

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a seated man in a crown, surrounded by various heraldic symbols including a castle, a lion, and a cross. The Latin motto "CETERA SPERABIS CONSPICUA CAROLINA ACAD" is inscribed along the top inner edge, and "EMATELSIS INTER COACTEM" is on the bottom inner edge.

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS DELITOS
BANCARIOS COMO DELITOS ECONÓMICOS Y LA
IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO
PENAL GUATEMALTECO**

ALVARO RENÉ CARDONA MENÉNDEZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2015

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS DELITOS
BANCARIOS COMO DELITOS ECONÓMICOS Y LA
IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO
PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALVARO RENÉ CARDONA MENÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Ana Reyna Martínez Antón
Vocal:	Licda. Gloria Izabel Lima
Secretario:	Lic. Jorge Leonel Franco Morán

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Edvin Leonel Bautista Morales
Vocal:	Licda. Blanca María Chocochic Ramos
Secretaria:	Licda. Luisa María De León Santizo

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).

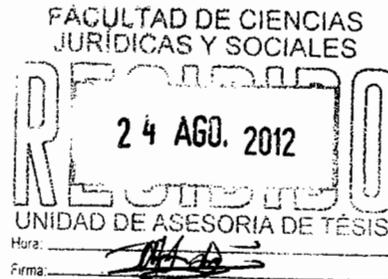
Jorge Estuardo Reyes del Cid
ABOGADO Y NOTARIO

 **Reyes & Asociados**
Consultores Jurídicos



Guatemala, 24 de agosto de 2012

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Hago de su conocimiento que en base al nombramiento recaído en mi persona, procedí a la asesoría de tesis del Bachiller Alvaro René Cardona Menéndez, que se titula: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS DELITOS BANCARIOS COMO DELITOS ECONÓMICOS Y LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO"**. Después de la asesoría encomendada, le comunico:

- a) El Bachiller Alvaro René Cardona Menéndez, en su trabajo de tesis enfoca la necesidad de regular en el Código Penal los delitos bancarios, puesto que son de gran impacto para la sociedad guatemalteca, en congruencia con la teoría general del delito y las normas establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando principios, antecedentes, definiciones, características, doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como la base legal correspondiente, todo lo anterior hace del presente trabajo un documento de consulta y utilidad.
- b) Asimismo, se pudo establecer que en el presente trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría presentada, habiéndose apreciado el cumplimiento de lo preceptuado en el Artículo treinta y dos del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales; siendo las técnicas que se utilizaron en el presente trabajo la bibliográfica, la documental y la de entrevista.

Jorge Estuardo Reyes del Cid

ABOGADO Y NOTARIO



- c) El contenido del presente trabajo de tesis, las conclusiones, recomendaciones, la bibliografía utilizada, así como las citas bibliográficas empleadas para los respectivos capítulos son correctas. Asimismo, sugerí al sustentante la modificación y ampliación de sus capítulos, introducción y bibliografías utilizadas, respetando siempre el criterio del estudiante, por lo que así lo realizó y por último pude apreciar que las bibliografías utilizadas son las adecuadas y actualizadas para la elaboración del presente trabajo de tesis.
- d) El trabajo de tesis denota esfuerzo, dedicación y empeño por parte del Bachiller Alvaro René Cardona Menéndez, guiándolo en las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos analítico-sintético e inductivo-deductivo; los cuales fueron de gran ayuda para llegar a las conclusiones importantes.
- e) La redacción del presente trabajo, así como su contenido son idóneos y de fácil comprensión, siendo el mismo un aporte científico y técnico que contribuye a estudiantes, catedráticos y profesionales. Por lo expuesto, concluyo que el presente trabajo deja una brecha para un mayor estudio ya que en el futuro se pueden prevenir los delitos bancarios y de esta manera el Estado estaría garantizando los principios axiológicos plasmados en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- f) Por lo anteriormente expuesto, concluyo que el trabajo de tesis del Bachiller Alvaro René Cardona Menéndez, no se limita a cumplir únicamente los presupuestos de presentación y desarrollo, sino que también a la sustentación en teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello atendiendo a lo preceptuado en el Normativo en mención regulados para el efecto.
- g) En virtud de lo anterior, en mi calidad de Asesor de tesis me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

Deferentemente,

JORGE ESTUARDO REYES DEL CID

ABOGADO Y NOTARIO

Asesor de Tesis

Colegiado 4470



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de marzo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ALVARO RENÉ CARDONA MENÉNDEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS DELITOS BANCARIOS COMO DELITOS ECONÓMICOS Y LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS

Creador del cielo y de la tierra, de todo lo existente, el gran maestro que todo lo puede y que no hay nada imposible para Él, fuente de toda mi luz, mi guía, mi guarda, mi inspiración y mi salvación, de todas las bendiciones y toda la sabiduría que me dio, porque fue la voluntad de Dios la que me llevó hasta este momento, para poder ser un hombre de bien hoy, mañana y siempre hasta el fin de mi vida.

A MI PADRE:

Víctor Manuel Cardona (Q.E.P.D.), por haberme dado todo el apoyo, su cariño, su amor, su comprensión.

A MI MADRE:

Romelia Menéndez Gutiérrez, por darme el apoyo en las buenas y en las malas.

A MI ESPOSA:

Irma Yolanda Esquivel Orellana, por darme el apoyo y comprensión.

A MIS HIJOS:

Gerson Daniel Cardona Esquivel, Luis Francisco Cardona Esquivel, Alejandra María Cardona Esquivel y Amanda Frinee Cardona Esquivel.

A MIS HERMANO:

Hugo Rolando Cardona Menéndez, por darme su apoyo cuando lo necesitaba.



A LOS LICENCIADOS:

Jorge Estuardo Reyes Del Cid, Nineth Escobar de Reyes y Floridalma Carrillo Cabrera.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Que durante más de trescientos años ha formado profesionales que cada día luchan por ayudar a la humanidad.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Por darme la oportunidad de pasar por sus aulas y ser un profesional más, egresado de esta hermosa carrera.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Teoría del delito.....	1
1.1. La necesidad de un conocimiento sistemático de la teoría general del delito.....	2
1.2. La teoría del delito en el derecho penal guatemalteco.....	13
CAPÍTULO II	
2. La eficacia del derecho penal.....	19
2.1. El sistema procesal penal ante la nueva complejidad.....	32
2.2. La eficacia como criterio de legitimación de la intervención penal.....	36
CAPÍTULO III	
3. El delito económico.....	49
3.1. Obstáculos a la represión de la delincuencia económica.....	50
3.2. Factores individuales y sociales de la delincuencia económica.....	55
3.3. Una clasificación de los delitos económicos.....	61
3.4. El delito bancario.....	65
CAPÍTULO IV	
4. La importancia de ampliar la regulación de los delitos bancarios en el Código Penal guatemalteco.....	71
4.1. Delitos bancarios y financieros regulados en el Código Penal guatemalteco	72
4.2. Ampliación de los delitos bancarios en el Código Penal guatemalteco.....	75



Pág.

CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

Los delitos bancarios son una nueva modalidad producto del desarrollo de las finanzas internacionales y del crecimiento mundial del sistema financiero y bancario, lo cual determinó preguntarse la forma en que la legislación penal guatemalteca enfrenta ese tipo de ilícitos, ante lo cual se planteó como hipótesis, la que fue debidamente comprobada, que aunque existe legislación penal para prevenir, enfrentar, perseguir y castigar los actos dolosos en contra del sistema financiero y bancario nacional, la misma es insuficiente para abarcar todos los ilícitos, por lo que los delitos deben ampliarse para incorporar los que utilizan a la banca como instrumento para la realización de los ilícitos en contra del sistema bancario y financiero.

Los objetivos fueron debidamente alcanzados, porque se logró establecer lo que era la teoría del delito como fundamento para estudiar la tipificación de los delitos bancarios y las características que adoptan los sujetos activos; asimismo, se explicó y caracterizó la eficacia del sistema penal para enfrentar los ilícitos de alto impacto social; así como la importancia del derecho penal para castigar conductas dolosas.

Como supuestos comprobados, se consideró que la tipificación de los delitos bancarios debería ir en función de castigar aquellas conductas dolosas que atentan contra el orden económico nacional, evitando con ello que se regularan delitos de bagatela vinculados al sistema bancario, que únicamente alejarían al Ministerio Público de las investigaciones de alto impacto.



Los métodos utilizados en el trabajo de tesis fueron el deductivo, el inductivo, el analítico y el sintético, con los cuales se procesó la información obtenida a través de la investigación bibliográfica y documental, en donde el hilo conductor de la reflexión sobre los delitos bancarios fue establecer lo que la doctrina y la legislación determinaban sobre los mismos.

Luego de realizar la reflexión sobre los elementos doctrinarios y legales, se elaboró el informe final de la tesis en cuatro capítulos. El primero de ellos hace referencia a lo que es la teoría del delito, la necesidad de su conocimiento sistemático y su regulación en el derecho penal guatemalteco; en el segundo se analiza la eficacia del derecho penal, la forma en que este enfrenta la nuevas realidades delictivas producto de los cambios sociales y la legitimación del mismo a través de su eficacia; en el tercer capítulo se hace una reflexión sobre los elementos centrales que informan al delito económico, las características especiales de los sujetos activos, la manera en que se relacionan con los sectores de poder político y judicial, así como la forma en que el delito bancario es una especie particular de este tipo de ilícitos; en el capítulo cuatro sirve para reflexionar sobre la manera en que se regulan los delitos bancarios en Guatemala, haciendo énfasis en la forma de enfrentar los ilícitos que surgen desde la misma banca, con lo cual se considera aportar al conocimiento de la legitimidad de la sanción penal sobre conductas dolosas que dañan a la sociedad guatemalteca y asegurar que las personas puedan realizar transacciones bancarias sin ser perjudicadas por actos delincuenciales vinculados con el sistema bancario.



CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

En el presente capítulo los puntos básicos a desarrollar se relacionan con la tarea de explicar y describir la construcción de un sistema dogmático del derecho positivo vigente, el cual ha de basarse en un irrestricto desarrollo de las normas constitucionales, trascendiendo de esa manera el mero formalismo interpretativo a una tarea continuadora de la protección de los derechos fundamentales.

Esto resulta de importancia por la gravedad e intensidad de las consecuencias jurídicas que caracterizan a este sector del ordenamiento jurídico. Ello significa una toma de postura y un análisis crítico del estudioso hacia los desbordes del poder cuando es utilizado de modo excesivo o desproporcionado para solucionar un conflicto social.

Lo anterior es posible porque en la teoría general del delito se procura construir un sistema de conocimientos y juicios de validez objetiva, que merezca la calificación de científico, porque ésta doctrina es una forma de sistematizar el derecho penal o, en otras palabras, que pueden justificarse diferentes localizaciones sistemáticas las cuales se relacionan con el respeto a los principios y garantías resultantes de la forma de Estado constitucionalmente consagrada.



“Al intérprete se le exige que critique los preceptos jurídicos que atenten contra estos principios, y que realice su tarea orientada por ellos. Respetando este punto de partida, la opción sistemática queda en un segundo plano pues todas las teorías resuelven, con mayores o menores diferencias, problemas que se les presentan y suelen dar, en definitiva, soluciones similares. La teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndolo en contacto con el caso y regulando esta comunicación, por lo que una concepción de la teoría del delito que guarde relación con los imperativos constitucionales, ha de intentar superar una caracterización puramente formal de la infracción criminal. Ello no supone, obviamente, que la determinación del contenido del derecho penal haya de realizarse al margen del ordenamiento positivo, sino que, partiendo de él, ha de trascender el nivel de análisis formal, pues, la misma debe tener como objeto exclusivo el derecho positivo, pero no como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y a cuya modificación estructural debe cooperar el jurista sin que con ello exceda los límites de su competencia”.¹

Lo anterior implica que un mínimo de racionalidad en la utilización del derecho penal trae como consecuencia la afirmación de que, según se ha visto, si las acciones penales se caracterizan por su contenido aflictivo, su utilización debe reservarse para las conductas que produzcan una grave perturbación de la vida social, porque el rasgo que diferencia las acciones que son consideradas delictivas de los

¹Arroyo Zapatero, Juan Alberto. **Control constitucional del derecho y de la justicia penal**, Pág. 385



comportamientos antijurídicos objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico radica, por tanto, en su gravedad, la cual reposa en un doble juicio de valor que recae sobre la importancia del bien jurídico como valoración positiva y sobre la gravedad del ataque en una valoración negativa y que, sistemáticamente, tendrá reflejo en el contenido del tipo del injusto, en donde el resultado de este doble juicio de valor ha de ponerse en relación con los medios de que dispone el Estado para asegurar el funcionamiento y desarrollo del sistema social.

“Desde otra perspectiva, debe tenerse presente que los citados juicios de desvalor son un producto histórico, en el que convergen una serie de factores determinantes de los criterios de selección de los intereses tutelados y del grado de intensidad de la tutela. Así, las peculiaridades del modelo estatal, que responden a la influencia de factores culturales, de estructura económica, nivel de desarrollo, etc. Determinan la historicidad del concepto de delito. Historicidad que, a su vez, se apoya en el distinto contenido de los modelos sociales, afectando a la totalidad del sistema penal, aunque se manifiesta más acusadamente en ámbitos muy específicos como pueden ser los delitos políticos, los sexuales o los económicos. Entre estos factores, juegan también un papel relevante los componentes de irracionales que subyacen en cada sociedad. Ello introduce un componente de irracionalidad en la selección de las conductas que deben ser evitadas, pero debe tenerse en cuenta que los factores de irracionalidad disminuyen en proporción directa al grado de formación cultural de la sociedad”.²

² *Ibid*, Pág.386.

Desde luego, estos factores deben desaparecer tendencialmente si se aspira a un mínimo de coherencia que haga reservar la intervención penal sólo para asegurar los bienes jurídicos estimados imprescindibles, porque el estudio del derecho penal desde la perspectiva de su consideración como instrumento de control social no puede ignorar los datos que aporta el examen del contenido de los procesos de selección social, tanto en los denominados procesos de criminalización primaria; es decir, la selección de los comportamientos criminales, como de los de criminalización secundaria, es decir, el control ejercido por las distintas instancias que tienen a su cargo la aplicación de la norma penal, fundamentalmente jueces y policías, por eso es que las conclusiones críticas que en muchos casos se derivan de este examen han de tenerse en cuenta al plantearse el estudio de los caracteres generales del delito y sus consecuencias jurídicas.

