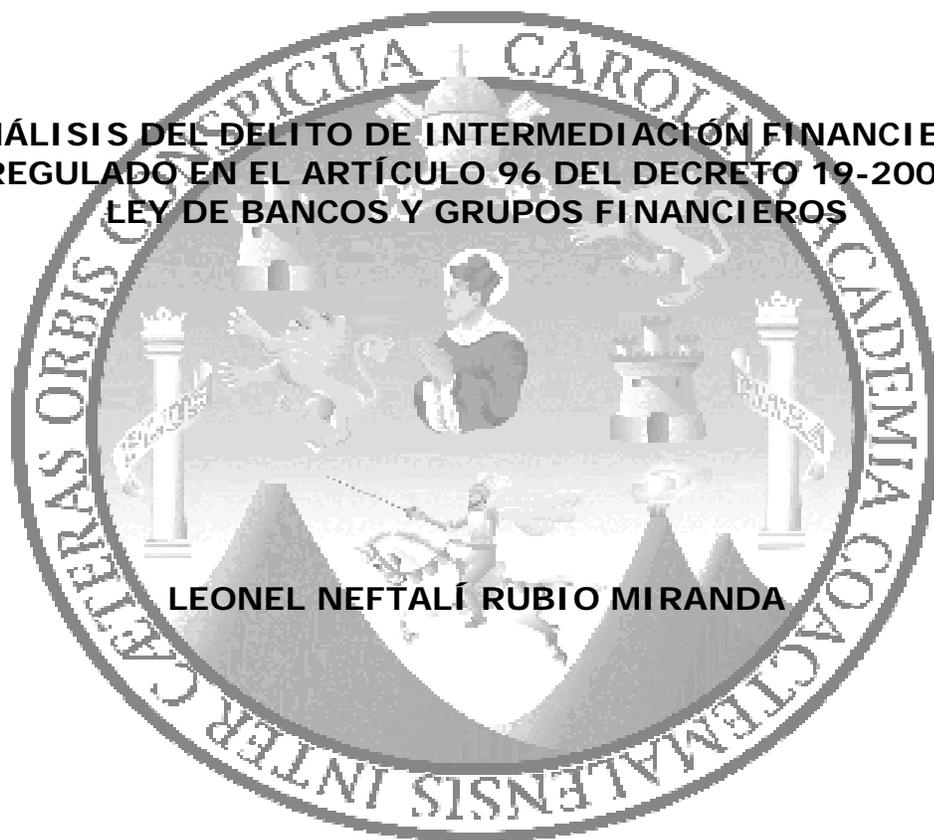


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA,
REGULADO EN EL ARTÍCULO 96 DEL DECRETO 19-2002,
LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS**

LEONEL NEFTALÍ RUBIO MIRANDA



Guatemala, mayo 2006.

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

**ANÁLISIS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA,
REGULADO EN EL ARTÍCULO 96 DEL DECRETO 19-2002,
LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

LEONEL NEFTALÍ RUBIO MIRANDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo 2006.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Mario Leonel Caníz Contreras
Vocal:	Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario:	Lic. Milton Danilo Torres Caravantes

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Vocal:	Licda. Angela Aída Solares Fernández
Secretaria:	Licda. Dora Renee Cruz Navas

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y contenido de la tesis" Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Lic. OVIDIO SALAZAR PÉREZ

Abogado y Notario



Guatemala, 24 de enero de 2006



Señor Decano de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Ciudad de Guatemala

Estimado señor Decano:

Cumpliendo con lo resuelto por ese Decanato, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller LEONEL NEFTALI RUBIO MIRANDA, titulado **"ANÁLISIS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, REGULADO EN EL ARTÍCULO 96 DEL DECRETO 19-2002, LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS"**.

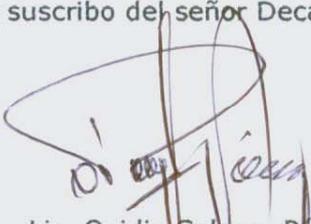
El trabajo, además de presentar un problema novedoso y de actualización, me parece sumamente interesante, contiene aspectos legales y doctrinarios que se completan; principia con definiciones y análisis básicos para la comprensión del trabajo en el capítulo I) luego en el capítulo II) aborda directamente el delito de intermediación financiera, lo cual complementa con el capítulo III); en el capítulo IV) propone de manera técnica y profesional la reforma del artículo que regula el delito de intermediación financiera.

El trabajo del sustentante es sumamente interesante, y constituye un valioso aporte para dar a conocer un problema de actualidad, que por falta de una legislación de vanguardia, ha defraudado la economía de muchos guatemaltecos.

Por lo anterior, señor Decano, considero que se han cumplido los requisitos reglamentarios y estimo que el trabajo del Bachiller Rubio Miranda, es meritorio y que puede continuar con su trámite, previo a discutirlo en el examen público.

Sin otro particular me suscribo del señor Decano, con muestras de mi respeto y consideración.

Atentamente,


Lic. Ovidio Salazar Pérez
LIC. OVIDIO SALAZAR PEREZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. JOSÉ FRANCISCO MONROY GALINDO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante **LEONEL NEFTALÍ RUBIO MIRANDA**, Intitulado: **"ANÁLISIS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, REGULADO EN EL ARTÍCULO 96 DEL DECRETO 19-2002, LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh



José Francisco Monroy Galindo
Abogado y Notario

12 calle "A" 16-27 zona 1
Teléfono 22302224
Guatemala, C. A.

Guatemala, 15 de febrero de 2006.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Licenciado Mario Ismael Aguilar Elizardi,
Ciudad de Guatemala.



Estimado señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

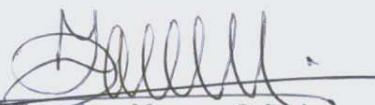
Respetuosamente le dirijo la presente, para acusar recibo del oficio de fecha 2 de febrero de 2006, mediante el cual se me designa para revisar el trabajo de TESIS que presenta para su graduación profesional, el estudiante bachiller LEONEL NEFTALI RUBIO MIRANDA, que se titula ANALISIS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, REGULADO EN EL ARTÍCULO 96 DEL DECRETO 19-2002, LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS.

