmente realizan inversiones en bienes como autos, bienes raíces, etcétera, los que son usados para cometer más ilícitos.
- **Contrabando de efectivo:** Es el transporte del dinero conseguido del lavado de dinero hacia el exterior. Existen algunas ocasiones en las cuales los blanqueadores de activos mezclan el efectivo con fondos transportados de otras empresas, para así no dejar rastro del ilícito.
- **Transferencias bancarias o electrónicas:** Las organizaciones de lavado de dinero utilizan la Internet para mover fondos provenientes del lavado de dinero de un lado para otro y así no dar cuenta de las altas sumas de dinero en movimiento.
- **Cambiar la forma de productos ilícitos por medio de compras de bienes o instrumentos monetarios:** Las organizaciones de lavado de dinero cambian los productos ilícitos de una forma a otra, una y otra vez para que así no sean rastreados y además cada vez que realizan estos cambios van disminuyendo los montos para que no sean tan evidentes.
- **Venta o exportación de bienes:** Los individuos que forman parte del lavado de dinero ponen en venta en el exterior los bienes que han adquirido a través del lavado de dinero, y así hacer más difícil el rastreo.



- Ventas fraudulentas de bienes inmuebles: La organización de lavado de dinero realiza compras de bienes a un precio muy por debajo del costo real de la propiedad y la diferencia del monto real se la paga al vendedor ilegalmente, para que luego el blanqueador de activos venda la propiedad en el precio que corresponde y así comprobar ingresos.
- Complicidad de la banca extranjera: Hay casos en que las organizaciones de lavado de dinero gozan de la colaboración de las instituciones financieras que están fuera del país, dándole una justificación a los fondos originados por el lavado de dinero.
- Transferencias inalámbricas o entre corresponsales: Las organizaciones de lavado de dinero pueden tener varias sucursales en distintos países, por lo tanto la transferencia de dinero de una a otra no resulta sospechosa.
- Falsas facturas de importación / exportación o doble facturación: Por lo general los que operan en el lavado de dinero sobrevaloran los montos de las exportaciones e importaciones.
- Garantías de préstamos: El individuo que forma parte del lavado de dinero adquiere préstamos de forma legal, con estos el blanqueador de activos obtiene bienes los cuales a los ojos de las autoridades han sido alcanzados con dineros lícitos.

El ordenamiento jurídico guatemalteco, a través del Decreto Legislativo 67-2001 creó la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; con la finalidad entre otras, de proteger la formación de capital, ahorro e inversión, y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión en el país de capitales nacionales y extranjeros.



El Artículo uno de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos regula: “Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito, y establece las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas a que se refiera el Artículo 18 de esta Ley y las autoridades competentes.”

El Artículo dos de la referida ley regula: “Del delito de lavado de dinero u otros activos. Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona:

- a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de sus cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son productos, proceden o se originan de la comisión de un delito;
- b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;
- c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derecho relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.”

El Artículo ocho de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos regula: “Del comiso de bienes. Para los efectos de esta ley el comiso consiste en la pérdida a favor



del Estado de los bienes, instrumentos o productos utilizados o provenientes de la comisión del delito de lavado de dinero u otros activos, declarada en sentencia, a no ser que pertenezca a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de ilícito comercio, se ordenará el comiso aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del sindicado o acusado o se ignore quién es la persona responsable del delito.”

El Artículo 18 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos regula, con relación a las personas obligadas: “Para los efectos de la presente ley se consideran personas obligadas, las siguientes:

1. Las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencias de Bancos.
2. Las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores.
3. Las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.
4. Las entidades fuera de plaza denominadas off-shore que operan en Guatemala, que se definen como entidades dedicadas a la intermediación financiera constituidas o registradas bajo las leyes de otro país y que realizan sus actividades principalmente fuera de la jurisdicción de dicho país.
5. Las personas individuales o jurídicas que realicen cualquiera de las siguientes actividades:
 - Operaciones sistemáticas o sustanciales de encaje de cheque.
 - Operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o compra de cheques de viajero o giros postales.



- Transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos y/o movilización de capitales.
- Factoraje.
- Arrendamiento financiero.
- Compraventa de divisas.
- Cualquier otra actividad que por la naturaleza de sus operaciones pueda ser utilizado para el lavado de dinero u otros activos, como se establezca en el reglamento.”