1.1. La necesidad de un conocimiento sistemático de la teoría general del delito

La teoría del delito es la disciplina que se ocupa de la sistematización, interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal.

“Se trata de un conocimiento inseparablemente vinculado a la idea de sistema; es decir, a una ordenación lógica de los conocimientos propuestos. El que la teoría del delito pueda proporcionar seguridad y racionalidad depende en gran medida del

nivel de desarrollo que haya sido alcanzado en el estudio del sistema. En la dogmática jurídico-penal y en la teoría del delito en particular, el contenido de los enunciados usados son de tres tipos: términos jurídicos definidos legalmente, términos técnicos dotados de un contenido sumamente abstracto -como el de injusto e imputación- y conceptos procedentes del lenguaje común a los que se atribuyen determinado efectos jurídicos. Una de las tareas más difíciles en la construcción sistemática de la ciencia penal la constituye, precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre si independientes y comprensivas. Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos”.³

En otros términos, la teoría del delito no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proporciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que la componen en un todo ordenado y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión de las categorías concretas.

No obstante, no se puede caer en la tentación de orientar la sistematización de la ciencia penal según un modelo axiomático cerrado, en el que la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales de las que pueden derivarse todos los demás enunciados.

³ Velásquez Velásquez, Diego Augusto. *Derecho Penal*, Pág. 132.

“El razonamiento sistemático es una tarea irrenunciable para una cultura jurídica que pretenda estar libre de contradicciones internas. Sin embargo, la apertura del sistema no lleva, por otra parte, a no sobrevalorar los logros obtenidos, de modo que la aparición de nuevos problemas deberán provocar una saludable revisión y puesta a prueba de la sistematización alcanzada”.⁴

Dada la enorme complejidad de la sociedad humana, que hasta ahora ni siquiera ha sido posible ser evaluada empíricamente, se propone un sistema de análisis abierto. Un modelo, que, en suma, no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él y no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas; por esta razón, la indeterminación del lenguaje ordinario, que usualmente se ha considerado como un inconveniente a la hora de interpretar determinados elementos normativos del tipo, debe verse como una posibilidad de apertura del sistema a nuevas valoraciones sociales.

“Lo anterior no implica que en la moderna teoría del delito exista un acuerdo en lo relativo a la denominación de sus elementos substanciales. En efecto, un penalista de los años treinta y otro de los noventa no dudarían en definir el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, además de la eventual integración de otros componentes de la punibilidad. Se podría incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran grandes discrepancias. Así la exigencia de una conducta humana evidencia un determinado comportamiento

⁴ Ibid.

dominado o al menos dominable por la voluntad. De esta suerte, no son acciones en sentido jurídico-penal los efectos producidos por las fuerzas de la naturaleza, los animales o las personas jurídicas; asimismo, los meros pensamientos, las actitudes internas o, en definitiva, cualquier acto que escape al control de la voluntad. En segundo lugar, el principio de legalidad se proyecta sobre la teoría del delito exigiendo la tipicidad de esa conducta, es decir, que está prevista en la ley. Por eso, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles. La exigencia de la antijuridicidad se deriva de que a veces la conducta se realiza bajo condiciones que la justifican. Esas condiciones, denominadas causas de justificación, proceden de todo el ordenamiento jurídico. Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor. Para ello constituye un presupuesto ineludible determinar la imputabilidad o capacidad de responsabilidad del mismo y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen, por ejemplo, la presencia de un error invencible de prohibición o el estado de necesidad exculpante; precisamente, exigir que estas nociones se encuentren libres de contradicciones internas, que sean entre si independientes y comprensivas. Precisar semántica y sintácticamente su contenido es un ejercicio que permite alcanzar una mayor claridad sobre los supuestos jurídicos”.⁵

Dicho de otra manera, la teoría del delito no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que

⁵ *Ibid*, pág. 135.



intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que la componen en un todo ordenado y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión de las categorías concretas, puesto que las categorías básicas han sido paulatinamente elaboradas por la doctrina a lo largo de décadas de discusión científica. Así el concepto de acción aparece por primera vez en 1857 como fundamento de la teoría del delito.

“La exigencia de un reconocimiento de la antijuricidad material independiente del concepto de culpabilidad es formulado por von Jhering en 1867; el concepto de tipo se debe a Beling quien lo acuña en 1906. Por último, la evolución del sistema en su totalidad he contado en la primera mitad del siglo XX con impulsos tan decisivos como los de Franz von Liszt y Ernest Beling, Max Mayer y Edmund Mezger, así como los de Hans Welzel el fundador de la teoría final de la acción. En la actualidad, se impone una noción funcional de la teoría del delito siendo su máximo representante Claus Roxin”.⁶

Estos factores han determinado que el objeto y en especial el contenido de la teoría del delito no han sido siempre los mismos. En efecto, dejando de lado las primeras manifestaciones del análisis del delito, se encuentran que en la evolución de la dogmática y la metodología para interpretar el delito han existido dos grandes corrientes metodológicas, siendo la primera la formalista o positiva, en la que encuentra asiento el causalismo, luego asume una postura crítica la postura finalista,

⁶ Terradillos Basoco, Manuel. *Peligrosidad social y estado de derecho*, Pág. 28.

la cual pretende modificar el enfoque anterior, introduciendo consideraciones valorativas.

“El ordenamiento jurídico en general y el derecho penal en particular, no puede ser entendidos al margen de un determinado sistema social, pues las conductas esperadas en una determinada sociedad son frutos de las relaciones de poder que se dan en la misma. Por tanto, se puede asegurar que el contenido del tipo de injusto atribuido por las distintas corrientes del pensamiento dogmático refleja la elección de un determinado modelo político. Así, el positivismo formal esta en estrecha conexión con la idea de Estado de derecho en donde el juego del principio de legalidad proporciona seguridad al vincular al juez a conceptos sistemáticos sencillos y comparables. Más tarde, el finalismo abandona los excesos de abstracción característicos de las etapas precedentes erigiendo el ser real de la acción humana en concepto central de la teoría del delito. Con ello se refuerza el contenido del Estado de derecho en el ámbito del derecho penal. Por último, la constante valoración político-criminal del quehacer dogmático, propia del último tercio de este siglo, posibilita una rigurosa adecuación de la norma penal al contenido material de la Constitución. El formalismo responde a una concepción dogmática propia del positivismo jurídico, para el cual el objeto de análisis y sistematización de la teoría del delito no es otra que el derecho positivo”.⁷

⁷ *Ibíd.*, pág., 29.



Estos aspectos significan que estas doctrinas pretenden abordar todos los problemas del derecho penal con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo de la dogmática cualquier valoración social o filosófica, en donde la primera aparece así como un producto en exceso formal que no recoge la infinidad de matices característicos del comportamiento humano, por lo que el sistema construido de este modo gana en claridad y simpleza a costa de impedir la necesaria adaptación jurídica a la evolución social.

Esta falta de conexión entre la dogmática y la política criminal, se construye en base a un método sumamente abstracto; el mismo consiste en inducir directamente del contenido del texto legal aquellos principios que permitirán establecer no solo el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino también facilitar la solución de las dudas interpretativas o la necesaria tarea de colmar las lagunas legales existentes.

“El finalismo, elaborado en la década de los treinta por Welzel, implica una superación del pensamiento logícista y abstracto propio de la época precedente. El objeto de estudio de la dogmática finalista ya no se ocupa de lo contingente como es el derecho positivo o atiende a valoraciones de contenido sociológico, sino que centra su exclusiva atención en lo que permanece. El contenido de esta permanencia lo forma las llamadas estructuras lógico-objetivas que son previas a toda regulación jurídica y aparecen como una propiedad del ser que posee en si los contenidos de sentido. Ello quiere decir, que las mismas mantienen con cualquier

tipo de regulación social o jurídica una relación de necesidad, porque la naturaleza de la cosa, vincula objetivamente las libres posibilidades de regulación del legislador, por lo que desde una perspectiva filosófica, el finalismo adopta un punto de vista epistemológico radicalmente distinto al seguido por el neokantismo”.⁸

Lamentablemente este método de verificación, al no ser controlable desde un punto de vista racional no es fiable, ya que queda regalado al ámbito de las proporciones Indecidibles, debido a lo cual la mayoría de los finalistas actuales renuncian sin más a la fundamentación valorativa del sistema conformando una corriente de opinión que integra lo que considera los mejores aportes de cada una de esas escuelas para generar una visión moderna de la teoría del delito.

Esta nueva aportación considera que el fin primordial del derecho penal y de la teoría del delito debe estar orientado a garantizar la protección de la sociedad a partir de una identidad normativa con la Constitución Política, para lo cual se deben realizar las tipificaciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado a través de la pena, por lo que le pide a la doctrina que normativice todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente valorativo.

“Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo operar, tanto en aquella versión en la que la

⁸ *Ibid*, pág. 31.

acción ya no es expresión de sentido (sino un menor proceso psico-físico), cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma. Este proceso de reforestación normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la teoría pura del derecho de Kelsen, en los trabajos sobre la validez normativa de Max Weber y en la teoría de los sistemas de Luhmann, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del que hacer dogmático. Valga decir, que al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser”.⁹

Lo anterior, explicado de manera más sencilla, quiere decir que al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto, por lo que su concepción del derecho penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este derecho, lo cual se reduce a la elaboración de conceptos formalizados faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad, lo cual conduce a una inevitable argumentación repetitiva o circular que exige, a la postre, ser rellenada de puras discusiones.

⁹ Silvia Sánchez, Ramón Augusto. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Pág. 25.

1.2 La teoría del delito en el derecho penal guatemalteco

La teoría del delito tiene como principal objetivo precisar el concepto del delito, ya que este es su objeto de estudio, por lo que este tema es de especial importancia para el juez dentro del proceso penal, porque es la autoridad que recibe las actuaciones y le corresponde hacer la primera evaluación de los hechos, para determinar si encuadra dentro del concepto del delito, pues la dogmática jurídico-penal establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación.

De acuerdo al Artículo 11 del Código Penal guatemalteco, el delito doloso es cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

El Artículo 12 del mismo Código, indica que el delito culposo es cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia; mientras que el Artículo 13 indica que el delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación.

Tomando en cuenta lo establecido en la parte doctrinaria de este capítulo y lo transcrito acerca de lo regulado en la legislación penal vigente, se entiende que el delito en el Código Penal es una conducta humana individualizada mediante un



dispositivo legal que resuelve su prohibición, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico es contraria al orden jurídico y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable, en donde el injusto revela el disvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adhiere por una especial condición del autor.

Este reproche al autor se debe a que existe una relación de causalidad de acción a resultado, a partir de establecerse o determinarse la relación para que se le pueda imputar el resultado al autor como producto de su acción.

En el caso del sujeto del delito, la doctrina generalmente se refiere a quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre del sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, que sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo u ofendido.

“En legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos. Sin embargo con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora podemos decir que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada, sino por una



persona humana. Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que lo comete directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario”.¹⁰

Por aparte el objeto del delito es todo ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal. Es todo aquello sobre lo que se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y al cual se refiere la conducta del sujeto activo. Sus contenidos son: las personas individuales o jurídicas, los animales y los objetos inanimados.

De acuerdo a la manera de actuar se pueden dar delitos de acción o comisión, de comisión por omisión, de pura omisión, así como de pura actividad. El primero sucede cuando la conducta humana consiste en hacer algo que infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva; es decir, son delitos de acción cometidos mediante una omisión; el tercer caso ocurre cuando la conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva que ordena hacer algo; mientras que en el último caso requiere de un cambio en el mundo exterior, por lo que es suficiente la condición humana.

Se hace referencia a dos clases de elementos del delito, los cuales son positivos o negativos, los primeros conforman al delito y los segundos hacen que jurídicamente no exista delito.

¹⁰ Serrano-Piedecabras, Humberto Daniel. *Fundamentos de la punibilidad de la tentativa*, Pág. 54.

“a) Elementos positivos:

- La acción o conducta humana,
- La tipicidad,
- La antijuricidad o antijuridicidad,
- La culpabilidad,
- La imputabilidad,
- Las condiciones objetivas de punibilidad,
- La punibilidad.

b. Elementos negativos:

- Falta de acción,
- La atipicidad o ausencia de tipo,
- Las causas de justificación,
- Las causas de inculpabilidad,
- Las causas de inimputabilidad,
- La falta de condiciones objetivas de punibilidad,
- Las causas de exclusión de la pena o excusas absolutivas”.¹¹

La legislación guatemalteca al referirse a los elementos negativos del delito lo hace como causas que eximen de responsabilidad penal, así:

¹¹ *Ibid*, pág. 55.

Causas de inimputabilidad. Artículo 23 del Código Penal.

- Minoría de edad,
- Trastorno mental transitorio.

b) Causas de justificación. Artículo 24 del Código Penal.

- Legítima defensa,
- Estado de necesidad,
- Legítimo ejercicio de un derecho.

c) Causas de inculpabilidad.

- Miedo invencible,
- Fuerza exterior,
- Error,
- Obediencia debida,
- Omisión justificada.

Los elementos accidentales del delito, los regula como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, ya sean atenuantes o agravantes. Artículos 26 y 27 del Código Penal.



No podrán ser delitos ni el pensamiento, ni las ideas, ni la intención sino se traduce en actos externos, los cuales implican una acción propiamente dicha o una acción por omisión, siendo las que tienen interés para la teoría del delito y al derecho penal las acciones típicas, las cuales se encuentran especificadas en la parte especial del Código Penal, para individualizar una conducta. Aquella conducta que reúne varios requisitos se llamará por ejemplo: parricidio. Todos esos elementos son los tipos. Para el principio de legalidad, para que se dé un delito tiene que cumplirse cada uno de los tipos o elementos que estén en el Código Penal.

El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección a la vida que describe el Artículo 123 del Código Penal. La prohibición de robar es una consecuencia de la protección que el Estado da a la propiedad, la cual se describe en el Artículo 251 del mismo Código. En ambos ejemplos, el desvalor de la acción se deriva del desvalor del resultado, por lo que la protección a esos valores, por medio de la norma penal, solo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos.



CAPÍTULO II

2. La eficacia del derecho penal

Si se observa que el Estado es quien concibe la ley y quien dicta el orden a seguir, resulta lógico pensar que no producirá actos contrarios a sí mismo, sino que realizara todos aquellos que le impulsen; esto, con base a sus propias necesidades de preservación, para lo cual creará las estructuras de su propio desarrollo, las cuales se sustentarán en un ordenamiento jurídico creado y pensado en función social.