Agradezco el honor que me confiere la Jefatura de la Unidad de Asesoría de Tesis de mi querida FACULTAD DE DERECHO, e informo al señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, que revisé cuidadosamente el trabajo que presenta el sustentante, a quién sugerí la modificación de importantes temas, principalmente en el aspecto jurídico-legal de la tipificación del Delito de Intermediación Financiera.

La metodología y técnicas de investigación utilizadas por el bachiller Rubio Miranda, se enmarcan dentro del procedimiento técnico científico aprobado para la elaboración de tesis y su redacción facilita la comprensión del tema propuesto, la contribución científica esta constituida por la propuesta de modificación del Artículo 96 del Decreto 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros, que persigue garantizar a los guatemaltecos aún más su capital y por ende fomentar el ahorro y la inversión en las instituciones bancarias legalmente autorizadas, la bibliografía utilizada, las conclusiones y recomendaciones, son congruentes con el tema.

Soy de opinión, señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, que el trabajo que he revisado, es un aporte valioso del sustentante, y por ello, recomiendo que se discuta el trabajo presentado en el examen público de graduación profesional del bachiller LEONEL NEFTALI RUBIO MIRANDA.

Reitero al señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis mi respeto y presento a usted las muestras de mi alta consideración y estima.


Lic. José Francisco Monroy Galindo

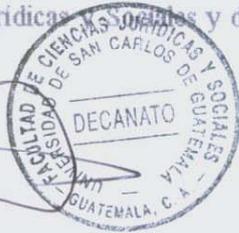
JOSE FRANCISCO MONROY GALINDO
ABOGADO Y NOTARIO



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, ocho de marzo de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante **LEONEL NEFTALÍ RUBIO MIRANDA**, titulado **ANÁLISIS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, REGULADO EN EL ARTÍCULO 96 DEL DECRETO 19-2002, LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MIAE/sllh~~



DEDICATORIA

- | | |
|--|--|
| A Dios | Por la vida, la salud y por las incontables bendiciones recibidas a lo largo de mi existencia. |
| A mi esposa
Ericka | Por brindarme su apoyo incondicional y su amor. |
| A mis hijos
Lily, Cindy,
Olga, Cristy
y Emanuel | Para animarles que busquen su superación. |
| A mi madre
Faustina Miranda | Por sus sacrificios, que Dios la tenga en su gloria. |
| A mi padre
Virgilio Rubio | Por confiar en mí. |
| A mis asesores
Lic. Ovidio Salazar
Lic. José F. Monroy | Por su apoyo. |
| A mis profesores
de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la
USAC | Por los conocimientos recibidos. |
| A familiares y amigos | Con alegría. |

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La intermediación financiera	
1.1 Definición.....	1
1.2 Intermediación financiera.....	2
1.3 Intermediación financiera regulada.....	3
1.4 Intermediación financiera ilegal.....	4
1.4.1 Autocasa, un ejemplo triste para los guate – maltecos.....	6
1.4.2 Cronología.	7
1.4.3 Doce años después, inversionistas de Auto – casa podrán recuperar su dinero.....	9
1.4.3.1 Más de nueve mil inversionistas de - fraudados por Autocasa.....	10
1.4.4 inversiones Quetzal, otro ejemplo triste para los guatemaltecos.....	12
1.5 El delito de intermediación financiera ya se esta aplicando.....	15
1.6 Captación de dinero.....	17
1.6.1 Historia del depósito de dinero y de los títu- los de crédito.....	18
1.6.2 Los bancos, sus operaciones y servicios.....	24

1.7	Recepción de depósitos.....	26
1.8	Colocación de bonos títulos u otras obligaciones...	26
1.9	Destino de las captaciones.....	27

CAPÍTULO II

2.	Delito de intermediación financiera	
2.1	Definición de delito, desde el punto de vista del derecho comparado, derecho Español.....	29
2.2	El delito.....	38
	2.2.1 Sujetos del delito.....	38
	2.2.2 Concurso de delitos.....	39
	2.2.3 Concurso de delitos.....	40
2.3	El autor.....	41
	2.3.1 Concepto unitario de autor.....	42
	2.3.2 Concepto dualista de la participación.....	43
	2.3.3 Delimitación entre la autoría, complicidad e inducción.....	43
	2.3.3.1 Teoría objetiva de la participación.....	43
	2.3.3.2 Teoría subjetiva de la participación...	44
	2.3.3.3 Teoría del dominio del hecho.....	44
	2.3.4 Clases de autoría.....	47
	2.3.4.1 Autoría inmediata.....	47
	2.3.4.2 Coautoría.....	48
	2.3.4.3 Autoría mediata.....	48
	2.3.5 Clases de autoría mediata.....	49
	2.3.5.1 Autoría mediata con instrumento imputable.....	50
	2.3.5.2 Autoría mediata con instrumento sometido a error.....	51

	2.3.5.3 Autoría mediata con instrumento sometido a coacción.....	51
2.4	El cómplice.....	52
	2.4.1 Aspectos específicos sobre complicidad, concepto y formas de complicidad, conceptos y criterios limitativos.....	52
	2.4.2 Formas de complicidad.....	53
	2.4.2.1 Complicidad técnica.....	54
	2.4.2.2 Complicidad intelectual.....	54
	2.4.3 Complicidad por omisión y complicidad en delito de omisión.....	55
	2.4.4 La participación en la legislación penal en Guatemala.....	55
2.5	Régimen sancionatorio. El delito de intermediación financiera.....	61
2.6	Análisis del delito de intermediación financiera.....	69
	2.6.1 ¿Quiénes pueden cometer el delito de intermediación financiera?.....	69
	2.6.2 ¿Cuál es la condición esencial que se debe dar para que una persona (individual o jurídica, nacional o extranjera) cometa el delito de intermediación financiera?.....	69
	2.6.3 ¿Cuál es la otra condición esencial que debe darse para que la actividad de intermediación financiera sea considerada delito?.....	70
	2.6.4 ¿Cómo se da la participación del autor y coautor del delito de intermediación financiera?	70
	2.6.5 ¿A quién o quienes puede beneficiar la comisión del delito de intermediación financiera?	70