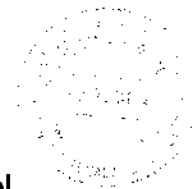
4.3. ilícitos para encubrir y legalizar ganancias provenientes del crimen organizado

Dentro de esta clasificación destacan algunos delitos, particularmente se hará referencia a los siguientes:

- Enriquecimiento ilícito

“Enriquecimiento injusto. El logrado de manera ilícita o abusando de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios. Aunque agravado por el proceder, su encuadramiento coincide, en los aspectos de ineficacia, con los del enriquecimiento sin causa; pero con posible adición de indemnizaciones por lo doloso, y hasta de penas por lo delictivo.”³⁷

³⁷ *Ibid*, pág. 469.



Consiste en el aumento de un patrimonio con empobrecimiento del ajeno y sin el amparo en las normas legales ni en los convenios ni actos privados.

La doctrina jurídica suele incurrir en un descuido técnico que consiste en considerar injusto todo enriquecimiento sin causa. La afirmación peca cuando menos de apresurada. Si todo enriquecimiento sin causa adolece de inequitativo en lo económico, puede no suceder lo mismo en el campo jurídico; por ejemplo, cuando no solamente hay error en quien paga sin ser deudor, sino confusión en el acreedor que, por apariencias u otras circunstancias, creyó que se satisfacía su crédito.

Hecha esa salvedad, y pensando siempre lo económico, cabe en el enriquecimiento sin causa comprender sin más el enriquecimiento injusto, que en el decir de otros tiempos se llamaba enriquecimiento torticero.

“Precedentes. Los antecedentes contrarios al enriquecimiento injusto o sin causa encuentran ya numerosos textos en el Derecho Romano. En efecto, la -condictio indebiti- se concedía a quien había pagado por error una deuda; la -condictio causa data, causa non secuta-, procedía ante una prestación realizada con vistas a un causa futura que no se llevaba a efecto, como la promesa de dote o la constitución de la misma en el supuesto de no realizarse el matrimonio; la -condictio ob turpem et injustam causam-, que permitía resarcirse en adquisiciones con causa inmoral o antijurídica; finalmente, la -condictio sine causa- constituía un remedio general frente a todos los casos de enriquecimiento injusto no amparados por algunas de las condiciones mencionadas.



Otros medios reparadores del enriquecimiento injusto fueron: la -actio rerum amatorum-, cuando la mujer repudiada había dilapidado bienes del marido; la -actio in factum-, contra los herederos de un defraudador y hasta la concurrencia del beneficio obtenido por éste; la -actio in factum- edilicia, que permitía al comprador recuperar el precio en caso de rescisión de la venta; la acción pauliana, en caso de fraude contra los acreedores; la -restitutio in integrum-, para reparar perjuicios inferidos a los menores de 25 años, en caso de usucapión contra un ausente al servicio del Estado y contra ciertos prisioneros; la -actio de in rem verso-, que competía al padre de familia por los actos del hijo o del esclavo que hubieran obrado sin su orden.

Esta última acción se generalizó después para reparar los enriquecimientos sin causa; y Planiol la considera como cuasicontractual.

Casos característicos. Los configuran el cobro de lo indebido y la lesión en los contratos onerosos; pero hay otras muchas situaciones; como la gestión de negocios ajenos; el trabajo no pagado por quien lo recibe; las valoraciones patrimoniales por obra ajena o fortuita, que determinan compensaciones fiscales como la plusvalía; los hallazgos, si bien aquí la causa se encuentra en el reconocimiento legal para la apropiación o a una parte proporcional del valor; las liberalidades, aunque la generosidad ajena y sus móviles equivalgan a un fundamento jurídico bastante para estabilizar la situación.