“Antes, Heródoto había dicho que las leyes son sólo convenciones, dependientes de lo que la polis crea o convenga. Resulta consecuente pensar que el ordenamiento contenido en las leyes solo es reflejo de un determinado tiempo y lugar, dependiendo de relaciones de poder y más aún, de la conciencia que tenga hegemonía en ese espacio-tiempo determinado; por ello, sería hipócrita o ingenuo creer que la ley se ha hecho para todo el mundo en nombre de todo el mundo; es más prudente reconocer que se ha hecho para algunos y que recae sobre otros. Esa conciencia hegemónica representada hoy por el Estado moderno, necesita para su preservación, más que el poder, precisa de control, el cual es equivalente a un poder neto o eficiente; es un poder de intensidad tal que consigue vencer al conjunto de fuerzas –conciencias- que se le oponen. Control que significa no solo conseguir obediencia, sino que penetra en los sujetos, los construye, los crea; para ello, es



necesario atacar las conciencias y no solo los cuerpos; entonces, resulta obligado concebir ideologías, ya que estas generan disciplina, la cual fabrica cuerpos sometidos y dóciles; la disciplina es una anatomía política del detalle. Detalles que implican conocimiento, un saber que va permitiendo un ejercicio más preciso, más contundente y eficaz del control. Control que se dispersa a través de todo el tejido social, se vuelve algo aceptado, cotidiano para el hombre en su desarrollo y que mantiene el consenso”¹².

Es por esto que la evolución del derecho penal, la potestad punitiva o *ius puniendi* es aquella facultad que corresponde al Estado de imponer penas o medida de seguridad ante la comisión de delitos, aunque ha habido diversas posturas negadoras de esta legitimación material, lo cual incluye a la tesis anarquista negadora de la legitimación del Estado y del derecho; la tesis marxista, que propugnan a largo plazo la descripción del Estado con la desaparición de las clases sociales o posturas extremadamente críticas que sostienen que el derecho penal solo es necesario porque se necesita a los delincuentes o se necesita la descarga de violencia en los delincuentes. En cualquier caso lo que fundamenta el recurso al derecho penal es su ineludible necesidad para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de los bienes jurídicos.

“El principio de legalidad de los delitos y penas, ha supuesto que solo la ley aprobada por el Parlamento o Congreso puede definir las conductas que se

¹² Gómez Benítez, Ignacio de Jesús. **Causalidad, imputación y cualificación por el resultado**, Pág. 102.

consideran delictivas y establecer sus penas; sin embargo, posteriormente se ha ampliado el principio de legalidad penal a la previsión legal de los estados peligros y las medidas de seguridad, en donde esta garantía tiene un evidente fundamento político-constitucional, la cual se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano; pero igualmente encaja en las exigencias del Estado democrático, en cuanto que ha de ser precisamente la representación del pueblo, la única instancia legítima para decidir sobre una cuestión de tan graves repercusiones como la creación de la responsabilidad penal”.¹³

La garantía de libertad, se completa con la exigencia de que la responsabilidad penal solo se puede apreciar en sentencia firme. Este principio se puede derivar también del fundamento funcional de la necesidad del derecho penal para la previsión de delitos, que a su vez implica el principio de eficacia o idoneidad, pues el principio de legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención general.

Según este principio, el derecho penal solo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos, por lo que el legislador no está facultado en absoluto para castigar solo por su inmoralidad o su desviación, así como por la marginalidad conductas que no afectan a bienes jurídicos.

¹³ *Ibid*, pag. 103.



Este límite se desprende del fundamento funcional del principio general de necesidad de la pena para la protección de la sociedad, pues recurrir a algo tan grave como la sanción penal frente a conductas que no ataquen bienes jurídicos, sería innecesario porque en todo caso basta con medios extrapenales.

Asimismo, se encuentra el principio de subsidiariedad, de intervención mínima, de ultima ratio y de carácter fragmentario, en donde el derecho penal ha de ser la última razón o el último recurso al que hay que acudir a falta de otros medios lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso y no se debe utilizar aquellos.

“Aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del derecho civil, del derecho público o incluso medios extrajurídicas, ha de retraerse el derecho penal, pues su intervención –con la dureza de sus medios- innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras. En estrecha conexión con tal principio está el llamado carácter fragmentario del derecho penal según el cual, este no ha de proteger todos los bienes jurídicos, no penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes”.¹⁴

¹⁴ *Ibid*, pág. 103.



Lo expuesto significa que, de acuerdo al principio de eficacia o idoneidad, el derecho penal solo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito y, por lo tanto, hay que renunciar a su intervención cuando sea política y criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente para evitar delitos.

“En relación a la proporcionalidad, se entiende que este principio se orienta a indicar la gravedad de la pena, la cual ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. Aquí cuenta fundamentalmente la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción, pero también puede influir la gravedad extrínseca del hecho; esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción”.¹⁵

Se trata de que si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave, lo cual también se aplica en el caso de las medidas de seguridad, porque las mismas deben ser proporcionales a la gravedad del delito, porque de lo contrario se perdería el sentido sancionador de la pena y el significado de la alternativa a la sanción penal.

De lo anterior, se desprende el concepto de culpabilidad, el cual se fundamenta por la limitación de que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser

¹⁵ Basoco, Ángel Teodoro. **Derecho penal**, Pág. 58.

proporcional al grado de culpabilidad, normal o disimulada, pues si un sujeto es culpable al cometer un hecho, es necesario la pena para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, que saben que son culpables y es comprendida por la sociedad; además la prevención general es eficaz frente a los inculpables.

“Por su parte, la responsabilidad subjetiva, supone dos exigencias: que no puede haber pena sin dolor ni imprudencia y que, en caso de haber alguna de esas formas de desvalor de acción, la pena he de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción, por lo que, como regla general la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos que la comisión dolosa; porque la responsabilidad personal significa que solo se puede responder por los hechos propios y no por los hechos ajenos en los que no tenga ninguna influencia ni responsabilidad el sujeto”.¹⁶

Estos elementos se encuentran vinculados a los principios de culpabilidad y responsabilidad subjetiva, en donde se busca la exigencia de un auténtico injusto típico, de realización personal directa, mediata o de colaboración personal en un tipo de injusto, con su parte tanto objetiva como subjetiva.

En otras palabras, se trata de la exigencia de autoría o participación, teniendo como excepciones al mismo, la exigencia de responsabilidad por omisión de impedir

¹⁶ *Ibid.*

delitos graves de otros o por otras omisiones; así como la responsabilidad de personas físicas por hechos de personas jurídicas.

Asimismo, se integra a los elementos anteriores el principio de humanidad, el cual marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido afflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas, de ahí que se prohíben las penas y medidas inhumanas o degradantes.

“Podemos afirmar que la búsqueda de un sistema de justicia penal democrático es y será la búsqueda de la democracia dentro del Estado. A lo largo de la historia del Estado moderno, las sociedades han buscado el equilibrio adecuado entre el derecho y el poder. Ese punto de equilibrio como ha dicho Binder es el Estado de derecho, en el cual se armoniza el poder de derecho, de modo tal, que este aparece como un límite al poder, porque no puede existir un Estado democrático sin una organización democrática de todas sus estructuras e instituciones. Por ello, todas aquellas instituciones que tengan que ver con la organización y el funcionamiento de la justicia penal, necesariamente deben transformarse en un proceso constante de democratización. Esto es esencial, por cuanto a través de esta se somete al individuo al poder coercitivo del Estado con graves afectaciones de sus derechos constitucionales y no es posible, que tal poder coercitivo quede sin límites necesarios al ejercicio del poder”.¹⁷

¹⁷ *Ibid*, pág. 59.

Cuando el autor habla de equilibrio, no está pensando en la estabilización social y en la búsqueda de justificaciones de las desigualdades sociales, por el contrario es un punto de equilibrio pleno de energía y en constante ebullición, dado que al encontrarse derecho y poder, en él se concentran todas las contradicciones y la complejidad social. Es, por decirlo así, un equilibrio generador de nuevas contradicciones de nuevas desadaptaciones, que requiere ser constantemente mantenido a través de un consenso real y efectivo, no formal ni meramente institucional.

En la búsqueda de ese equilibrio y de la eficacia del sistema penal, se encuentran esencialmente dos grandes respuestas: una estática, formal-instrumental o normativa-funcionalista y otra, dinámica, crítica e integradora de las diversas visiones de las ciencias sociales.

“El equilibrio debe ser la armonía del derecho penal, del derecho procesal penal y de las políticas criminológicas. Esto depende al mismo tiempo de la capacidad de los estados y de la teoría para armonizar adecuadamente tres sistemas complejos, constitutivos de una misma realidad social. Estos tres, dada su naturaleza social están llenos de contradicciones y sometidos al crecimiento de la complejidad de las relaciones sociales y de las ideas y conceptos producidos en el ámbito jurídico-penal, criminológico y procesal y en otras áreas del saber humano. Por ello, el encontrarse estos tres sistemas, es decir sus teorías, sus prácticas judiciales y administrativas, los procesos de creación de leyes y reglamentos, todo se desarrolla



dentro de un complejo juego de intereses que corresponden al juego del poder y al derecho, del cual surge el consenso y el diseño, la estabilización y la desestabilización, la construcción y la desconstrucción. De este movimiento asimétrico surge el sistema de justicia penal, el cual aspiramos a perfeccionar como una meta permanente de cualquier sociedad. Los modelos teóricos nos sirven de orientación, la práctica social nos da la experiencia. De ambos debe surgir el sistema basado en la reflexión y en comunicación de los sectores involucrados. En otras palabras, en cada Estado, los resultados del equilibrio serán la respuesta que cada sociedad formule según su organización y a sus concepciones del mundo. No se trata de un equilibrio basado en un consenso formal-institucional, sino esencialmente en un consenso real que incorpora las contradicciones sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas, etc. a fin de que estas sean ajustadas por los agentes encargados de realizar cada una de las tres políticas esenciales: la pena, la procesal-judicial y la criminológica. La simple institucionalidad por si sola es incapaz de lograr ese punto adecuado por cuanto el intercambio de los agentes oficiales no garantiza por si solo la regeneración del sistema sino que, por el contrario, los intereses limitados en juego tienden a legitimar sus acciones y al mismo tiempo autojustificarse como parte del aparato penal-oficial".¹⁸

Se entiende, entonces, que, de la relación estrecha e inevitable entre el derecho penal y el derecho procesal penal, surge la responsabilidad en la definición de la política criminal como ejes estructuradores de lo que se ha denominado el sistema

¹⁸ Terradillos. **Ob. Cit**, pág. 39.

de justicia penal, en donde esta relación no puede ser pensada ni dedicada únicamente a niveles oficiales, por cuanto estos representan una parte del problema e implican una visión muy limitada de la problemática penal y criminológica, por lo que es necesario que se amplíen los espacios de participación y discusión para que esa relación genere y regenere esa responsabilidad, que compete a todos los ciudadanos.

Lo anterior se debe a que a lo largo de la historia las repuestas sobre la eficacia del mejor sistema se han situado entre dos grandes corrientes, una que se le denomina respuesta estática y la otra es la orientación dinámica.

“Podemos afirmar que la respuesta estática se ha sustentado en una visión instrumentalizada de la norma y de las funciones del sistema judicial, al concebir el sistema penal en base a una racionalidad funcionalista-instrumental, lo que significa concebir la norma jurídica, el orden, la organización política y las relaciones sociales desde una perspectiva parcializada y parcelizada y que ha sido uno de los caracteres esenciales de la sociedad moderna. Se ha parcelizado el conocimiento, se ha parcelizado la sociedad y se ha parcializado la norma, aislándola de sus contenidos esenciales (sociológico, antropológico y biológico) y que corresponde al politeísmo de valores en la medida que la sociedad se esparce en diversas esferas autónomas. La separación más importante ocurrida en el seno de la sociedad occidental, puesta de relieve por Weber y Habermas, fue entre la sociedad civil y el Estado, los cuales fueron considerados como entidades ontológicas diferentes, lo



que dio como resultado su incomunicación real. Esta comunicación fue suplida a través de la comunicación formal, controlada u oficial, es decir, a través de sistemas formales institucionales. Desde luego los sistemas penales ni pudieron escapar a esta dirección”.¹⁹

Se entiende que esta concepción, sin la menor duda, ha pesado en la creación de los sistemas penales, los cuales se fundamentan en el ejercicio del poder coercitivo del Estado, en donde se entiende que el sistema penal es de una u otra manera, la legitimación del poder de control social, necesario para la defensa y sobrevivencia de todo sistema social.

“Así se explica cómo los sistemas penales fueron concebidos para disciplinar a los ciudadanos, en la medida que los grupos que ejercen el poder requieren del sistema penal para legitimar ese control. Esto se logra en todos los niveles de los procesos de criminalización (primaria y secundaria), en donde el control opera no solo a través de sistemas formales (institucionales) sino a través se una serie de actividades informales ampliamente desarrolladas y fundadas en hábitos, concepciones, ideas, prácticas y estereotipos que yacen en nuestra cultura y que en alguna medida influyen en nuestras acciones y desde luego en nuestras concepciones. El sistema judicial penal no ha escapado tampoco a esta actividad informal que muchas veces tiene más relevancia en el ejercicio del poder”.²⁰

¹⁹ Serrano-piedecabras, Antonio de Jesús. **Ob. Cit.** Pág. 243.

²⁰ **Ibid**, pág. 244.



Estos estereotipos son parte de las prácticas informales, ampliamente arraigadas en el sistema penal guatemalteco, los cuales entorpecen grandemente las metas democratizadoras que ha venido impulsando la sociedad guatemalteca, lo cual incluye a todo el aparato judicial, lo cual crea a veces enormes vacíos entre las políticas criminológicas y la realidad del modelo criminológico del país.

“El sistema dinámico o abierto significa que a los sistemas de justicia penal, podemos explicarlos dentro de una perspectiva dinámica e interrogadora; es decir, sometiendo el fenómeno penal-criminológico y procesal, al análisis crítico de las diversas áreas del conocimiento en las ciencias sociales. Desde luego en esta línea de pensamiento estamos siguiendo la herencia de la teoría crítica del Derecho de Michel Miaile y de los latinoamericanos Enrique Mari, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz y otros tantos más.