2.6.6 ¿Qué tipo de actividades son las que se relacionan y se encuentran tipificadas dentro del delito de intermediación financiera.....	70
2.6.7 ¿En qué consisten las captaciones de dinero?	71
2.6.8 ¿Cual es la forma jurídica de formalización de los instrumentos representativos de captación de dinero en el delito de intermediación financiera?.....	71
2.6.9 ¿En el caso de personas jurídicas a quienes se les considera penalmente responsables o autores del delito de intermediación financiera?.....	71
2.6.10 ¿Cual es la pena para los responsables de este delito?.....	72
2.6.10.1 Prisión.....	72
2.6.10.2 Multa.....	72
2.6.11 ¿A cuanto equivale una unidad de multa?..	72
2.6.12 ¿Qué tribunal es competente para el juzgamiento de este delito?.....	72
2.6.13 ¿Que otras sanciones se encuentra tipificadas para el sujeto activo del delito de intermediación financiera?.....	72
2.6.13.1 Cancelación de patente de Comercio	72
2.6.13.2 Liquidación de personas jurídicas...	73
2.6.13.3 Cancelación de inscripción en el Registro Mercantil.....	73
2.7 Naturaleza jurídica del delito de intermediación financiera.....	73
2.7.1 Delito de naturaleza publica y delito de naturaleza privada.....	73

CAPÍTULO III

3. Derechos y garantías constitucionales	
3.1 Definición.....	75
3.2 Derecho de defensa.....	75
3.2.1 Otorgar la calidad de título ejecutivo a ins - trumentos de formalización de la recepción de dinero.....	76
3.2.2 El Estado no garantiza de manera conve - niente ni defiende los ahorros, ni capitales e inversiones de los ahorrantes e inversionistas	76
3.3 Derecho de propiedad.....	77
3.4 Protección del Estado al capital, el ahorro y la inversión.....	77

CAPÍTULO IV

4. Reforma al Artículo 96 del decreto 19-2002.....	79
4.1 Propuesta de reforma al Artículo citado.....	79
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

La razón que me llevo a escoger el presente trabajo de tesis fue la circunstancia de que a lo largo de mi carrera universitaria pude darme cuenta que a través de la Constitución Política de la República de Guatemala, los constituyentes organizaron jurídicamente y políticamente el Estado, con el fin de proteger a la persona y a la familia garantizando a sus habitantes la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, el desarrollo integral de la persona, siendo responsable en consecuencia del bien común o bienestar general de la población. Dentro de este contexto, se encuentra la protección a la formación de capital, el ahorro y la inversión. Fue en ese orden de ideas que pude darme cuenta de que dichos fines del Estado contenidos en la normativa constitucional, ha quedado como mero ideal.

El Estado no esta cumpliendo con lo preceptuado en la Constitución Política de la República de Guatemala en lo relativo a que es obligación del Estado proteger la formación del capital el ahorro y la inversión porque no existe ninguna disposición legal que establezca y que obligue al intermediario financiero no autorizado a devolver íntegramente el capital que de buena fe le fuera entregado por su legítimo propietario, el depositante, quién con la esperanza de invertir y de obtener un rendimiento de su capital es desposeído del mismo.

Esto constituye por tanto una omisión por parte de los legisladores, por lo que este trabajo de tesis pretende demostrar que como esta regulado actualmente el delito de intermediación financiera no se garantiza el derecho de propiedad de los habitantes de la república, en virtud que cualquier persona puede ser desposeída de sus

ahorros y la legislación vigente no contempla dentro de las sanciones a los responsables de este delito la devolución de los capitales.

Es por lo tanto de vital importancia que se legisle adecuadamente y se modifique el contenido sancionatorio de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y se incluya dentro de las penas para los autores y cómplices del delito de intermediación financiera también la devolución de los ahorros y depósitos a sus legítimos dueños.

Esta regulado que las personas no autorizadas por la Junta Monetaria que ejerzan la actividad de intermediación financiera, cometen el delito de intermediación financiera, también esta regulado que la persona individual o jurídica que cometa este delito sea penada con el pago de una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil *unidades de multa*, y prisión de cinco a diez años inconvertibles a los autores y cómplices del delito de intermediación financiera, es de vital importancia que se legisle que quienes cometan este delito son mancomunada y solidariamente responsables de devolver las inversiones y ahorros a sus legítimos dueños y que los títulos o documentos que respalden cualquier operación que implique la recepción de depósitos de los ahorrantes por parte de los intermediarios financieros que actúan al margen de la ley, deben ser considerados como títulos ejecutivos y de plazo vencido, para poder ejercitarse conjunta o separadamente las acciones civiles y penales; y, que en relación a otras obligaciones que puedan tener los intermediarios financieros no autorizados, deben considerarse como obligaciones que deben atenderse en primer lugar.

Porque no obstante las penas que aparecen por aplicarse en la Ley, a las personas ya sea individuales o jurídicas que cometen el delito de intermediación financiera la ley no los obliga a devolverle sus ahorros a los depositantes, por lo que el depositante se ve desposeído de su capital, de sus ahorros y el país pierde la oportunidad que esos capitales se traduzcan en inversiones en proyectos productivos, en la industria o en el comercio lo que también se ve reflejado en la disminución de fuentes de empleos y en algunos casos en la cancelación de fuentes de trabajo.

El delito de intermediación financiera lastima la economía del ahorrante o inversionista y lesiona la economía nacional, puesto que el ahorrante en la mayoría de los casos ha logrado con esfuerzo y a través de muchos años de trabajo acumular su capital el cual le es arrebatado por el autor o cómplice del delito de intermediación financiera por lo que debe considerarse lesivo a sus intereses y a los intereses del país, ante lo expuesto como esta redactada la legislación vigente, el Estado ha desamparado totalmente al depositante al no incluir dentro de las penas para el delito de intermediación financiera que los autores y cómplices de este delito, deben hacer la restitución de sus ahorros a los depositantes.