Por supuesto, entran en los enriquecimientos sin causa válida y con causa viciosa todos los delitos que afectan al patrimonio ajeno, desde el robo y el hurto a la estafa y otros engaños. Por el contrario, aunque se esté ante un enriquecimiento y carente de origen legítimo, las fortunas amasadas con fraude o explotación no se encuadran en esta denominación jurídica, sino en otras de repulsa social e incluso perseguibles ante la



jurisdicción penal; aunque no sea lo habitual, especialmente en los gobernantes inescrupulosos, que suelen tener la habilidad de disfrutar de lo mal habido fuera de sus países y con anticipadas remesas patrimoniales que quedan al amparo de la posible extradición, por alegarse entonces como obstativo un fundamento político. El enriquecimiento sin causa en lo civil se concreta en un aumento o ingreso patrimonial indebido o inicuo, incluso de cantidad monetaria mínima.³⁸

- Defraudación tributaria y aduanera

En sentido general incurre en defraudación quien, por disposición de la ley, de la autoridad, o por un acto jurídico, tenga a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un lucro indebido, o para causar daño, violando sus deberes, perjudicare los intereses que le han sido confiados u obligare abusivamente al titular de ellos.

Otros casos especiales de estafa se encuentran en la defraudación mediante el uso de pesas o medidas falsas; en la entrega fraudulenta, por el empresario o constructor, de materiales para la construcción que pongan en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado; en la venta de prenda sobre la que se prestó dinero, o en la apropiación o disposición de ella sin las formalidades legales; en apropiarse de una cosa ajena, en cuya tenencia se hubiere entregado a consecuencia de un error o de un caso fortuito.

³⁸ *Ibid*, pág. 470.



También defrauda al acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.

“Defraudación. En sentido amplio, cuanto perjuicio económico se infiere abusando de la ajena buena fe. Substracción o abstención dolosa del pago de impuestos. Apropiación indebida de cosas muebles, recibidas con obligación de restituirlas. Cualquier fraude o engaño en las relaciones con otro. De modo específico, cualquiera de los abusos cometidos en perjuicio del fisco o contra las propiedades intelectuales e industrial.”³⁹

Es la acción mediante la cual se elude ya sea total o parcialmente, el pago de los derechos arancelarios e impuestos de importación o de exportación; cuando ventajosamente se impida la aplicación de las prohibiciones o restricciones previstas por la legislación aduanera o conexas.

En lo que respecta a la regulación del ordenamiento jurídico guatemalteco, se establecen ciertos tipos penales en la Ley Contra La Defraudación y el Contrabando Aduanero.

Artículo uno de la Ley Contra La Defraudación y el Contrabando Aduanero. “De la defraudación aduanera. Defraudación en el ramo aduanero es toda acción u omisión por medio de la cual se evade dolosamente, en forma total o parcial, el pago de los tributos aplicables al régimen aduanero. También constituye defraudación la violación de las normas y aplicación indebida de las prohibiciones o restricciones previstas en la

³⁹ Ossorio. *Ob. Cit*; pág. 50.



legislación aduanera, con el propósito de procurar la obtención de una ventaja infringiendo esa legislación.”

Artículo dos de la Ley Contra La Defraudación y el Contrabando Aduanero. “De los casos especiales de defraudación aduanera. Son casos especiales de defraudación en el ramo aduanero:

- a) La realización de cualquier operación empleando documentos en los que se alteren las referencias de calidad, clase, cantidad, peso, valor, procedencia u origen de las mercancías.
- b) La falsificación del conocimiento de embarque guía aérea carta de porte, factura comercial, carta de corrección o certificado de origen o cualquier documento equivalente, sin perjuicio de la responsabilidad en que se incurra por el hecho mismo de la falsificación.
- c) La sustitución de las mercancías exportadas o importadas temporalmente, al tiempo de efectuarse la reimportación o la reexportación.
- d) La utilización de mercancías importadas al amparo de una franquicia o reducción del pago de los tributos aplicables, en fines distintos de aquéllos para los cuales fue concedida la franquicia o reducción.
- e) La celebración de contratos de cualquier naturaleza, con base en documentos que amparen mercancías total o parcialmente exentas del pago de derecho e impuestos a la importación, sin la previa autorización que sea necesaria.
- f) La enajenación, por cualquier título de mercancías importadas temporalmente, cuando no se hayan cumplido las formalidades aduaneras para convertir dicha importación en definitiva.