Esta perspectiva se sitúa desde luego dentro de una visión evolutiva de lo social que se resiste a reducir el fenómeno penal o procesal penal a una simple normativa o a un simple fenómeno aislado de los demás componentes sociales, antropológicos y biológicos. Dentro de esta perspectiva se enfoca la política criminal como un fenómeno social, para seguir las ideas de Binder, sin que ello implique el abandono del carácter descriptivo de los otros niveles en que tal política pueda ser considerada. No podemos, obviamente, pensar que basta con enfocar tales políticas desde una perspectiva sociológica, para encontrar la mejor respuesta. También es necesario considerar las creaciones teorico-positivistas en la medida que estas son

el resultado de un proceso social. Son parte del quehacer humano. Son la ideas sobre el derecho, que no obstante su grado de abstracción, han sido producidas dentro de un contexto social; es decir, dentro de un complejo proceso de interacción objeto-sujeto”.²¹

Esta propuesta dinámica se sustenta en la necesidad de conceptualizar todos los sistemas sociales dentro de una visión amplia, integradora y regeneradora, lo cual permite pensar en un sistema de justicia penal más dinámico, más eficaz con respecto a la obtención de sus fines y la protección de los derechos de los individuos, lo cual, para ellos, implica una nueva manera de pensar el sistema penal, en donde es necesario buscar una nueva racionalidad que oriente los procesos de construcción de los sistemas penales y que conduzca de manera efectiva a un mayor control del poder político, lo cual se logra a través de:

- “- Un reforzamiento del Estado de derecho que garantice mecanismos no solo formales, sino que estos sean efectivos en la protección de los derechos humanos de todos los sujetos que intervienen en el proceso;
- Un equilibrio adecuado entre el sistema penal, el sistema procesal penal y la administración de justicia.
- Una nueva redefinición de las concepciones y principios penales que permitan concebir nuevas modalidades de resolver los conflictos penales acordes con las nuevas corrientes que propugnan por una redefinición de las políticas

²¹ *Ibid*, pag 248



criminales y del derecho penal, especialmente las corrientes garantistas y abolicionista”.²²

Desde este enfoque democrático, se supone que la visión dinámica señala la importancia de impulsar una mayor comunicación entre los agentes que participan en el proceso penal, así como entre éste como institución social y los agentes encargados de diseñar las políticas criminológicas.

Esta nueva cultura que se va abriendo paso desde que se firmaron los acuerdos de paz en Guatemala, promueve nuevas formas de dominación y de legitimación y nuevas manifestaciones de la delincuencia, cuyas consecuencias son inevitables para los sistemas penales, en donde el mayor riesgo es para el Estado el cual comienza a ser sobrepasado por el desarrollo tecnológico y por las redes económicas y financieras; las cuales, a su vez, generan nuevas formas de criminalidad que no se encontraban presentes en el siglo XX.

2.1 El sistema procesal penal frente a la nueva complejidad

Los sistemas procesales penales a lo largo de la historia han evolucionado entre dos sistemas; siendo uno propuesto por establecer un sistema de garantías y resguardo frente al uso de la fuerza estatal, en donde su objetivo es esencialmente proteger la libertad y la dignidad de la persona; mientras que el otro, tiende a lograr una

²² Moreno Carrasco .Rueda García, Luis Felipe. **Código penal de El Salvador comentado**, Pág. 143

aplicación efectiva de la coerción penal, por lo que se orienta a lograr la mayor eficiencia en la aplicación de la fuerza estatal.

“La oposición ente estas dos perspectivas corresponde, como lo ha señalado Binder, al a oposición entre poder y derecho. Sin embargo esta oposición pude tender a debilitarse en perjuicio del ciudadano en la nueva conformación que toma la sociedad. Nuevas formas de complejidad y de dominación surgen, cada vez más alejadas del control estatal. Esta nueva recomposición puede generar nuevos comportamientos, capaces de violentar los derechos humanos de toda generación y dejando así a los sistemas penales desprotegidos, que en última instancia recurrirán al endurecimiento de las penas”.²³

La construcción de los sistemas procesales en el orden penal en Latinoamérica, desde la década de 1980, se ha dedicado a una recomposición se sus principios y reglas dado que los mismos, junto con las reglas y métodos del derecho tradicional resultan rígidos, impidiendo encontrar el equilibrio adecuado entre el derecho y el poder del Estado.

Por eso es que los cambios propuestos surgen a partir de considerar que el derecho es sumamente dinámico al grado que impulsa una nueva lógica capaz de integrar el respeto de los derechos del individuo, la eficacia procesal en cuanto al cumplimiento de sus fines y los de la democracia en general.

²³ Ibid, pág. 144.



De igual manera, la creación de tipos penales en relación con los nuevos riesgos que imperan en la sociedad mundial en general y en la guatemalteca en particular, ha de limitarse a supuestos en que se trate de bienes jurídicos merecedores, necesitados y susceptibles de aportación penal, por lo que actualmente se acepta un criterio de legitimación de la pena, que responde a una justificación basada en criterios utilitaristas, en donde la presencia de un bien jurídico digno de protección y necesitado de la misma no resulta siempre para legitimar la intervención penal, sino que deben también considerarse los posibles efectos que producirá la norma penal, porque si el objeto del derecho penal es la protección de ciertos bienes jurídicos fundamentales, su legitimación deberá valorarse en relación con la efectiva protección que se les pueda brindar.

“Otros efectos benéficos de la norma penal nos serían suficientes para justificarla. Por lo tanto el derecho penal meramente simbólico constituye un ejercicio ilegítimo de la potestad penal, con consecuencia que a largo plazo atentan contra la propia funcionalidad del sistema penal. Por eso es que en los países de nuestro entorno cultural y jurídico existe una tendencia más o menos generalizada a la extensión del derecho penal, especialmente en relación con algunas materias o actividades tradicionales reguladas por otras ramas del ordenamiento jurídico. En algunos ámbitos, el proceso de creación de nuevos tipos penales constituye un desarrollo perfectamente normal y lógico del sistema. No se puede desconocer que el derecho penal opera al interior de una sociedad en que las necesidades cambian con el tiempo, en que el hombre desarrolla nuevas actividades y genera nuevos riesgos



para la propia convivencia social, ante los cuales el derecho debe reaccionar. Pero las nuevas modalidades de intervención penal no siempre aparecen convenientemente justificadas. Son muchos los casos en que el Estado recurre al sistema penal con demasiada premura, antes de comprobar si se presenta una verdadera necesidad preventiva de punición y no existen otros mecanismos de control social (necesidad de pena) o si haber valorado la importancia del bien jurídico que pretende proteger, el que ha de ser de una entidad tal que resulte fundamental para el desarrollo y la participación de los sujetos en un orden social (merecimiento de pena). Ahora bien, no nos detendremos en la hipótesis en que falte el merecimiento o la necesidad de la intervención penal, suficiente por si solas para deslegitimar la pretensión de crear nuevos tipos penales, sino que centraremos nuestra atención en un tercer requisito que no sale a la luz tan a menudo como sería deseable y es que además de lo anterior, la creación de nuevos tipos penales sólo es admisible en tanto en cuanto se trate de un bien jurídico susceptible de protección penal”.²⁴

Se trata, entonces, de entender que no todo bien jurídico merecedor y necesitado de protección puede ser objeto de disposiciones penales legítimas. Por una parte, porque el ordenamiento penal, en ocasiones, no cuenta con los mecanismos adecuados para proteger ciertos bienes jurídicos y porque el sistema penal está configurado como un sistema de imputación de conductas lesivas individuales, que no resulta apto para resolver los problemas de carácter sistemático que aquejan a la

²⁴ Ibid, pág. 146.



sociedad, lo cual significa que ante los problemas sociales existentes no siempre debe ser el derecho penal quien debe enfrentarlos, porque sucedería lo que se conoce como la criminalización de las potestades populares, lo cual no es legítimo en un Estado democrático de derecho.

Por lo anterior, es importante comprender que muchos de los nuevos ámbitos en que el derecho penal comienza a intervenir habrían de quedar perfectamente reservados a otros sectores del ordenamiento jurídico que disponen de instrumentos y procedimientos generalmente más eficientes, salvo que el hecho pueda tener una trascendencia de impacto social en donde necesariamente debe intervenir el derecho penal.

2.2. La eficiencia como criterio de legitimación de la intervención penal

En la actualidad, la orientación a los efectos de las normas aparecen como un nuevo criterio de legitimación que ha comenzado a operar ante las transformaciones del Estado contemporáneo, para hacer frente a la crisis de los criterios tradicionales de justificación de las decisiones públicas; esto se debe a que se entiende que las posibilidades de intervención del Estado deben estar respaldadas por los resultados de su gestión y si esto es así en general, como mayor razón en relación con el derecho penal, dado que el mismo constituye la forma más intensa de intervención estatal.



En consecuencia, cualquier decisión legislativa no será justificable solo por la bondad ética de un principio o por su legitimidad democrática, sino que requiere superar ciertos mínimos en cuanto a su realizabilidad, idoneidad y beneficios.

Lo que se exige es que el sistema demuestre que realmente funciona, que produce consecuencias favorables, a la vez que impide las desfavorables, porque lo importante de una ley no es sólo lo que pretende, sino lo que consigue.

Esto quiere decir que aun cuando se tenga un loable objetivo al crear un norma legal, no se trata de su existencia sino de su positivización, lo cual, al no producirse, trae como consecuencia la deslegitimación del sistema, tal como ha sucedido en los últimos años con las políticas criminales del Estado guatemalteco, las cuales han sido varias, pero ninguna ha tenido la efectividad para contrarrestar la criminalidad existente en el país, con lo cual la Policía Nacional Civil ha perdido bastante credibilidad ante la ciudadanía.

“En relación con la pena, en concreto, Alcácer Guirao afirma que su legitimación, relativa ad effectum -que responde a una justificación basada en criterios de racionalidad utilitarista- es aceptada en forma unánime. Eso sí, entendiendo este utilitarismo no tanto en referencia a su vertiente normativa, tomando como la doctrina que aspira al bien concreto de la satisfacción del mayor placer o felicidad para el mayor número, sino más bien a su vertiente ética, concebido así, más genéricamente, como una teoría consecuencialista, como una ética, del resultado,



según la cual, lo correcto se determina a partir del balance de costos/beneficios que la acción o la institución produce con respecto a un bien o fin determinado. El análisis empírico va, entonces, indisolublemente unido a toda racionalidad utilitarista, hasta el punto de que, desde los resultados de dicho análisis, puede llegar a deslegitimarse el fin propuesto de la pena: si, rechazada la justificación absoluta de la pena, sólo la pena útil es la pena legítima, la misma habrá de justificarse, en primer lugar, a partir del hecho fáctico de que es efectiva en orden a dicha utilidad, de que cumple, en el plano de la realidad fáctica, los fines normativamente dispuestos.”²⁵

Ahora bien, para poder realizar una valoración sobre la eficiencia de las normas penales es fundamental delimitar cuáles son, en concreto, los objetivos o beneficios que con ellas se pretenden alcanzar, las finalidades a las que legítimamente puede aspirar el ordenamiento penal. Por eso es que en este trabajo de tesis, se parte de la base de que lo que persigue el derecho penal es la protección de ciertos bienes jurídicos considerados de especial relevancia en el seno de una sociedad, protección que intenta conseguir previniendo las conductas que constituyen las modalidades más graves de ataque contra ellos; es decir, el derecho penal se configura, fundamentalmente, como un sistema de protección de bienes jurídicos, en que los principios de subsidiariedad y uso en última instancia de la pena remiten inequívocamente a la consideración de las consecuencias y de la eficiencia de las decisiones jurídico-penales.

²⁵ Borja Jiménez, Pablo. *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*, Pág. 156.

Al tener presente esta relación se entienden los fundamentos político-constitucionales del derecho penal, puesto que si este se muestra ineficaz, inidóneo o contraproducente será también innecesario y, por tanto, supondría un mal injustificable.

“El principio de necesidad conduce, pues al de utilidad y ambos constituyen exigencias inherentes tanto a la concepción liberal como al Estado social, que requiere una eficaz protección social. Aceptada esta premisa, la consecuencia es que otras funciones que de hecho el derecho penal pueda realizar, no constituyen sus objetivos y, por lo tanto, no justifican los costes que toda decisión incriminatoria trae consigo. Si una norma penal no sirve para proteger un determinado bien jurídico, otros beneficios que ella pueda comportar –en orden al progreso social o la concientización de los ciudadanos respecto de ciertos valores fundamentales-, no serán suficientes para entender que esa norma es verdaderamente eficiente, ni, por consiguiente, legítima”.²⁶

Estas relaciones se manifiestan de esta manera, porque el derecho penal no debe ser utilizado como una herramienta de transformación de la sociedad, para conseguir un mayor progreso social, económico o cultural, pues asignarle esta función promocional sería confundir el ámbito de la política criminal y sus objetivos, con el de la política socioeconómica del Estado y lo que ésta persigue. Pese a que ambas son

²⁶Ibid, pag. 157.



manifestaciones de la política interior del gobierno, los instrumentos por los que se ejercen son diferentes.

Las herramientas con que el derecho penal actúa involucran una intervención demasiado profunda y lesiva como para utilizarlas a modo de motor de cambio social; ellas deben mantenerse en una relación de subsidiariedad respecto de los demás mecanismos de que dispone el Estado para actuar. Lo mismo sucede respecto de una función ético-social, educativa o configuradora de costumbres.

Aunque de hecho las normas penales ejercen una labor de esta clase, ella no justifica una afectación de los derechos de garantía de un ciudadano por imposición de la sanción penal. Esto es lo que sucede cuando se criminaliza una conducta como la violencia intrafamiliar, pero no se determinan otras políticas estatales orientadas a desarmar las prácticas culturales de la sociedad que la tolera y fomenta, queriendo que al atacar el efecto penalmente se cambien las prácticas cotidianas, lo cual muchas veces no sucede porque es un hábito muy enraizado en la población, por lo que la pena y las medidas de seguridad no sirven para crear formas de relacionamiento familiar libres de violencia.