El Estado debe proteger la economía de los hogares que pueden quedar arruinadas por personas inescrupulosas, quienes sabiendo que no poseen la autorización de la Junta Monetaria, engañan con argucias y ofrecimientos atractivos a los guatemaltecos, que lo único que esperan es ahorrar y obtener un interés por la inversión de su capital que realizan de buena fe, sin embargo al no estar regulada la devolución de

sus depósitos pueden ser desposeídos totalmente del fruto de su trabajo.

Lo afirmado anteriormente se fundamenta en lo preceptuado por la Ley de Bancos y Grupos Financieros que indica que además de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, constituirán título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento, las libretas de ahorro, certificados de depósito, certificados de inversión, bonos, títulos valores, materializados o representados por medio de anotaciones en cuenta, o bien las respectivas constancias o certificados representativos de dichos documentos, que los bancos y las sociedades financieras autoricen o entreguen para comprobar la recepción de dinero. Previamente a promoverse la ejecución judicial con base en dichos títulos, deberá efectuarse requerimiento de pago hecho por notario.

También esta ley debería incluir como títulos ejecutivos, lo documentos que respalden cualquier operación de recepción de depósitos por parte de intermediarios financieros no autorizados.

Por lo expuesto, el artículo 96 del decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros no garantiza el derecho a la Propiedad Privada, ni garantiza los derechos inherentes a la persona humana, y no contempla la Protección a la formación de capital, el ahorro y la inversión, sobre la base de estas garantías, el Estado deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, que pueda ahorrar sus capitales y en determinado momento invertirlo de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana, puesto que el interés social prevalece sobre el particular. serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza a sus habitantes, en lo expuesto se puede observar que el Estado deja en total indefensión al depositante al no regular dentro del marco sancionatorio que el autor o cómplice del delito de intermediación financiera, aparte de las penas de prisión y pecuniarias, debe restituir al depositante los capitales que ha recibido en deposito de manera ilegal. Debiendo constituirse la persona individual o jurídica que comete el Delito de Intermediación Financiera juntamente con los Administradores, Gerentes, Directores y Representantes Legales como *deudores solidarios mancomunados* los cuales deberán responder con sus propios bienes, aparte de ello, se deberá incluir a los Contadores y Auditores también como responsables del citado delito.

Puesto que en la historia reciente de Guatemala, han existido empresas mercantiles, mal llamadas financieras, cuyos propietarios o directores han amasado cientos de millones de quetzales y luego un día desaparecen sin aviso previo, dejando a millares de guatemaltecos, sin los ahorros fruto de su trabajo.

Como hipótesis del presente trabajo de tesis se plantea lo siguiente: *El Artículo 96 del Decreto 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros, no contempla dentro de las sanciones, la devolución de los depósitos a los depositantes.*

Luego de realizado el trabajo de investigación, la presente tesis queda contenida de la siguiente forma: I) En el capítulo uno se plasman las nociones de intermediación financiera, bancaria regulada e ilegal, la captación de dinero, recepción de depósitos, colocación de títulos bonos y otras obligaciones y el destino de las captaciones; II) En el capítulo dos se aborda el tema del delito, de sujetos del delito, objetos del delito, concurso de delitos, el autor y las teoría de participación, las clases de autoría, el cómplice y formas de complicidad, y especialmente se aborda el tema de un análisis del delito de intermediación financiera, regulado en el artículo 96 del decreto 19-2002, ley de bancos y grupos financieros; III) En el capítulo tres se explica lo relativo a los derechos y garantías constitucionales relacionadas con el derecho de defensa, el derecho de propiedad y la protección del Estado al capital, el ahorro y la inversión; y, IV) en el capítulo cuatro se refiere a la propuesta de reforma al Artículo citado.

Luego en la parte final del presente trabajo se efectúan las conclusiones y se hacen algunas recomendaciones que a mi criterio son importantes para lograr la protección del capital, el ahorro y la inversión de los ahorrantes y de nuestra querida patria Guatemala.

CAPÍTULO I

1. La intermediación financiera

1.1 Definición

Para entrar a desarrollar este interesante tema es de vital importancia que se defina lo que se entiende por intermediación financiera, la que podemos definir desde el punto de vista legal y que se encuentra regulada en el Artículo 3 del Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, que regula: "Intermediación financiera bancaria. Los bancos autorizados conforme a esta ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero o de cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos".

Desde el punto de vista del autor del presente trabajo de tesis, la intermediación financiera se define como: "La actividad realizada con habitualidad por los bancos y sociedades financieras autorizadas de conformidad con la ley, consiste en captar de personas individuales o jurídicas dinero, formalizando la operación a través de cualquier instrumento representativo del mismo y luego este dinero los bancos y sociedades financieras lo utilizan para otorgar créditos a otras personas individuales o jurídicas a quienes previa calificación de riesgo, les es otorgado el financiamiento".

De lo expuesto se puede observar que la intermediación financiera es una actividad regulada dentro de la normativa vigente en la República de Guatemala, es una actividad que únicamente se puede realizar a través del sistema financiero nacional autorizado de conformidad con la ley y bajo la estricta supervisión de la Superintendencia de Bancos, sin embargo, también se puede dar la situación que esta misma actividad sea realizada por personas individuales o personas jurídicas no autorizadas, siendo éste el ámbito del estudio del presente trabajo.

1.2 Intermediación financiera

La intermediación financiera como actividad regulada es de vital importancia en la economía de la República de Guatemala y la de sus habitantes, según Jorge Olcese Fernández cuando se refiere a la intermediación financiera indica: "El funcionamiento de la intermediación financiera se explica por la necesidad de corregir la simple función de captadores de depósitos que muchas instituciones financieras desempeñan en los países en desarrollo. La intermediación financiera es una forma de financiamiento indirecto. La mecánica de esta modalidad consiste en el depósito que los agentes excedentarios realizan en los organismos de intermediación financiera, tales como bancos de fomento y de inversión, que utilizan estos fondos para conceder préstamos destinados a financiar inversiones."¹

De lo expresado por Olcese Fernández se puede deducir que la función que realizan los intermediarios financieros regulados, es la de fomentar la economía de los países en desarrollo facilitando los recursos para financiar proyectos de inversión.