- g) La disminución dolosa del valor o de la cantidad de las mercancías objeto de aforo, por virtud de daños, menoscabo, deterioros o desperfectos, en forma ostensiblemente mayor a la que debiera corresponder.
- h) Las disminuciones indebidas de las unidades arancelarias, que durante el proceso del aforo se efectúen o la fijación de valores que no estén de acuerdo con lo dispuesto por la legislación arancelaria vigente.
- i) La declaración inexacta de la cantidad realmente ingresada o egresada introducida al territorio aduanero nacional.
- j) La obtención ilícita de alguna concesión, permiso o licencia para importar mercancías total o parcialmente exentas o exoneradas de tributos.
- k) La determinación del precio base de las mercancías objeto de subasta, con valor inferior al que corresponda.
- l) Usar forma o estructura jurídica manifiestamente inadecuada, para eludir tributos.
- m) Tener en su poder mercancías no originarias del país, en cantidades mayores a las amparadas por los documentos de importación o internación respectivos.
- n) La omisión de declarar o la declaración inexacta de las mercancías o de los datos y requisitos necesario para la correcta determinación de los tributos de importación, en pólizas de importación, formularios aduaneros u otras declaraciones exigidas por la autoridad aduanera para este efecto.”

Artículo tres de la Ley Contra La Defraudación y el Contrabando Aduanero. “Del contrabando aduanero. Constituye contrabando en el ramo aduanero, la introducción o extracción clandestina al y del país de mercancías de cualquier clase, origen o procedencia, evadiendo la intervención de las autoridades aduaneras, aunque ello no



cause perjuicio fiscal. También constituye contrabando la introducción o extracción del territorio aduanero nacional, de mercancías cuya importación o exportación está legalmente prohibida o limitada.

Artículo cuatro de la Ley Contra La Defraudación y el Contrabando Aduanero. “De los casos especiales de contrabando aduanero. Son casos especiales de contrabando en el ramo aduanero:

- a) El ingreso o salida de mercancías por lugares no habilitados.
- b) La sustracción, disposición o consumo de mercancías almacenadas en los depósitos de aduana, sean estos públicos o privados, o en recintos habilitados al efecto, antes del pago de los derechos de importación correspondiente.
- c) El embarque, desembarque o trasbordo de mercancías sin cumplir con los trámites aduaneros correspondientes.
- d) La internación o extracción clandestina de mercancías, ocultándolas en dobles fondos, en otras mercancías, en el cuerpo o en el equipaje de las personas o bien usando cualquier otro medio que tenga por objeto evadir el control aduanero.
- e) La internación de mercancías procedentes de zonas del territorio nacional que disfrutan de regímenes fiscales exoneratorios o en cualquier forma privilegiados, a otros lugares del país donde no existen tales beneficios, sin haberse cumplido los trámites aduaneros correspondientes.
- f) El lanzamiento en el territorio del país o en su mar, territorial de mercancías extranjeras con el objeto de utilizarlas evadiendo a la autoridad aduanera.



- g) La violación de precintos, sellos, puertas, envases y otros medios de seguridad de mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o que no estén destinados al país.
- h) Cualquier otra forma de ocultación de mercancías al tiempo de ser introducidas o sacadas del territorio nacional, o durante las operaciones de registro o el acto de aforo.”

- Testaferrismo

La palabra testaferrero hace alusión a quien presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona, o como miembro de una sociedad anónima.

“Persona interpuesta. La que presta su nombre o pone su firma para facilitar un acto o contrato. Quien aparentemente obra en interés propio, pero que efectivamente procede por otro; se trata en cualquiera de los casos de burlar alguna prohibición, eludir cargas o perjudicar a terceros. Tratando en general de la simulación y concretamente de su efectividad por medio de persona interpuesta, estas actitudes resultan frecuentes en las convenciones: ya sea por acto ficticio, al simular enteramente el contrato, por ejemplo de una venta, para substraer el activo en contra de los acreedores; ya sea por acto desfigurado, por ocultación de la naturaleza del negocio, por ejemplo, una donación presentada como venta o préstamo -pagaré con indicación de falsa causa-; ya sea por simulación del precio o de otras condiciones, al manifestar precio menor que el realmente convenido, como se practica con frecuencia en las ventas de inmuebles y en



las cesiones de oficios públicos; ya sea, por último, por persona interpuesta o empleo de testaferro, para ocultar por quién ha sido ejecutado el acto.