“Formulada la distinción anterior y delimitados los fines legítimos a los que debe tender el derecho penal, es posible y necesario discernir con claridad entre sus efectos instrumentales y simbólicos. Los primeros son aquellos que están directamente vinculados al fin o función de protección de bienes jurídicos, se

relacionan con la capacidad para modificar la realidad social por la prevención de realización de determinados comportamientos. Los segundos, en tanto, están conectados al fin o función de transmitir mensajes o contenidos valorativos, produciendo emociones y representaciones mentales”.²⁷

Sin embargo, en la realidad práctica guatemalteca, siempre existe un efecto simbólico que es inherente a la conminación penal y que no debería resultar problemático en sí mismo, porque, en realidad, buena parte de la dimensión preventiva del derecho penal radica en su significado comunicativo, el cual es parte de la fuerza de que dispone el ordenamiento penal para prevenir las conductas socialmente dañosas. En este sentido, puede concebirse como un valor de tipo instrumental que está en función de otros valores, de los fines del derecho penal.

La situación se torna inadmisiblemente, sin embargo, cuando las disposiciones penales son incapaces de cumplir sus efectos instrumentales legítimos en relación con la protección de bienes jurídicos, en tanto que la función simbólica es su único o principal efecto, tal es el caso de la pena de muerte o el aumento de la pena a delitos de grave impacto social. En estos casos la legislación es producto de la demanda social que no le es propia, porque carece de funciones preventivas que la legitimen y, a largo plazo, perderá la efectividad instrumental que en un principio podría aun conservar, porque de nada sirve estar creando delitos o aumentando la

²⁷ *Ibid*, pág.158.

pena en el país, si la capacidad del Ministerio Público y del sistema de justicia es bastante limitada.

Esto es lo que sucede en relación con algunos nuevos bienes jurídicos colectivos en que la intervención penal se presenta, en muchas ocasiones, más como un modo de reconocerles su carácter fundamental que como un efectivo sistema de protección. Así sucede, en mayor o menor medida, en materias como el medio ambiente, la violencia intrafamiliar o los derechos de los consumidores, los cuales son resultado de apelaciones directas al efecto comunicativo del sistema penal, lo que constituye un intento de concienciación, de utilización ilegítima del instrumento penal como efectos educativos, lo cual ilegitima la actividad legislativa porque, en lo inmediato, puede implicar la privación injustificada o desproporcionada de derechos de un individuo y, a largo plazo, puede tener consecuencias desastrosas para la credibilidad y el funcionamiento del sistema penal en su conjunto, teniendo como resultado la constante denuncia de los sectores acerca de la inoperancia del sistema de justicia.

“Pese a lo afirmado, en la práctica nos encontramos ante un creciente uso y abuso de esos efectos comunicativos-simbólicos. Dado que el derecho penal surge con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales, para ello tiene, al menos, vocación de eficacia y efectividad; el legislador cree en ello y por eso lo utiliza. El problema es que la realidad, en general, se resiste; sus normas no siempre se cumplen y los bienes jurídicos no quedan bien protegidos. Ante esto, la reacción

más frecuente es ofrecer más derecho penal para conseguir una mayor protección. Pero entonces, aun en caso de conseguir la protección que se pretende, la nueva propuesta adolecerá de una menor eficiencia”²⁸.

Cabe precisar que la efectividad del derecho penal se logra cuando consigue su finalidad de proteger un bien jurídico determinado, en tanto que su funcionamiento se puede calificar como eficiente, si además, el beneficio que consigue es superior al costo que genera. Por lo tanto, el análisis de la eficiencia normativa se debe extender a todos los gastos secundarios o indirectos que la aplicación de la norma puede generar y a todos sus efectos, previstos o no. Una decisión inculpativa siempre genera costes sociales, tanto si se aplica como si no. Aun en los supuestos de inaplicación, porque la sola existencia de la norma, en cuanto amenaza para ciertos derechos de los ciudadanos, implica una restricción de su libertad.

“Aunque la repercusión económica de esta situación es muy difícil de cuantificar, la proliferación de figuras típicas de esta clase, en que se manifiesta la sobrevaloración de la seguridad –o libertad de no pasión- frente a la libertad de acción, lleva consigo una reducción generalizada de los espacios de riesgo permitido y un consiguiente incremento de costes en las actividades productivas. Pero aunque los efectos reales de la norma penal no sean los esperados, con la incriminación de ciertas conductas el legislador obtiene, igualmente, la ganancia política de haber respondido a los medios sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más

²⁸ García Rivas, Antonio. *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 231.

radicales. El derecho penal surge, así, como un instrumento económico de política interna eficaz. Esta es una de las razones por las que se han multiplicado figuras típicas con una aptitud muy limitada para la protección de un bien jurídico, que no goza de la implementación necesaria para ser aplicadas o que, en general, no han sido dictadas con pretensión de eficacia. Todos estos constituyen casos de abuso de la función simbólica que el derecho penal puede ejercer, pues esa ganancia política o esa sensación de mayor seguridad –que no es más que una apariencia de seguridad- no pueden alzarse como objetivos del derecho penal”.²⁹

Es de esta manera que el sistema jurídico penal no solo no es capaz de cumplir las tareas que se le asignan, sino que va acompañado de continuos déficits de funcionamiento, los que se suelen enfrentar aumentando la represión o ampliando los sectores en que ha de tener una eficacia puramente simbólica.

Con todo, una mayor contundencia en las respuestas no siempre es idónea para solucionar los problemas, porque la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, estatales o sociales, no solo es un principio normativo, sino también un principio empíricamente fundado, porque los medios penales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas.

Si el sistema penal se permite disponer en cada caso de sus propios principios, en pro de una pretendida eficiencia, perderá incluso a largo plazo a los ojos de la

²⁹ **Ibid.**

población su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica, porque un derecho penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social, tan es así que en las propuestas de reforma del sistema de justicia guatemalteco, se ha insistido que deben despenalizarse varias conductas, las cuales al perseguirse únicamente distraen recursos y eficacia del Ministerio Público, quien debe dedicarse a la persecución penal de los delitos de alto impacto y no a los de bagatela.

La identificación del derecho penal simbólico se logra cuando se verifica un sustancial incumplimiento de las decisiones político criminales fundamentadoras de la pena, porque no solo se puede calificar de este modo el ordenamiento que no previene comportamientos delictivos, sino también aquel que, previniéndolos, centra su atención en los objetos personales menos significativos o produce efectos con un contenido innecesario para garantizar el control social.

“Resulta ilustrativa de la distinción que propone Diez Ripolles para identificar tres clases de Derecho penal simbólico:

- a) En función del objetivo satisfecho, esto es, cuando el derecho penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, es decir, a la evitación de daños y riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales, sino a otros objetivos. En este grupo se puede ubicar aquellas leyes meramente reactivas

ante nuevos problemas (por ejemplo, algunas normas sobre manipulación genética o creación de seres humanos por clonación); leyes identificadas con preocupaciones de los ciudadanos (como sucede en materia como el acoso sexual o el terrorismo); leyes declarativas sobre los valores correctos (algunas disposiciones sobre corrupción de menores o las propuestas para sancionar el consumo de pornografía infantil se enmarcaría en este grupo); leyes principales, que manifiestan la validez de ciertos principios de convivencia o, por último, leyes de compromiso político, que se emite por respeto de los acuerdos alcanzados.

- b) En función de las personas primordialmente afectadas, en cuanto el derecho penal se limite a influir sobre personas muy alejadas en la responsabilidad penal (delincuentes potenciales alejados, ciudadanos susceptibles de ser delincuentes). La intervención se reduce, por tanto, solo a las fases de conminación penal. Se puede tratar de leyes aparentes, cuya formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal; asimismo, pueden ser gratuitas, esto es, aprobadas sin recursos personales o materiales; o imperfectivas, que no prevén sanciones o cuya aplicación es técnicamente imposible.
- c) En función del contenido de los efectos sociales producidos, en la medida en que las disposiciones penales vayan más allá del control social penal y pretendan realizar otras funciones, vulnerando el principio de subsidiariedad. Se trata, por ejemplo, de leyes activistas, para suscitar confianza en la

institucionalidad vigente (por ejemplo, normas que sancionan el impago de pensiones familiares o el tráfico de influencias); leyes apaciguadoras, para calmar el temor o alarma de la población frente a algún problema concreto (como si en estos momentos se pronunciara una norma especial para sancionar los asesinatos o violaciones en serie); leyes promotoras de actitudes sociales (en relación, por ejemplo, con el cuidado del medio ambiente o el pago de impuestos) y leyes autoritarias, para demostrar la capacidad coactiva del aparato estatal (concorre con algunas disposiciones relativas al tráfico de drogas)".³⁰

Como se puede apreciar, si se concibe la pena y al derecho penal como medios para satisfacer determinados objetivos materiales, resulta obligatoria una permanente labor de comprobación del cumplimiento efectivo de los mismos, así como una atención a eventuales consecuencias no previstas o no asumidas normativamente, para lo cual debe realizarse un estudio antes de incluir un nuevo tipo en la legislación penal, porque en caso de que se descubran o pronostiquen fallas en estos sentidos, la formulación de nuevos tipos podrá resultar desaconsejables o será necesaria la derogación o modificación de las disposiciones penales existentes, lo cual hasta el presente no se ha llevado a cabo en Guatemala, sino que se siguen creando leyes y delitos, que vienen a sumarse a la legislación existente, sin que ello implique más eficiencia y eficacia del sistema jurídico guatemalteco.

³⁰Ibid, pag. 232.



CAPÍTULO III

3. El delito económico

El infractor en este tipo de delincuencia es una persona aparentemente respetable o de nivel socio-económico elevado, lo que le permite ejercer, con mayor o menor éxito, suficiente influencia para impedir la intervención de la víctima o del aparato de persecución estatal, en donde el status económico elevado es una característica comúnmente encontrada en este tipo de delitos.

“Dentro de estas actividades delictivas se incluyen, entre otras, las de los profesionales liberales, como los médicos, cuando suministran, ilícitamente, drogas o practican abortos; lo mismo ocurre con el asesoramiento que prestan los abogados en la ejecución de acciones ilícitas o delictivas. De igual forma se incluyen las acciones fraudulentas ejecutadas por los profesionales obreros, especialmente en la construcción de viviendas, reparación de autos, electrodomésticos, etc. Se podría hablar en este caso de un delito ocupacional, en lugar del delito de cuello blanco y que sería el que se comete en el ejercicio de una profesión civil o en estrecha relación con ella, tal como ocurre, con las actividades recién citadas y también con los delitos cometidos por las grandes corporaciones, las prácticas desleales de los comerciantes, así como la corrupción de funcionarios. Desde el punto de vista del objeto, también abarcarían la adulteración de alimentos y bebidas, los delitos fiscales, aduaneros y monetarios. En realidad, el delito ocupacional se integra dentro

de la criminalidad económica, pues al fin y al cabo son actividades profesionales mercantiles en las que se realizan actos criminales o ilícitos”.³¹

La definición citada hace énfasis en que la delincuencia económica tiene como elementos característicos las infracciones lesivas del orden económico, cometidas por personas pertenecientes a estratos altos en el ejercicio de su actividad profesional y que la trascendencia social de esta delincuencia se manifiesta, en primer término, por la cuantía de los daños ocasionados y en segundo lugar, por el reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad.

Esto es así porque la mayoría de ocasiones, por el poder político o económico que ejerce, el delincuente de cuello blanco logra que terceros o subalternos sean los autores, materiales del hecho delictivo, lo que dificulta, sin duda alguna, la persecución del autor que realmente ha dominado la acción, debiendo destacarse también, aunque en un segundo plano, que en este tipo de infracciones se lesiona, en muchas ocasiones, la confianza en la economía.

3.1. Obstáculos a la represión de la delincuencia económica

La indulgencia generalizada frente a la delincuencia económica es uno de los obstáculos más importantes al desarrollar una política represiva frente a estas infracciones, porque el legislador, los jueces y la opinión pública tienden a

³¹ Cancino Moreno, José Antonio. *Los delitos contra el orden económico social*, Pág. 82.

menospreciar la trascendencia social y política de estos delitos, porque la forma tradicional de entender a la criminalidad y al delincuente proporcionan la exclusión de esta figura delictiva.

“La teoría del etiquetamiento explica muy bien la iniciativa del sistema penal frente a la delincuencia de cuello blanco, así como la elevada cifra negra que la caracteriza. Principalmente porque la planificación e ingenio que requiere este tipo de delitos, así como la circunstancia de que su autor posee, en muchas ocasiones, conocimientos especializados que le permiten ocultar hábilmente su acción fraudulenta, plantea obstáculos insalvables a las autoridades judiciales y policiales que deben investigar estos delitos, pues además de los limitados recursos materiales a su alcance, no posee los conocimientos especializados que sí posee el autor de la infracción. Los jueces, los fiscales o los agentes policiales, generalmente no comprenden los fenómenos económicos y el proceso penal tradicional no se adapta a los procesos cuyo objeto fundamental es de carácter económico. La internacionalización de la criminalidad económica es otro obstáculo en la investigación de estas acciones delictivas. Las diversas fases de los fraudes millonarios se realizan en distintos países, tal como ocurre, por ejemplo, con la recepción de fondos privados para inversión. Esta situación plantea serias dificultades en la investigación; se requiere más tiempo para determinar las características y los elementos típicos del hecho criminal, así como una importante inversión de fondos públicos para poder localizar evidencias en otros países. La internacionalización facilita aún más el fraude, ya que

al ciudadano común le resulta muy difícil evaluar las atractivas ofertas de una empresa que aparenta tener el sólido respaldo de un capital transnacional”.³²

Asimismo, en el caso de Guatemala, sucede que el Ministerio Público carece de recursos humanos y materiales para desarrollar una eficiente investigación en los delitos económicos, pues no se encuentra con un personal auxiliar especializado y numeroso, que es lo que se requiere en estos casos; por lo que si no se cuenta con este auxilio, los fiscales no pueden plantear su acusación o el juez no puede determinar la verdad sobre los hechos.

Aun cuando en Guatemala existe la fiscalía de delitos económicos y la fiscalía contra el lavado de dinero y otros activos, el equipamiento técnico y humano es muy limitado como para hacer frente a la lucha en contra de los delitos económicos; en las mismas, tampoco se ha planteado la posibilidad de crear jurisdicciones especializadas o especialistas en el conocimiento del delito económico, aun cuando esta especialización es indispensable, pues de lo contrario la eficacia del sistema penal frente a la delincuencia económica seguirá siendo un hecho inevitable, como ha ocurrido hasta el momento.