1. La intermediación financiera y la inversión institucional, pág. 9

1.3 Intermediación financiera regulada.

La intermediación financiera regulada como ya se expuso anteriormente, es la realizada por los bancos y sociedades financieras autorizadas de conformidad con la Ley, y el órgano de fiscalización de estas instituciones en Guatemala es la Superintendencia de Bancos, la que basa su actuación en lo preceptuado en el Artículo 1 del Decreto 18-2002 del Congreso de la Republica, Ley de Supervisión Financiera, con vigencia a partir del uno de junio del año 2002, que preceptúa lo siguiente: "Naturaleza y objeto. La superintendencia de Bancos, es un órgano de la Banca Central, organizado conforme a esta ley, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y demás entidades que otras leyes dispongan.

La superintendencia de Bancos tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial."

Por su parte el Artículo 3 del mismo cuerpo legal establece dentro de una de las funciones de la Superintendencia de Bancos la siguiente: "Denunciar, ante autoridad competente, los hechos que puedan tener carácter delictuoso, acerca de los cuales tenga conocimiento por

razón de sus actividades, para lo cual queda autorizada para proporcionar información que identifique a depositantes o inversionistas, cuando sea requerida judicialmente."

1.4 Intermediación financiera ilegal

De la lectura del párrafo anterior se deduce que la Superintendencia de Bancos dentro de sus funciones tendría también la de denunciar ante los tribunales de la República, cualquier tentativa o la consumación del delito de intermediación financiera, situación que en la actualidad no se da, porque en la prensa escrita aparecen anuncios clasificados donde abiertamente invitan a personas capitalistas a que coloquen su capital ofreciendo garantías hipotecarias y en el mismo anuncio ofrecen a los interesados en financiamiento capitales a diversas tasas de interés, esta negociación se enmarca dentro de la tipificación del delito de intermediación financiera, sobre la base de lo estipulado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, que establece: "Delito de Intermediación Financiera. Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí 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 relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representación de dinero, ya sea mediante la recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos,

mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinados dichas captaciones o negocios de créditos o financiamiento de cualquier naturaleza, independiente 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.”

La Superintendencia de Bancos, debería de tener un papel más protagónico ante la actividad que están desarrollando empresas mercantiles que desde el punto de vista del autor del presente trabajo de tesis, están actuando como autores del delito de intermediación financiera en virtud que las actitudes que realizan se enmarcan dentro lo tipificado.

Por su parte Arturo Martínez Gálvez se refiere al delito de intermediación financiera y cuestiona que la tipificación de este delito no se encuentre regulado dentro del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, al respecto indica: “En esta nueva legislación se incluye algo muy importante cual es el delito intermediación financiera. ¿Es técnicamente conveniente que la configuración de un delito, esté dentro de una ley que no pertenezca al ámbito penal? Considero que no. Los delitos, que están dentro del código Penal como una teoría general del delito, deben formar parte de este cuerpo de ley, porque es en éste donde se encuentra toda la sistemática de la ley Penal, como lo son las causas de justificación, las de culpabilidad, las eximentes, las atenuantes, las agravantes y sobre todo las reglas de

interpretación de la ley penal. Crear figuras delictivas fuera del Código Penal es poner en peligro la libertad al no situar en su lugar el bien Jurídicamente tutelado con el riesgo de no perfilar con nitidez su tipicidad, punto este importantísimo dentro de la materia penal, con lo cual se corre el riesgo de afectar el principio constitucional, como deber del Estado, de velar por la seguridad y la libertad. Se cree que por estar regulando una materia que no es ni bancaria porque el delito de intermediación financiera no se refiere a los bancos, autoriza a legislar en lo penal dentro de una rama que no lo es. Es cierto que puede hablarse de un derecho penal bancario, pero estas normas debieran estar en todo caso dentro del contexto del Código Penal, menos, como se dijo, en una materia que no es la bancaria. Conviene subrayar que los códigos penales tienen una parte general y otra especial en donde ésta última se encuentra toda la técnica jurídica del delito, que es a lo que nos referíamos anteriormente, por lo tanto, es inconveniente, -e incondicional, diría yo, que existan normas aisladas de tipo penal dispersas en otras leyes porque rompen la unidad sistemática del Código. Desafortunadamente esta práctica legislativa es usual."²

El autor del presente trabajo de tesis, comparte la opinión del autor Martínez Gálvez en el sentido que la tipificación del delito de intermediación financiera debiera estar regulado dentro del articulado del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.

1.4.1 Autocasa, un ejemplo triste para los guatemaltecos.

En publicación de *El Periódico*, paginas 2 y 3 de fecha 11 de julio de

2. Las crisis financieras y la supervisión, pág. 326

2005, se dio a conocer una cronología de los acontecimientos originados por la “financiera fantasma AUTOCASA” (llamada así comúnmente por la población, por haber desaparecido sin previo aviso) que enumera los hechos de la siguiente manera:

1.4.2 “Cronología

Octubre de 1990:

Autocasa inicia operaciones ofreciendo intereses entre el 7 y el 10 por ciento mensuales por inversiones de capital desde los Q100. Es puntual para pagar. Miles de personas retiran sus depósitos bancarios. El Ministerio de Finanzas establece que sus captaciones diarias oscilan entre los Q300 mil y Q1 millón.

Julio de 1993.

El Ministerio de Finanzas Públicas inicia una investigación por incumplimiento de la retención del impuesto Sobre la Renta a cada inversionista. Se establece que tiene un adeudo por Q16 millones al fisco. Se inicia un juicio económico coactivo.