Con estas diversas modalidades, y mediante la simulación, se pretende ya sea aludir al Fisco, lo cual resulta más tentador a medida que los derechos inevitables sean más elevados, por ejemplo, al otorgar una donación en forma de venta, o asentando en el documento un precio inferior al real; ya sea burlar a terceros, acreedores, herederos con derecho a legítima, al realizar una enajenación ficticia y una donación disfrazada; ya sea cometer fraude contra la ley y evitar una nulidad, ocultando el nombre de un beneficiario incapaz, o excluido, o la ilícita naturaleza del acto.⁴⁰

4.4. La tergiversación de las sociedades anónimas como mecanismo para encubrir las actividades del crimen organizado

Dentro de lo que se denomina Estado de Derecho, existe toda una estructura legal que fundamenta el actuar de quienes conforman la sociedad; actuar que debe circunscribirse a las normas jurídicas predeterminadas, en atención al respecto hacia el derecho de los demás, encuadrado dentro de los parámetros que ante la ley son los adecuados. Precisamente, en el contenido de la ley penal existen los denominados tipos penales que brindan certeza jurídica, es decir, el amparo hacia los habitantes de la República respecto de quienes delinquen. La tipificación de ciertas conductas, marca el límite de las acciones o en determinados casos de las omisiones, en el entendido que ante la existencia de la ley no se debe producir desconocimiento.

⁴⁰ Cabanellas de la Torre, **Ob. Cit**; pág. 225.



Lamentablemente, existen situaciones en las cuales la aplicación de la ley no se realiza de forma adecuada, y se vulnera el contenido normativo, particularmente en el ámbito penal y mercantil, así como otras normas; lo cual propicia a nivel jurídico lo que se denomina las normas vigentes pero no eficaces y, en el campo de la realidad se evidencia como una actividad legal se distorsiona con el objeto de favorecer la comisión delictiva. Ante dichos postulados cabe la formulación de la existencia de la certeza jurídica en el país, vista desde la perspectiva de la protección de los habitantes frente a las personas que delinquen, así como la primacía del interés social.

El ordenamiento jurídico guatemalteco regula la libertad de comercio así como la asociación, sin más límites que los establecidos en la legislación; sin embargo, la existencia de la forma mercantil de la sociedad anónima ha generado graves inconvenientes para el sistema de justicia guatemalteco, en virtud que a través del uso de dicha entidad, en muchos de los casos se comenten delitos.

Una aproximación ligera de la realidad que vive el país, permite establecer que muchas de las actividades mercantiles que se realizan a través de las sociedades anónimas, encierran acciones delictivas del crimen organizado. En virtud que la legislación contempla el funcionamiento de las sociedades anónimas, y dadas las características de dichos entes jurídicos o abstractos; se produce su utilización como medio para ocultar y legitimar ganancias procedentes de actividades ilegales.

Dentro de las características que en la actualidad configuran la actividad de las sociedades anónimas, destaca su carácter impersonal, la forma de operar, la poca fiscalización, salvo el caso de las entidades bancarias, su utilización para encubrir



actividades delictivas, la posibilidad de ampliar el capital. Todo ello, entre otros aspectos, ha posibilitado su tergiversación y utilización para realizar actividades relacionadas con el crimen organizado.

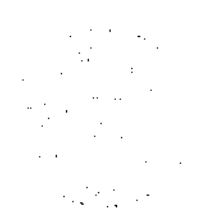
La existencia de las sociedades anónimas, amparado en la normativa constitucional de libertad de asociación, así como la de industria, comercio y trabajo; sumado al sustento legal a nivel ordinario; posibilita la existencia de algunas sociedades cuyo objetivo de creación y existencia, obedece a su utilización como medio para ocultar y legitimar ganancias procedentes de actividades ilegales.

En correspondencia con lo anterior se pueden especificar los aspectos siguientes:

- Las sociedades anónimas son utilizadas como medio para ocultar y legitimar ganancias procedentes de actividades ilícitas, tal es el caso del lavado de dinero.
- La actitud que asumen los fiscales del Ministerio Público, jueces y magistrados; en lo relacionado con el combate del crimen organizado, que utiliza las sociedades anónimas, con el objetivo de materializar el delito de lavado de dinero, encierra cierta permisividad.
- El marco jurídico que regula el funcionamiento de las sociedades anónimas, debe estar dotado de una mayor fiscalización.
- Varias sociedades anónimas condicionan su actividad o funcionamiento dentro del contexto de las actividades delictivas.
- La actividad delictiva que ejerce el crimen organizado por medio del uso de las sociedades anónimas, produce efectos trascendentales tanto a nivel social como jurídico.