Ante lo expuesto, la investigación de estos casos reviste especial dificultad, pues los indicios y rastros del hecho delictivo, a diferencia de los que ocurre con los delitos contra la integridad física, como el homicidio, no son evidentes, por lo que la

³² *Ibid*, pag. 83.

aparente legitimidad de la acción fraudulenta plantea, desde el inicio de la investigación, serias dificultades.

Los perjuicios económicos y morales que ocasiona la delincuencia económica son de los más elevados en la historia de la criminalidad a nivel mundial, al extremo que se hace referencia a miles de millones de dólares estadounidenses en pérdidas y productos de la criminalidad de cuello blanco.

El perjuicio económico provocado por la delincuencia económica, es cuantioso, porque el mismo supera notablemente las perdidas provenientes de todos los robos y hurtos cometidos por la pequeña y mediana delincuencia; sin embargo, la persecución del sistema penal y la atención de la prensa se concreta, generalmente sobre la delincuencia convencional, ignorándose y minimizándose los efectos nocivos ocasionados por la criminalidad económica y en los casos excepcionales en que se impone una sanción, esta es leve y poco significativa.

“Los perjuicios inmateriales provocados por la delincuencia económica se determinan en la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, las deformaciones en el equilibrio de los mercados y la grave distorsión o eliminación de la competencia. Estos efectos no se pueden determinar de inmediato, sino que se producen a corto o mediano plazo. Sin duda alguna, quien se beneficia con las garantías ilícitas provenientes de las maniobras fraudulentas con las que evade impuestos y otros controles estatales, obtiene una posición ventajosa respecto a otros agentes

económicos o frente al mismo consumidor, lo que le podría permitir, dependiendo de la magnitud del fraude, alcanzar posiciones ventajosas en el mercado, eliminar la competencia e incluso lograr el control monopólico del mercado. Otros perjuicios intangibles ocasionados por la delincuencia económica, son el efecto resaca o espiral, la relación en cadena y finalmente el fortalecimiento y profundización de la corrupción en la administración pública, pues en este tipo de delitos casi siempre se requiere la participación, por acción u omisión, de algún funcionario público. Dentro del efecto corruptor debe destacarse la financiación clandestina e ilegítima de los partidos políticos, ya que tanto el crimen organizado, como los narcotraficantes o las empresas que desarrollan una actividad sistemática de violación al ordenamiento jurídico económico, obtienen importantes beneficios al neutralizar la acción estatal mediante la financiación de las campañas políticas de los partidos mayoritarios”.³³

Esta financiación clandestina o ilegal, le asegura al generoso contribuyente una poderosa influencia política con la que neutraliza la acción estatal. En estos casos, la generosa contribución a la campaña política se retribuye con el trato privilegiado que el partido le brinda, desde el aparato de poder político, al delincuente económico que ha asegurado su inmunidad mediante una generosa contribución a la campaña.

Asimismo, los niveles de influencia de los delincuentes económicos se encuentran en el sistema de justicia penal, en donde los procesos donde se les sindicó no

³³ *Ibid*, pag. 85.

avanzan como la mayoría de casos, sino que pueden ser parados durante años en perjuicio de la sociedad y de las personas que han sido afectadas.

3.2. Factores individuales y sociales se la delincuencia económica

Es muy difícil establecer una explicación individual sobre el delincuente económico, lo cual pudiera identificar las características que definen la estructura síquica de este tipo de delincuente, porque la delincuencia económica difícilmente responde al esquema conceptual patológico que caracteriza la criminología tradicional.

Algunas teorías sociológicas explican la delincuencia económica, pues se parte del principio de que el crimen es un hecho social normal. Dentro de los enfoques sociológicos más importantes sobre la delincuencia económica, debe mencionarse la teoría de la asociación diferencial y la teoría de la anomia.

La teoría de la asociación diferencial rechaza las explicaciones siquiátricas del comportamiento criminal, al igual que la explicación que se orienta a tomar en cuenta la condición económica del infractor, planteando una transformación conceptualmente significativa, la cual se encuentra dentro de la concepción de la existencia de subculturas, siendo una de las mismas, la subcultura del delito, en donde el adolescente o el adulto van incorporándose a la misma en la medida que se produce un proceso de interacción con los integrantes de las bandas

delincuenciales de las que reciben una iniciación, como parte del aprendizaje delincidental.

La teoría de la asociación diferencial de resume en los nueve postulados:

- “1. La conducta criminal es aprendida.
2. La conducta criminal es aprendida en interacción con otras personas dentro de un proceso de comunicación.
3. La parte principal del aprendizaje de la conducta criminal se produce mediante la interacción en grupos personales íntimos.
4. Cuando la conducta criminal se aprende, el aprendizaje requiere técnicas para cometer el delito, que son algunas veces muy complicadas, algunas veces muy simples, así como la dirección específica de los motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes.
5. La dirección específica de los motivos e impulsos es aprendida de las definiciones de los códigos legales como favorables y desfavorables.
6. Una persona pasa al acto delictivo debido a un exceso de definiciones favorables a la violación de la ley sobre las definiciones desfavorables a la violación de la ley.
7. Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad.



8. El proceso de aprendizaje de la conducta criminal por asociación con patrones criminales y anti-criminales comprenden todos los mecanismos que están involucrados en cualquier otro proceso de aprendizaje.
9. Aunque el comportamiento criminal es la expresión de un conjunto de necesidades y valores, no se explica por tales necesidades y valores, puesto que el comportamiento no criminal es también expresión de las mismas necesidades y valores”.³⁴

Según esta teoría, la conducta criminal es la culminación de un proceso de aprendizaje en el que no se detectan necesidades y motivaciones diferentes al aprendizaje de una conducta respetuosa de la ley, porque los valores fundamentales en la sociedad son el consumo y el enriquecimiento y el aprendizaje que se recibe pretende proporcionar los instrumentos para alcanzar esos valores, por lo que se aprende el comportamiento criminal mediante la interacción personal en medio de grupos en los que prevalecen las interpretaciones favorables a la violación de la ley.

Variadas críticas se le han hecho a esta teoría; sin embargo, una de las más graves limitaciones de esta teoría consiste en el hecho de que no toma en cuenta la influencia decisiva que tiene, para el ser humano, las elecciones racionales con las que define sus propósitos y proyectos, de manera que bien puede elegir entre diversos modelos de comportamiento, por lo que desde esta perspectiva la acción individual, el acto desviado como simple expresión de una personalidad rebelde, no

³⁴ Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique. *La delincuencia económica*, Pág. 34.

encuentra respuesta, pues predomina el concepto de que es la estructura organizativa de la asociación diferencial, con su capacidad de transmitir valores antagónicos, la que se convierte en el centro del análisis del fenómeno criminal.

Por otra parte, se encuentra la teoría de la anomia, la cual entiende este concepto como a ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que provoca, entre otras consecuencias, la conducta desviada de algunos de sus miembros. Esta situación de crisis guarda estrecha relación con la estructura, organización y el grado de desarrollo social.

“Durkheim es el primero que desarrolla, desde un punto de vista criminológico, la teoría de la anomia, replanteando posteriormente su contenido, el sociólogo norteamericano Robert Merton, quien parte de la misma idea propuesta por Durkheim en el sentido de que el delito es un fenómeno social normal, en donde la conducta delictiva refleja la discrepancia entre las expectativas culturales preexistentes y los medios determinados por la estructura social para satisfacer tales expectativas. Merton introduce muy claramente la variable estructural al proponer una teoría general del comportamiento desviado, señalando que su primer propósito es descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista, en donde el comportamiento desviado, como expresión de una conducta inconformista, tiene, según Merton, causas sociales y culturales, ya que, como se expuso, tal conducta se origina en la discrepancia entre las

aspiraciones culturalmente determinadas y los medios socialmente aceptados para obtenerlas. La estructura social le facilita a los grupos dominantes la obtención de los valores culturales, pero se lo hace difícil o imposible de alcanzar a los demás. La estructura social actual como una barrera o como una puerta abierta para la acción impuesta por los mandatos culturales. Sin no existe una adecuada integración entre la estructura cultural y la estructura social exigiendo la primera una conducta y unas actividades que la segunda impide, surge una definida tendencia que va desde el quebrantamiento de las normas hasta su abolición. Así, la estructura cultural convierte la acumulación de riqueza material en un valor supremo para todos los ciudadanos, mientras que la estructura social restringe a ciertos grupos sociales el acceso efectivo a los procedimientos legítimos que permitirán lograr tal meta. Esta es la situación que Merton define como uno de los procesos favorables al estado social de anomia".³⁵

Este planteamiento es aplicable a la delincuencia común y a la económica, pues cuando exista poca movilidad social y los valores predominantes son el éxito económico y el ascenso social, la conducta desviada se convierte en una reacción normal de las personas que no han interiorizado las normas sociales y legales para actuar dentro de lo aceptado socialmente, aunque es en los niveles económicos superiores en donde puede apreciarse la presión hacia la delincuencia económica, que en muchas ocasiones parece borrar la diferencia entre esfuerzos a manera de

³⁵ *Ibid*, pag, 35.

negocios del lado de las costumbres socialmente aceptables hacia prácticas violentas producto de la anomia más allá de las costumbres.

“La historia de las grandes fortunas norteamericanas está llena de tendencias hacia innovaciones institucionalmente dudosas, como lo atestiguan los numerosos tributos pagados a los magnates del robo. La repugnante admiración expresada con frecuencia en privado y no rara vez en público, a esos sagaces, vivos y prósperos individuos, es producto de una estructura cultural en la que el fin sacrosanto justifica de hecho los medios. En un sistema social en el que el valor cultural dominante es el éxito económico, la presión estructural es intensa hacia la conducta desviada, ya que los medios legítimos para lograr tal enriquecimiento, están limitados por una estructura de clases que no le brinda, en todos los niveles, iguales oportunidades a los individuos capaces. La presión dominante se orienta hacia la utilización creciente de los procedimientos ilegítimos, ya que los legítimos resultan, generalmente, ineficaces, por lo que la actitud innovadora y los procedimientos legítimos limitados para lograr el enriquecimiento, constituyen las características más sobresalientes del delito de cuello blanco”.³⁶

Esta propuesta implica que cuando se trata de personas pertenecientes a los grupos económicamente más poderosos, tal como ocurre con la criminalidad económica, difícilmente puede admitirse que sean sujetos que no tengan fácil acceso a los medios legítimos para obtener el éxito económico; es decir, que existe una relación

³⁶ *Ibid*, pag. 37.



funcional objetiva en la sociedad, entre los procesos legales y los procesos ilegales de acumulación. Por ejemplo, una parte del sistema productivo legal obtiene importantes beneficios de las actividades delictivas de gran estilo. Este vínculo entre la delincuencia económica y el sistema político, no permite considerar a la primera como un menor problema de socialización y de interiorización de normas, sino de una visión delictiva de alto nivel que puede operar impunemente gracias a los vínculos sociales y políticos que la encubren.

Esto quiere decir que el delincuente económico no es un marginado, tal como ocurre con el delincuente común, sino que más bien pertenece a los sectores dominantes de la sociedad, siendo esta la razón de por qué las sanciones que se le podrían imponer no cumplirían los mismos objetivos criminales asignados a la pena impuesta al delincuente convencional, por lo que los delincuentes económicos no requieren resocialización, sino que el objetivo primordial de la pena frente a estos infractores es la intimidación o bien otro tipo de sanciones como la amenaza de publicidad del proceso, el cierre de la empresa o la inhabilitación profesional, que implica, según sea el caso, la prohibición temporal para cumplir funciones como gerente de una sociedad a la persona condenada por un delito concursal.

Todas esas sanciones tienen un claro objetivo disuasorio, que bien podría aplicarse indistintamente a personas físicas y jurídicas. Estas sanciones pueden resultar más eficaces, dependiendo del tipo de infracción, que la pena individual, sea corta o larga.

3.3. Una clasificación de los delitos económicos

La existencia de ciertos deberes cuyo reconocimiento supone, implícita y tal vez inadvertidamente, un sentido solidario del conjunto de la sociedad, lo que, en definitiva, permite caracterizar el objeto de tutela invocado por los bienes jurídicos supraindividuales y se advierte claramente en el caso de los delitos económicos.

Ateniéndonos a la legislación guatemalteca vigente, que no es, sustancialmente, muy distinta de la que rige en otros países del mundo occidental, se pueden establecer algunas distinciones útiles a la clasificación de de esos delitos.

Están en primer lugar, los que castigan ciertas situaciones de insolvencia que, más allá del interés individual de los acreedores perjudicados, suponen que cada patrimonio o conjunto de bienes en poder de los individuos no deba ser destruido o dilapidado al punto de afectar la cadena productiva de la comunidad.

Es bastante característico, que estos delitos se encuentren castigados; sin embargo, en orden a la protección del derecho de propiedad individual de los acreedores perjudicados, debido a la afectación a la economía comunitaria que en la mayoría de los casos se deriva de ellos, tornándose necesario incluirlos en la categoría de los delitos económicos, porque estos delitos afectan a un mismo tiempo, la propiedad privada y el interés económico general.



“La libertad de comerciar, la consiguiente posibilidad de competir y la preservación de los mercados son objeto de tutela con la legislación actualmente llamada de defensa de la competencia. Antes lo era con la Ley de Monopolios. En uno u otro caso está claro que los delitos castigados con estas leyes atienden al resguardo de cierta forma de organización económica antes que al interés particular de los competidores. La clásica regla expresada en el adagio latino caveat emptor excluye toda consecuencia legal por los pequeños engaños y deslealtades que son característicos de ciertas prácticas comerciales. Pero en la medida en que la producción, distribución o comercialización tienen lugar en mercados masivos en los que no hay transacciones cara a cara ni posibilidad de precaverse, la intervención legal y el castigo de las prácticas desleales adquieren un matiz distinto”.³⁷

Así como la libertad de comerciar es objeto de tutela, también lo son ciertas restricciones al comercio; algunas de ellas tienen una larga tradición como las que atañen al comercio internacional y se castigan a título de contrabando, otras, bien conocidas, se originan en una época más reciente, como las del control de cambios o las relativas a los abastecimientos y precios máximos.

Los delitos a que corresponden todas ellas tienen un claro sentido de protección de la economía de la sociedad, no sólo al margen del interés individual sino también, a veces, en contra de este último.

³⁷ Bustos Ramírez, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos*, Pág. 147.