Noviembre de 1993:

El Ministerio de Finanzas y Autocasa celebran convenio de pago. Autocasa deja saldo pendiente de Q3.7 millones. El 11 de noviembre, Finanzas levanta embargos precautorios. Personeros realizan gran festejo e informan que al día siguiente comenzarían a entregar los cheques por intereses acumulados. Al día siguiente, cuando los inversionistas se presentaron a las

oficinas, encuentran vacío y que los representantes de Autocasa, Otto René y Oscar Cuevas de León y Rudy Zetino, han huido. Los inversionistas nombran a la abogada Magda Carey de Arzú para iniciar las acciones legales en contra de la financiera. Carey logra el embargo precautorio de todas las propiedades de Autocasa.

Diciembre de 1993:

Carey entabla el inédito juicio denominado Concurso necesario de Acreedores, único en la historia de Guatemala.

Julio de 1997:

Los tribunales decretan el embargo definitivo de todos los bienes de Autocasa.

Agosto de 1998:

Juez ordena realizar reconocimientos judiciales para establecer la ubicación, medidas, colindancias y avalúos fiscales y comerciales de cada bien, para su entrega en depósito mientras se soluciona el juicio. El proceso se detiene porque el Juez renuncia aduciendo presiones.

Noviembre 2000:

Se inician diligencias de reconocimiento judicial de las propiedades de Autocasa. Se rescatan 12 de los 14 bienes. Las acciones tropiezan cuando el terreno ubicado en la finca Minerva

es reclamado por la empresa Salaya como su propiedad y entabla recursos que duran mas de cuatro años.”³

1.4.3 Doce años después, Inversionistas de Autocasa podrán recuperar su dinero.

El periodista Amafredo Castellanos, En publicación de *El Periódico*, pagina 2 de fecha 11 de julio de 2005, comentó lo siguiente: “El 12 de noviembre de 1993, incrédulos e impotentes los inversionistas de la financiera Autocasa fueron testigos de la huida de los personeros de esta compañía, tras estafarles los ahorros de toda su vida por un monto de mas de 170 millones. Doce años mas tarde, por fin alcanzan el objetivo de recuperar su patrimonio.

La semana pasada, la sala primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil denegó en forma definitiva el amparo promovido por la Inmobiliaria Salaya, que reclamaba la propiedad sobre uno de los últimos inmuebles de Autocasa y además construyó sobre el terreno un aproximado de 100 casas de ladrillo que se cree pretendía vender.

Las características y el número de casas no se conocen con exactitud, pues el paso está prohibido. No obstante, a la distancia se puede observar que se trata de inmuebles de sólida construcción.

Solo el terreno vale más de los Q100 millones, cuenta con una

3. *El Periódico*, págs. 2 y 3 de fecha 11 de julio de 2005.

extensión de 37.5 manzanas y se ubica en la finca Minerva, Chinautla.

Esta finca, junto a una propiedad pequeña ubicada en el municipio de San Lucas Sacatepéquez, era una de las dos últimas propiedades pendientes de recuperar mediante el juicio colectivo denominado Concurso Necesario de Acreedores, promovido por la representante de los más de nueve mil inversionistas defraudados, Magda Camey de Arzú.

Camey expresó satisfacción por el fallo judicial, pues dijo que permitirá a miles de inversionistas recuperar los ahorros que confiaron en manos de Autocasa.”⁴

1.4.3.1 Más de Nueve mil inversionistas defraudados por Autocasa.

Para el autor del presente trabajo de tesis, es muy importante destacar que del estudio del caso de Autocasa, el número de los inversionistas defraudados, según la publicación de *El Periódico*, son más de nueve mil inversionistas.

Este número de inversionistas de Autocasa, también se hizo referencia por el diario Prensa Libre, quien publicó el 5 de mayo del 2004 un artículo de los periodistas Claudia Méndez Villaseñor y Luis Echeverría, el cual indica: “Reclaman propiedad. Afectados por estafa de Autocasa buscan terreno como pago. “La esperanza es lo último que se pierde”, reza un adagio.

4. *ibíd.*, pág. 2.

Por eso, unos 50 inversionistas que fueron estafados por la financiera Autocasa participaron ayer en una diligencia judicial en busca de justicia, después de 10 años de impunidad.

Sin embargo, una vez más regresaron con las manos vacías. Por segunda vez, la abogada de los afectados, Magda Camey, intentó por la vía legal que un terreno de 37.5 manzanas, ubicado en Chinautla, fuera adjudicado a sus defendidos, como pago por las pérdidas que sufrieron. No obstante, se toparon con un nuevo obstáculo: parte de la propiedad se encuentra a nombre de Inmobiliaria Salayá y no de Autocasa, lo que provocó la suspensión de la diligencia.

Otros dueños: José León Soto, gerente de la compañía, explicó que desconoce los motivos por los cuales intentan repartir la propiedad a los afectados del escándalo de Autocasa. "Ellos buscan un terreno que colinda con la colonia Lo de Fuentes, jurisdicción de Mixco, y que se encuentra a dos kilómetros", indicó. La abogada Camey contradujo las declaraciones de León. "El antiguo propietario, Jorge Ramírez, identificó este terreno como el que vendió a Autocasa en 1993. En dos ocasiones nos acompañó y mantuvo su testimonio. Él asegura que este es el terreno", añadió la abogada.

Las contradicciones entre las partes obligaron a Julieta García, juez de Paz de Chinautla, a suspender la diligencia. Ayer mismo, Camey presentó una denuncia en la Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH) por considerar que se violentan los derechos de los inversionistas.

Estafa millonaria: Diez años de impunidad

En 1993, más de nueve mil inversionistas denunciaron que habían sido estafados por la financiera Autocasa. Así se escribió el primer capítulo en la historia de financieras fantasmas en Guatemala. Junto con los representantes legales de la empresa, desaparecieron millones de quetzales de los inversionistas.”⁵

1.4.4 Inversiones Quetzal, otro ejemplo triste para los guatemaltecos

El matutino Prensa Libre publicó el 27 de enero de 1999 un reportaje del periodista Erick Campos, el cual indica: “Estafa, tres mil guatemaltecos ven esfumarse los ahorros de toda su vida. Inversiones Quetzal alza vuelo con Q60 millones.