- Deben establecerse mecanismos adecuados para que se produzca la fiscalización en el funcionamiento de las sociedades anónimas.
- El crimen organizado se vale de la utilización de las sociedades anónimas, para lograr sus fines.
- El Estado de Guatemala no asume de forma eficiente su obligación y compromiso en el combate del crimen organizado.
- El Ministerio Público no ejerce de forma adecuada su actividad de persecución penal, en los delitos de lavado de dinero.
- No existe una adecuada coordinación interinstitucional, para el combate del crimen organizado; sobre todo en las actividades de lavado de dinero, que se producen por medio de la utilización de las sociedades anónimas.



CONCLUSIONES

1. Se configura que dentro de la problemática que se produce en torno a la *administración de justicia en Guatemala*, reviste especial importancia la actitud que toman algunos jueces y magistrados, sobre todo en las decisiones que deben asumir en los procesos que conocen relacionados con la participación del crimen organizado y sus diferentes manifestaciones delictivas.
2. Se determina que no se produce por parte del Ministerio Público, una adecuada persecución penal hacia las personas y grupos del crimen organizado, que delinquen a través de la utilización de las sociedades anónimas, lo cual favorece la escasa fiscalización y aplicación de las penas, así como la vulneración de la normativa jurídica guatemalteca.
3. Se advierte que la existencia de algunas sociedades anónimas, amparado en la normativa jurídica guatemalteca, posibilita el funcionamiento de dichas entidades cuyo objetivo de creación y existencia obedece a su utilización como medio para ocultar y legitimar ganancias procedentes de actividades ilegales, que son consecuencia directa del crimen organizado.
4. Se establece que muchas de las actividades mercantiles que se realizan a través de las sociedades anónimas, encierran acciones delictivas del crimen organizado tales como: el enriquecimiento ilícito, la defraudación tributaria y aduanera, el



testaferrismo y el lavado de dinero; en virtud de las características, funcionamiento y particularidades de dichos entes societarios.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que la organización del sistema de justicia penal, favorezca el mejoramiento sustantivo del desempeño profesional de jueces, fiscales y defensores, y la consolidación del sistema de administración de justicia; lo anterior dentro del contexto del combate eficaz de las acciones delictivas, sobre todo las que son perpetradas por el crimen organizado.
2. Es necesario que el Estado de Guatemala, propicie las condiciones adecuadas para que el Ministerio Público cumpla con la función constitucional que le ha sido asignada, específicamente en lo relacionado con la investigación y persecución penal de las personas y grupos del crimen organizado, que delinquen a través del uso de las sociedades anónimas.
3. Precisa que el Congreso de la República de Guatemala emita leyes que propicien un mayor control y fiscalización de las sociedades anónimas, no sólo referido a su creación, sino en cuanto a su funcionamiento; especialmente para combatir de forma eficaz su utilización por miembros del crimen organizado al ocultar y legitimar ganancias ilícitas.
4. Es necesaria la intervención coordinada de las instituciones estatales relacionadas con la administración de justicia penal; para combatir las actividades ilegales que realizan los miembros del crimen organizado por medio del uso de las sociedades anónimas; así como ejercer una efectiva persecución penal y aplicación de las

sanciones en la comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito, defraudación tributaria y aduanera, el testaferrismo y lavado de dinero.



BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal**. 2a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones jurídicas, 1973.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal penal**. 2a. ed.; México: Ed. Mexicana, 1997.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Código penal anotado**. 3a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1983.
- CARRARA, Francesco. **Derecho penal**. 2a. ed.; México: Ed. Mexicana, 1997.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil**. 2a. ed.; México: Ed. Herrero, S.A. 1975.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general y parte especial**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1971.
- DE CASSO Y ROMERO, Guillermo. **Diccionario de derecho privado**. Barcelona, España: Ed. Labor, S.A., 1959.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. 2a. ed.; México: Ed. Mexicana, 1997.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.

PAZ ALVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Aries, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho mexicano**. 2a. ed.; México: Ed. Librería Robredo, 1959.

SAGUÈS, Néstor. **La interpretación judicial de la constitución**. Ed. Depalma, Buenos Aires.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil**, 4a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.

Legislación

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1970.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.



Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94, 1994.

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

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-2001, 2001.

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