En resumen, se tiene los siguientes delitos económicos:

- I. Los delitos contra patrimonios individuales que afectan bienes jurídicos colectivos
- II. Los delitos que afectan la integridad de patrimonios colectivos
- III. Los delitos contra el libre comercio
- IV. Los delitos contra las restricciones al comercio”.³⁸

En el presente, la cuestión de la definición y deslinde de los delitos económicos, está centrada alrededor del concepto de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, pues se trata de un objeto de tutela jurídica caracterizado por su naturaleza complementaria.

“Al decir de Bustos Ramírez, mientras los bienes jurídicos individuales están en las bases mismas de existencia del sistema social, aquéllos operarían en relación a su funcionamiento. En la misma categoría complementaria estarían los que tutelan las instituciones y los que atienden a un estricto control. Lo que está en juego con esa noción de bienes jurídicos, que Bustos Ramírez prefiere designar como colectivos antes que supraindividuales, son las necesidades de carácter social y económico o, dicho en otras palabras, la participación de todos en el proceso económico-social”.³⁹

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, pág. 148.



Mientras los intereses de contenido económico, por un lado, siempre están referidos a un titular determinado, la economía, en cambio, concierne al régimen económico de la comunidad y de esa discriminación es de donde puede deducirse el deslinde de los delitos económicos.

Al proteger la economía, el derecho penal tiende a disolver el concepto de bien jurídico, puesto que no se trata de intereses humanos concretos sino de instituciones sociales o unidades funcionales de valor en beneficio de los intereses generales de la sociedad que se deben funcionalizar a partir del individuo.

Esta relación individuo y sociedad es lo que determina el carácter problemático de la determinación de los bienes jurídicos en los delitos económicos, porque los comportamientos aislados constitutivos de esta clase de delitos no suelen ser, en sí mismos, mayormente dañosos, sino que la misma está relacionada con su eventual generalización y con el desajuste del modelo económico imperante.

Estos aspectos determinan que los delitos económicos, a diferencia de los delitos tradicionales, no tutelan valores humanos que nunca cambian, sino que están supeditados al distingo del modelo de organización económica que adoptan los estados de la comunidad internacional.

Esta diversidad de los modelos económicos no sería problema para reconocer una rama del derecho autónoma designada como derecho económico; así como un bien



jurídico específico protegido por los delitos económicos, porque se trata que el derecho sancione atentados graves a la actividad económica de la comunidad.

Aunque puedan existir dificultades para la delimitación del derecho económico y de los delitos surgidos del mismo, el punto de partida que, más allá de las divergencias parece posible adoptar, conduce a un único común denominador que implica los bienes jurídicos cuya protección se pretende que corresponden a la tutela de la economía de una comunidad en su conjunto.

3.4. El delito bancario

El derecho penal invariablemente tiene que ver con las actividades de los bancos y otras entidades de préstamos en la medida en que pueden ser autores o víctimas de delitos relacionados con las actividades propias de estas entidades; sin embargo, el rol de estas instituciones en la dinámica del delito es muy diferente en cada caso particular, pero todos pueden clasificarse dentro de la figura del delito bancario.

El delito bancario es una especie del género que viene a ser el delito económico. Este, es un concepto generado por el derecho económico, que se ha formado en base a las relaciones entre el derecho y la economía, cuyo origen la doctrina dominante lo encuentra en la presencia del Estado en las diversas manifestaciones de la actividad económica, aplicando políticas de regulación y control.

“Los delitos financieros o bancarios son amplios y muy complejos que abarcan desde la clonación de tarjetas de créditos, falsificación de cheques, lavado de dinero, depósitos fraudulentos, captación de recursos sin autorización, hackear cuentas, ocultamiento de información por parte de las entidades bancarias al supervisor, incumplimiento a lo establecido por la Ley y las normas, ocultamiento del origen de los capitales hasta el exceso en los límites de créditos a partes vinculadas de una entidad con el grupo económico o financiero al que pertenece”.⁴⁰

Esto significa que el delito bancario se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera. Estos delitos, por lo tanto, comprenden una amplia gama de actividades ilegales, incluidos el fraude, la evasión tributaria y el blanqueo o lavado de dinero, los cuales pueden llevarse a cabo dentro de la jurisdicción de un país o bien ser ilícitos que trascienden fronteras, por lo que se consideran parte de los delitos transnacionales.

Estos elementos han determinado que se considere como una de las causas de la transnacionalización del delito bancario y financiero, el surgimiento de la tecnología de la información y al comunicación, especialmente Internet, lo cual ha permitido que los grupos delincuenciales puedan llevar a cabo sus acciones delictivas a nivel mundial, especialmente porque el surgimiento de estas acciones delictivas y su internacionalización no ha sido acompañada de una legislación internacional que permita una persecución adecuada.

⁴⁰ Del Águila, Luís Felipe. **Delitos económicos y bancarios**, Pág. 102.

El delito bancario reviste de peculiaridades características:

- “1) Debe ir contra la función social de la banca y afectar la economía del país.
- 2) Debe causar perjuicios pecuniarios al Estado al obligarlo a la aplicación de recursos dinerarios para garantizar el ahorro.
- 3) Debe, por último, afectar la confianza del público en cuanto a la seguridad y solvencia que debe ofrecer el sistema financiero y bancario que el Estado debe preservar”.⁴¹

Por ello, el delito bancario tiene características propias en cuanto a la condición del sujeto activo del delito y el bien jurídico tutelado también, respecto de la concepción tradicional de la dogmática penal de la persona jurídica titular de la empresa bancaria.

El sujeto activo del delito debe tener características propias. No sólo debe tratarse de un delincuente de cuello blanco, sino, ser además banquero, quien es un profesional de la banca, sea porque ha invertido para formar un banco en el que detenta el control o simplemente ha tomado control y en tal virtud tiene capacidad de decisión en los negocios o porque, simplemente, presta sus servicios como empleado bancario y tiene acceso a la mayoría de actividades que realiza la institución bancaria.

⁴¹ Ibid.

“El bien jurídico tutelado es el orden que rige la vida económica del país en lo que a la actividad bancaria se refiere, cuyas transgresiones dan lugar a la configuración del delito, en tanto se agravan intereses supra-individuales o colectivos. Por eso, a falta de tipificación, la configuración del delito bancario se ha valido de los delitos contra el patrimonio, concebidos tradicionalmente en la codificación penal, como la estafa, defraudación, apropiación ilícita y otros”.⁴²

Para facilitar la descripción y clasificación de los casos que pueden presentarse en la relación bancaria con los ilícitos bancarios se encuentran los aspectos siguientes:

- a) Los casos en que el banco (en países donde se prevé alguna forma de responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas) o las personas que lo representan (administradores, gerentes o simples empleados) pueden ser responsabilizados como autores de un delito cometido en beneficio del banco y en perjuicio del interés de terceros, de la comunidad o del sistema bancario en su conjunto;
- b) Los casos en que el banco aparece como un instrumento en la comisión de un delito contra terceros; esto es, en los que el banco es utilizado como un medio económico-legal dirigido a la perpetración de un delito que involucra respectivamente —como autor y como víctima— a personas que no pertenecen al banco;

⁴² Ibid.



- c) Los casos en que el banco resulta víctima de un delito cometido por una persona que cumple funciones dentro de la entidad (administrador, gerente, empleado) quien, abusando de la relación de confianza entre él o ella y la entidad bancaria, comete un delito que perjudica directamente los intereses del banco;
- d) Los casos en que el banco es víctima de un delito contra los intereses de la organización bancaria cometido por un individuo externo a ella” .⁴³

Es importante evidenciar que la perpetración de estos delitos bancarios tienen como característica que no tienen como sustentación la violencia, sino que estas infracciones son el resultado de maniobras fraudulentas que provocan daños tanto al público como a las entidades bancarias y que al final perjudican la estabilidad del sistema bancario y la estabilidad financiera nacional, lo que obliga a los organismos de regulación y supervisión a jugar un rol muy activo en la mitigación y sanciones de estos delitos.

Es en este contexto que se ha venido desarrollando de manera sostenida el derecho penal bancario, como interés de la rama denominada economía jurídica o economía del crimen que ha sido impulsada por estudiosos preocupado por esta temática.

⁴³ *Ibid*, pág. 103.

CAPÍTULO IV

4. LA IMPORTANCIA DE AMPLIAR LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS BANCARIOS EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO

El sistema bancario guatemalteco, administrativamente, se encuentre regulado por las leyes bancarias del país, las cuales le asignan funciones de control y supervisión al Banco Central y a la Junta Monetaria; sin embargo, desde el punto de vista penal, todavía existen varios ilícitos que pueden ser cometidos en este sector de la economía nacional, sin que el Estado pueda perseguirlos porque los mismos todavía no han sido tipificados en Guatemala.

Los órganos rectores de la banca o sistema de intermediación financiera guatemalteco continúan siendo: El Banco de Guatemala, la Junta Monetaria, y la Superintendencia de Bancos, cada uno con sus funciones específicas, encargadas de dirigir la política bancaria y monetaria de la nación, así como el control y la supervigilancia de las actividades bancarias.

Dentro de estas instituciones cabe hacer mención de la Intendencia de Verificación Especial, creada a través de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto número 67-2001 del Congreso de la República, la cual está encargada, dentro de otras actividades, de monitorear los movimientos bancarios de los cuentahabientes, con el fin de detectar situaciones poco comunes que pueden dar

motivo a considerar que se están realizando transacciones irregulares, las cuales pueden ser producto del lavado de dinero u otros activos.

Para lograr estos objetivos, el artículo 26 de la mencionada Ley regula que las personas obligadas prestarán especial atención a todas las transacciones, concluidas o no, complejas, insólitas, significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales y a las transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico o legal evidente, debiéndolo comunicar inmediatamente a la Intendencia de Verificación Especial.

Estas funciones, atribuidas a la Intendencia de Verificación Especial se orientan a garantizar la obligación del Estado guatemalteco, quien se ha comprometido a prevenir, controlar y sancionar el lavado de dinero u otros activos, de manera que se proteja la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco.

4.1. Delitos bancarios y financieros regulados en el código penal guatemalteco

Por otro lado, en relación a la tipificación de los delitos vinculados al sistema bancario, de seguros y financiero, el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, en el Capítulo I denominado de los delitos contra la economía nacional y el ambiente, el cual se encuentra en el Título X llamado de los

delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario, regula en el Artículo 342 “A” el denominado delito cambiario, donde el sujeto activo comete el mismo si no vende al Banco de Guatemala o a los bancos del sistema habilitados, las divisas que estuviera obligado a negociar; también quien sin estar legalmente autorizado, se dedique a comprar y vender divisas; quien use facturas u otros documentos falsos en las importaciones o exportaciones o quien mediante fraude o engaño, obtenga licencia para adquirir divisas del mercado destinado a pagos esenciales; a estas personas se les sancionará con prisión de dos a cinco años.

Mientras en el Artículo 342 “B”, se tipifica el delito de pánico financiero, para sancionar penalmente a quien elabore, divulgue o reproduzca por cualquier medio o sistema de comunicación, información falsa o inexacta que menoscabe la confianza de los clientes, usuarios, depositantes o inversionistas de una institución sujeta a inspección de la Superintendencia de Bancos, penándolo con prisión de uno a tres años.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002, del Congreso de la República, en el Artículo 96 regula que comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con esa Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por si misma o en combinación con otra u otras personas

individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacione con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante la recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales.

Por otra parte, la Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto número 58-2005 del Congreso de la República, regula en su Artículo 4 que comete el delito de financiamiento del terrorismo quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, por sí mismo o por interpósita persona, en forma deliberada proporcionare, proveyere, recolectare, transfiriere, entregare, adquiriere, poseyere, administrare, negociare o gestionare dinero o cualquier clase de bienes, con la intención de que los mismos se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para el terrorismo.

Si bien es cierto que no es directamente un delito bancario, los actos que se tipifican en el Artículo mencionado pueden servir para encontrar que se utiliza al sistema bancario para realizar cualquier transacción que conlleve un financiamiento directo o indirecto al terrorismo.

4.2. Ampliación de los delitos bancarios en el código penal guatemalteco

Como se puede apreciar, aun cuando existen delitos vinculados con el sistema bancario, también es cierto que existen ilícitos que están sucediendo en los bancos y financieras pero que no encuadran en los actos tipificados actualmente en la legislación penal guatemalteca, siendo principalmente las conductas vinculadas con la concentración crediticia, la banca paralela, la obtención indebida de créditos, la utilización de información bancaria confidencial, los actos fraudulentos para alterar precios de acciones y valores negociables, la información bancaria indebida, la falsedad en libros, registros de contabilidad o información financiera y el secreto bancario, actitudes dolosas que debieran tipificarse a partir de modificar, por ampliación, el Código Penal o bien crear una ley de delitos bancarios, financieros y de seguros, lo cual permitirá que el Ministerio Público, como ente encargado de la persecución penal estatal, cuente con herramientas para llevar a cabo su función de identificar los delitos, señalar a los presuntos responsables, recabar las pruebas y ejercer la acción penal en el tribunal respectivo.

La conducta de concentración crediticia, guarda relación con el otorgamiento de créditos a personas relacionadas con la entidad bancaria, sean accionistas o directivos, así como préstamos a una sola persona, superior al 25 % del capital del banco, lo cual pone en riesgo indebido a la institución, porque la mayoría de veces, debido a la relación de confianza que tienen con el banco, no se les exigen los requisitos necesarios para garantizar el pago del préstamo realizado.



Para evitar lo anterior, se debe prohibir a los bancos conceder directa o indirectamente a una sola persona natural o jurídica, incluyendo aquellas otras que conformen con él un grupo económico, préstamos o facilidades crediticias u otorgar alguna garantía o contraer alguna otra obligación a favor de dicha persona, cuyo total exceda en cualquier momento el veinticinco por ciento (25%) de los fondos del capital del banco.

Asimismo, debiera ser un delito conceder, directa o indirectamente, préstamos o facilidades crediticias no garantizadas, que excedan del cinco por ciento (5%) de sus fondos de capital o préstamos con garantías reales que no sean depósitos que excedan del 10 por ciento de sus fondos de capital y préstamos garantizados con depósitos en el propio banco que exceden del 50 por ciento de los fondos de capital, a favor de uno o más de sus directores o cualquier persona natural o jurídica que posea directa o indirectamente el cinco por ciento (o más de las acciones del banco, ya que sea que se les conceda mancomunada ó solidariamente.