Unas tres mil personas fueron timadas por una “financiera”, que hasta el 15 de enero ofrecía intereses superiores a los bancos del sistema, pero desde el 18 cerró sus puertas, y su promotor y propietario no ha sido localizado por los inversionistas.

Desde el lunes 18 el propietario de la financiera de Inversiones Quetzal, Hugo Rene Hidalgo Quiroa, desapareció sin dejar rastro, y con él los ahorros de cientos de personas que habían invertido individualmente de Q20 mil a Q35 mil, con la ilusión de obtener intereses del 5 por ciento mensual.

“Tuve que renunciar en mi empleo, porque tengo 55 años y los

5. <http://www.prensalibre.com/pl/2004/mayo/05/87612.html>

turnos de noche me dañan la vista. Me dieron mi liquidación y decidí invertir el dinero en esta empresa; hoy, que vine a preguntar por mis intereses, me di cuenta de que la financiera ya no existe”, relató María Elena Morataya.

Las oficinas de Inversiones Quetzal, situada en el edificio Schaffer, 4ª. Avenida 12-07 zona 1 están cerradas. “A diario, decenas de personas se acercan al lugar para preguntar por su dinero”, indican empleados de empresas vecinas.

Iniciarán proceso civil.

El abogado Marco Horacio Mejía Ramazzini, de la Asociación de Inversionistas, recopila los casos de las personas afectadas y pedirá apertura a concurso de acreedores, para iniciar el proceso civil respectivo.

Explicó que por el momento procede la vía civil, porque es necesario establecer la razón de la quiebra e insolvencia de la empresa, y determinar si fue premeditada e intencional.

El caso podrá remitirse al ramo penal, y el Ministerio Público, solicitará ordenes de captura, explicó.

“Aunque el propietario de Inversiones Quetzal haya abstraído su patrimonio para evitar responsabilidades civiles, no logrará salvarse de las penales”, enfatizó.

Pérdidas millonarias.

Al igual que la señora Morataya, al menos tres mil personas perdieron los ahorros de toda su vida, de acuerdo con la estimación de la Asociación de Inversionistas.

Mejía Ramazzini consideró que es posible que el capital de la financiera fuera de unos 60 millones, si los tres mil inversionistas hubieran depositado Q20 mil cada uno. “Damos esta aproximación para no ser tan pesimistas”, expresó.

A cambio de pagaré.

A diferencia del mecanismo de inversión sobre garantía hipotecaria, esta empresa sólo entregaba un pagaré. Por Q20mil, los inversionistas debieron haber recibido Q1 mil de interés mensual, puntualizó Morataya.

Inversiones Quetzal inició operaciones en 1993, con un capital de Q5 mil, según datos del Registro Mercantil, donde el 7 de julio de ese año quedó inscrita con el número 151597, a nombre de Hidalgo Quiroa, para llevar a cabo “inversiones en efectivo sobre bienes muebles e inmuebles, y compra venta de mercadería en general”.

La empresa es de carácter individual, y se tiene conocimiento que funcionaba aun antes de haber sido inscrita. En la Cámara de Comercio no hay datos patrimoniales de Inversiones Quetzal.

Muchos de los inversionistas de Autocasa, que quebró precisamente cuando en la época cuando se inscribió Inversiones Quetzal, también tenían depósitos en esta última, se informó.

Otros Casos

Las estafas de parte de financieras “fantasmas” no son algo nuevo en Guatemala. En 1994, Autocasa, Gilsar, Afín, S. A., y más recientemente Inversiones Prime, S. A. dieron cuenta de los ahorros de los guatemaltecos, quienes creyeron en sus ofrecimientos de altas tasas de interés. Los dueños de estas entidades mercantiles desaparecieron, tan misteriosamente como surgieron, y dejaron una secuela de quiebras familiares y hasta empresariales.”⁶

1.5 El delito de intermediación financiera ya se está aplicando.

En el año 2005, el 14 de Septiembre, se publicó un artículo por la periodista Conié Reynoso, en cual informa: “Mas querellas contra Méndez Herbruger. Siete querellas más contra Eduardo Méndez Herbruger, hermano de Jorge Méndez Herbruger, presidente del Congreso, fueron presentadas ayer, por una estafa de Q15 millones a más de 400 inversionistas.

Las querellas se unen a otra planteada el año pasado por uno de los afectados. Las acciones legales también abarcan a Luis Rolando San Román García, representante legal de la Bolsa de Valores

6. Prensa Libre 27-1-1999

Nacional, S.A., y Julio Montes Imeri, representante legal de la empresa Capitales e Inversiones y Valores, S. A.

Mynor Berganza, abogado de los estafados, dijo que se solicitó que los tres sindicatos sean arraigados.

A Méndez Herbruger se le sindicó de intermediación financiera y caso especial de estafa. En 2004 se había girado orden de captura en su contra, pero por un recurso otorgado, quedó en suspenso.

A San Román y a Imeri se les señala de encubrimiento propio y omisión de denuncia, pues habrían sido intermediarios entre los inversionistas y Méndez Herbruger.

Rafael Hernández, conocido como Velorio, uno de los estafados, dijo que desde 1999, invirtieron fondos en la financiera Power Light, de la que Méndez Herbruger era representante legal.

Actualmente, la Cámara de Amparos de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) tiene pendiente resolver un recurso que presentó Méndez Herbruger para que el caso pase de la vía penal a la civil." ⁷

Para el autor del presente trabajo de tesis, el delito de intermediación financiera, siempre se da con el agravante de delito continuado, puesto que como se puede deducir de las diferentes publicaciones efectuadas por los medios de comunicación, el sujeto pasivo del delito, el inversionista, se debe contar en cientos y en algunos casos en miles de personas.