En esta tesis se es del criterio de que se ha de penalizar enérgicamente este tipo de conducta, sancionándose al o los funcionarios que aprobaran el préstamo, toda vez que el perjuicio que se puede causar puede llevar a la insolvencia del banco y como consecuencia la pérdida del dinero de los ahorrantes, lo cual aunque es un daño patrimonial no es el único que se debe preveer sino la prevención del colapso del sistema bancario en su conjunto, puesto que la experiencia indica que cuando un banco tiene problemas afecta la credibilidad de todo el sistema bancario.

Otra conducta ilícita que se debe tipificar es la de banca paralela, la cual consiste en la captación habitual de dinero por parte del público en forma de depósito sin estar debidamente autorizado para ello por la entidad correspondiente.

De esta manera se penaría una práctica realizada por algunas personas que ilegalmente captan dinero del público, ofreciéndoles una cantidad de dinero superior a la depositada luego de transcurrido determinado tiempo, sin contar la entidad depositaria con algún ente que las fiscalice periódicamente.

Habrán personas que señalarán que se puede tipificar dicha situación con el delito de estafa; sin embargo, puede darse el caso de que no haya engaño, tan sólo malos manejos en la utilización de los fondos, resultando complicado demostrar el engaño, elemento esencial en el delito de estafa.

Igualmente, existe una práctica que se ha denominado obtención indebida de créditos; esta conducta va dirigida a las personas que mediante la presentación de información falsa obtiene créditos a su favor.

Aunque en la actualidad, como no existe una tipificación específica para esta acción, se recurre a la utilización de los tipos penales de falsificación de documentos públicos y privados para sancionar la citada conducta; sin embargo, debe especializarse esta figura con relación a la presentación de información falsa a los

bancos, toda vez que el perjuicio no sólo recae en el banco como institución, sino en los ahorradores que mantienen su dinero depositado.

La utilización de información bancaria confidencial es otra acción dolosa, en donde la conducta del caso, conlleva dos aspectos importantes, por un lado la divulgación de información confidencial de la institución bancaria ya sea de aspectos de seguridad u operacional que pueda permitir la realización de conductas delictivas en perjuicio del banco y por otro lado la divulgación de información confidencial de los usuarios de los servicios bancarios tales como números de cuentas, números de tarjeta de créditos, claves de utilización de tarjetas de crédito y débitos.

Aunque en el Código Penal guatemalteco se regula la revelación de secretos de manera general y sólo hace referencia a una manera específica y es en el evento, que la persona que maneje información por el puesto que tiene, viole la confidencialidad de dicha información siendo sancionado de manera agravada, la práctica de utilizar información bancaria confidencial es más perjudicial que únicamente revelar secretos, puesto que se perjudica a la institución y a los cuentahabientes.

Otra práctica al margen de la moral y las buenas costumbres, porque en Guatemala todavía no es un delito, que es realizada dolosamente es la que se refiere a actos fraudulentos para alterar precios de acciones y valores negociables, en donde un ejecutivo o accionista de un banco, a partir de la función y el puesto que tiene,

recurre a promover rumores o a elaborar información falsa que le permita lograr que esos activos vayan al alza o a la baja, de acuerdo a sus intereses y no producto de las leyes del mercado bancario, lo cual deja en entredicho a todo el sistema bancario, especialmente a las actividades vinculadas con la bolsa de valores.

También existe una práctica vinculada con la producción de información bancaria indebida, relacionada con que el representante legal del emisor de un determinado valor proporciona información inexacta o falsa a la comisión nacional de valores, ante esta conducta, debe prohibirse a los emisores y a las afiliadas de éstos, hacer ofertas de compra o venta de valores registrados, así como comprar o vender dichos valores, por medio de una comunicación escrita o verbal, incluyendo prospectos, si dicha comunicación contiene declaraciones falsas sobre hechos de importancia u omite divulgar hechos de importancia que deban ser divulgados para que las declaraciones contenidas en ella no sean tendenciosas o engañosas a la luz de las circunstancias en que fueron hechas, a menos que la contraparte tenga conocimiento de dicha falsedad.

El ilícito de falsedad en libros, registros de contabilidad o información financiera, se refiere a la alteración y falsificación de los libros y registros contables o de información procedentes de alguna institución regulada por el Registro del Mercado de Valores y Mercancías, la que preferentemente se dedique a la promoción y venta de valores; lo anterior implica que se debe prohibir a toda persona que, a sabiendas o interviniendo culpa grave, altere o falsifique los libros o registros de contabilidad, la



información financiera o las anotaciones en registros o en cuentas de custodia de un emisor, de una casa de valores, de un asesor de inversiones, de una sociedad de inversión, de un administrador de inversiones, de un intermediario o de cualquier otra persona registrada en dicho Registro, de modo que haga que sean falsos o engañosos en aspectos de importancia, con lo cual ocasione el deterioro o el derrumbe de la credibilidad del mercado de valores en Guatemala.

Con relación a este tipo penal debo señalar, que la falsedad dentro del negocio bursátil es sumamente peligrosa situación que debe ser tipificada como delito especial, ya que el perjuicio puede ser fatal para los compradores de valores, creando así una inestabilidad en el negocio bursátil en la República de Guatemala.

Por último, se encuentra el más polémico de los ilícitos, puesto que el mismo tiene relación directa con derechos garantizados constitucionalmente, lo cual ha servido para el enriquecimiento ilícito de personas individuales y jurídicas, lo que ha determinado que sea el más difícil de enfrentar, siendo este el ilícito del secreto bancario.

“Tomando en cuenta que el sistema bancario constituye una de las puertas más accesibles para introducir el dinero de origen delictivo en la economía legítima, desde el momento en que aquel organiza y administra los sistemas de pagos nacionales e internacionales y los mercados de capital, habiéndose hecho eco la doctrina de la crítica consistente en afirmar que la obligación de comunicación a las

autoridades constituye un grave menoscabo de las relaciones de mutua confianza y buena fe, entre las entidades financieras y sus clientes, que deben presidir el negocio bancario, en definitiva una vulneración del secreto bancario, definible como el conocimiento que posee con exclusividad un banco en relación con las operaciones que con él realiza un cliente".⁴⁴

La legislación penal guatemalteca ha adolecido de una inexistente regulación de la figura y ello pese a un reconocimiento político y social manifiesto.

"Existe un compendio de normativas en las que se ha querido residenciar la doctrina sustentadora de la positivación del secreto bancario en nuestro ordenamiento, siendo lo cierto que éstas no recogían una cláusula de reserva general sino limitada a ámbitos de gestión determinados e instituciones concretas. El secreto bancario constituye en puridad un uso mercantil, ítem más, una piedra angular de la institucionalización del derecho mercantil, tácitamente pactado y consustancial a la contratación bancaria cuyo fundamento radica, por equiparación, en el derecho a la intimidad (en este caso, del cliente) consagrado constitucionalmente".⁴⁵

El secreto bancario, sin embargo, no tiene carácter absoluto, al quedar obligado por una doble fuente de limitaciones, una de límites privados o subjetivos, protectores de alguno de los intervinientes en la relación bancaria, vinculados al consentimiento del cliente, conflicto entre éste y la entidad o la información interbancaria de carácter

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 104.

⁴⁵ Zamora Ríos, Danilo. *El secreto bancario y el derecho a la intimidad*, pág. 34.



privado, y límites legales u objetivos, defensores de intereses públicos y consagrados en la propia Carta Magna y, a su través, en las leyes que la desarrollan.

El secreto bancario se configura hoy día como un secreto profesional, si bien es inexcusable recordar, dentro de los aludidos límites legales, no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizado por Ley, incluso en un país tradicionalmente ligado al secreto bancario como Suiza.

En suma, las informaciones sobre aspectos patrimoniales, económicos y tributarios de los clientes de las instituciones financieras se vinculan con el derecho a la intimidad de los mismos, aunque el deber de reserva se diluye, mediando acuerdo legal, principalmente frente a la administración de justicia y la tributaria.

Antes de abordar la tipificación sustantiva de esta práctica bancaria y sus límites, procede retomar la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias, conocida como la Declaración de Basilea, la cual fue promulgada a instancia de los representantes de los bancos centrales emisores y autoridades monetarias de los países miembros del denominado G10, grupo conformado por las diez naciones más industrializadas del mundo, a las que se unió el país anfitrión, Suiza-, en donde se advierte sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal.



La Declaración no generó obligaciones legales a los estados signatarios sino reglas deontológicas, dado la carencia de capacidad vinculante del Comité de Basilea sobre Regulación y Supervisión Bancaria.

Los destinatarios directos son las instituciones financieras, en tanto los indirectos las autoridades de supervisión bancaria, todo ello con el objetivo de colaborar, a través del sistema bancario nacional e internacional, en la eliminación del blanqueo de capitales, normas concretas de conducta deontológica que se condensan en la identificación de los clientes, especialmente ante circunstancias como la presencia de fiduciarios y sociedades instrumentales; el cumplimiento de las leyes; la cooperación con las autoridades; la formación del personal; la conservación de registros contables y la potenciación de auditorías internas.

Se trata fundamentalmente que el secreto bancario, como derecho de los cuentahabientes y producto de la relación banco-cliente, no sirva a personas inescrupulosas para blanquear fondos procedentes de actividades criminales, para lo cual la idea central es que, respetando el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros, regulado en el Artículo 24 de la Constitución Política de Guatemala, se tipifique como delito el uso del secreto bancario como medio para esconder activos financieros o cualquier otra transacción financiera que utilice valores y bienes muebles pertenecientes al crimen organizado o a cualquier actividad ilícita.



Este breve repaso de los delitos financieros que han de tipificarse es tan solo una muestra de la gran cantidad de conductas fraudulentas que se han de tomar en cuenta al momento de confeccionarse los tipos penales que han de señalar las conductas delictivas dentro del ámbito financiero y bancario.

Esto es independiente de la existencia de conductas que todavía no se han revelado, especialmente aquellas que utilizan el Internet como herramienta para cometer ilícitos, los cuales podrían ser trasladados a la banca, especialmente en las transacciones internacionales donde la digitalización de los procesos financieros se ha implementado de manera total, por lo que la legislación penal sobre delitos bancarios será más amplia, por lo que la vigente tendrá que ser reformada para ampliar la gama de delitos que el sector bancario y financiero enfrentan.



CONCLUSIONES

1. Aun con los avances en la legislación en contra del valor de dinero y otros activos, la lucha contra el terrorismo, la intermediación financiera y en contra del pánico financiero, todavía no se ha valorado la importancia de las transacciones que realizan los agentes y corredores de seguros, por lo que todavía no se les considera personas obligadas a informar sus transacciones.
2. Los bancos y las instituciones financieras tienen registrada la información de las personas que realizan transacciones con ellos; pero el problema existente es que la mayoría de datos obtenidos son del documento de identificación, lo cual impide una amplia identificación de los titulares de las cuentas bancarias, limitándose con ello la posibilidad de un adecuado control del flujo financiero.
3. La legislación penal guatemalteca ha logrado importantes avances en la tipificación de delitos vinculados con el sistema bancario; sin embargo, existen varios delitos como la banca paralela, la concentración crediticia o el secreto bancario, los cuales son una amenaza para la estabilidad del sistema bancario y financiero, lo cual puede afectar a toda la economía nacional.



RECOMENDACIONES

1. La Superintendencia de Bancos debiera elaborar una guía de administración de riesgos en donde se incluya como personas obligadas a reportar las transacciones comerciales que realicen a los agentes y corredores de seguros, para que de esa manera la Intendencia de Verificación Especial también pueda realizar verificaciones en esta institución.
2. La Superintendencia de Bancos debiera promover convenios entre los bancos y el Registro Nacional de las Personas, a fin de que la información de los datos de los clientes que poseen las instituciones financieras sea lo más actualizada posible, con lo cual se evita que las personas puedan realizar transacciones con documento personal de identidad falsos.
3. La Superintendencia de Bancos debiera elaborar una guía de gestión del registro especial para las empresas de tarjetas de créditos y para cooperativas, con lo cual se conozca de manera verídica si los clientes que establecen relación comercial con los bancos están actuando en nombre propio o en beneficio de un tercero, para evitar transacciones anómalas de lavado de dinero.





BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Juan Alberto. **Control constitucional del derecho y de la justicia penal**. Madrid: Ed. Cuadernos de política criminal, 1990.
- ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito del blanqueo de capitales**. Madrid: Ed. Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales 2000.
- BASOCO, Ángel Teodoro. **Derecho penal**. Madrid: Ed. Tirant lo de Blanc, 1997.
- BORJA JIMENEZ, Pablo Joaquín. **Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España**. Madrid: Ed. Cuadernos de política criminal, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Los bienes jurídicos colectivos**. España: Ed. Tirant lo de Blanc, 2000.
- CANCINO MORENO, José Antonio. **Los delitos contra el orden económico social**. Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1982.
- DEL ÁGUILA, Luís Felipe. **Delitos económicos y bancarios**. México: Ed. Editores Mexicanos Unidos, 2007.
- GARCÍA RIVAS, Antonio. **El poder punitivo en el estado democrático**. Argentina: Ed. Cuenca, 1996.
- GOMEZ BENITEZ, Ignacio de Jesús. **Causalidad, imputación y cualificación por el resultado**. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1998.
- HERNANDEZ QUIENTERO, Hernando. **Los delitos económicos en la actividad financiera**. Bogotá: Ed. Editoriales Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. **La delincuencia económica**. Madrid: Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- MORENO CARRASCO-RUEDA GARCIA, Luis Felipe. **Código Penal de El Salvador comentado**. San Salvador: Ed. Católica, 1999.
- PALIS, David. **Los delitos financieros y bancarios**. Barcelona: Ed. Ariel, 1985.
- SERRANO-PIEDEDECASA, Humberto Daniel. **Fundamentos de la punibilidad de la tentativa**. España: Ed. Librería Jurídica, 1999.
- SERRANO-PIEDEDECASAS, Antonio de Jesús. **Conocimientos científicos y fundamentos de derecho penal**. Lima. Ed. Sudamérica, 1999.



SILVA SANCHEZ, Ramón Augusto. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Ed. Tirarnt lo de Blanc, 1992

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Diego Augusto. **Derecho penal. Parte general.** Bogotá: Ed. El Cordón, 1997.

ZAMORA RÍOS, Danilo. **El secreto bancario y el derecho a la intimidad.** México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008.

Legislación

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1993.

Ley Contra El Lavado de Dinero u otros Activos y su Reglamento. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-2001.

Ley de Bancos y Grupos Financieros y sus Reglamentos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 19-2002.

Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 58-2005