7. *ibid.* Pág. 10, publicada el 14/9/2005

Otra apreciación que se puede hacer de las diferentes publicaciones de prensa citadas, es que anteriormente a la vigencia del Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, el único medio de defensa utilizado por los abogados que patrocinaron a los inversionistas en la defensa de sus intereses, fue seguir por la vía civil, el juicio de Concurso necesario de Acreedores, hasta el año de 1993, un juicio inédito, puesto que nunca se había planteado según el periodista Amafredo Castellanos, posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley de Bancos y Grupos Financieros a partir del 1 de junio del año 2002, ya se planteó juicio a un presunto autor del delito de intermediación financiera, el cual se está llevando actualmente, lo anterior sobre la base de lo publicado por la periodista Conié Reynoso.

Cabe destacar y es importante no olvidar por parte de todos los guatemaltecos los casos de las “financieras fantasmas” que a saber de las publicaciones de prensa citadas, son: Autocasa, Gilsar, Afín, S. A., Inversiones Prime, S. A.; e Inversiones Quetzal. Que en su momento dejaron a miles de guatemaltecos con las manos vacías llevándose los ahorros en muchos casos de toda una vida de trabajo.

1.6 Captación de dinero

Es la actividad que realizan los bancos y sociedades financieras y consiste en la recepción de dinero del público, técnicamente es la recepción de depósitos del público, los cuales constituyen las operaciones pasivas de este tipo de instituciones y por el capital recibido pagan al ahorrante o inversionista una determinada tasa de interés, denominada tasa pasiva de interés.

1.6.1 Historia del depósito de dinero y de los títulos de crédito.

a) El autor Raúl Cervantes Ahumada indica: "Datos históricos:

Desde antiguas edades es conocido el contrato de depósito. En el código de Hammurabi (20 siglos antes de Cristo), se reglamentó. Desde tal fecha, pasando por Grecia y Roma, se ha practicado la operación hasta nuestros días. Aunque el depósito es, en general, un contrato que cualquier sujeto puede celebrar, es la operación bancaria pasiva básica, por medio de la cual el banco se allega capitales para el desempeño de la función bancaria.

b) Depósito regular y depósito irregular:

Por el depósito, el depositario recibe una cosa mueble y contrae la obligación de custodiarla y restituirla. En el depósito ordinario como hemos dicho, el depositario se obliga a custodiar una cosa de la cual no se ha transmitido el dominio, y a devolverla cuando el solicitante lo solicite. Este es el depósito regular, que no es una operación de crédito en el sentido estricto, porque la propiedad de la cosa no se transmite al depositario.

En la historia comercial, quienes tenían dinero lo llevaban a guardar, por razones de seguridad, a una casa de comercio. Y como el comercio no puede tener dineros ociosos, los depositarios comerciales, fueron obteniendo de sus depositantes la autorización para invertir el dinero depositado y devolver otro tanto. Así perdió el depósito

una de sus notas esenciales, y se convirtió en mutuo. "Transfiriéndose el dominio útil en el que lo recibe, se asemeja este contrato al de mutuo, y degenera de la naturaleza de riguroso depósito en irregular.

A pesar del cambio de la naturaleza de la operación, a este contrato comercial traslativo de dominio de la cosa, se le siguió llamando depósito y se le agregó el calificativo de irregular. Este depósito irregular, traslativo, en tratándose de operaciones bancarias, es el contrato bancario por excelencia. Al depósito bancario de dinero se le presume irregular." ⁸

La legislación guatemalteca, específicamente en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, tiene tipificado el depósito bancario de dinero dentro del Capítulo III, del depósito mercantil, sección primera, del depósito irregular, en el que al Artículo 715 indica lo siguiente:

Deposito bancario de dinero. El depósito de dinero transferirá la propiedad al banco depositario, quién tendrá la obligación de restituirlo.

En el Decreto Ley 106, Código Civil, aparece regulado el depósito dentro del Libro Quinto, segunda parte, de los Contratos en particular, y específicamente en el Artículo

8. **Títulos y Operaciones de Crédito.** págs. 234 y 235

1999 indica lo siguiente:

El depósito de dinero en moneda corriente en las instituciones de crédito, esta sujeto a lo dispuesto en leyes especiales.

Se presume nulo el depósito de dinero constituido en persona no autorizada por la ley para recibirlo, salvo prueba en contrario.

c) Forma del depósito bancario regular de dinero:

Raúl Cervantes Ahumada, expone: "Para que el depósito bancario de dinero pueda considerarse como regular o verdadero depósito, la regularidad debe pactarse, y deberá constituirse en "caja, saco o sobres cerrados". Es el antiguo "in sacculo clausu pecunia" del Derecho Romano. Solo en este caso el depósito bancario de dinero se considerará regular, y no transmitirá la propiedad de la cosa al banco depositario.⁹

d) Especies de depósito irregular de dinero:

Cervantes Ahumada indica con relación a este tema lo siguiente: "Especies de depósito irregular de dinero: a) Depósito en cuenta de cheques; b) Depósito de ahorro; c) Depósito de ahorro para la vivienda familiar. Aunque ya los

9. *ibid.* págs. 235 y 236

juristas romanos distinguieron entre depósito y préstamo a los banqueros, a esta última operación, como ya indicamos, se le sigue dando el nombre de depósito. Pero insistimos el depósito bancario irregular tiene naturaleza de un mutuo. Y por medio de esta operación repetimos, los bancos recogen los ahorros del público y obtienen provisión para sus operaciones activas.

El depósito irregular de dinero puede ser a plazo fijo o a la vista, es decir, reembolsable a petición del depositario, en cualquier tiempo.¹⁰

e) El depósito bancario de títulos:

Para Cervantes Ahumada el depósito bancario de títulos se divide en: a) Depósito simple; y b) Depósito en administración. El depósito bancario de títulos de crédito tiene una reglamentación que, en sus aspectos generales, puede considerarse aplicable a todo depósito de títulos, ya que tal operación no es exclusivamente bancaria. También este depósito puede ser regular o degenerar en depósito irregular o mutuo: en el depósito de títulos la regla es contraria al depósito de dinero: la regularidad se presume y la irregularidad (o sea la transmisión de los títulos al banco depositario) debe pactarse expresamente." ¹¹

10. **Títulos y Operaciones de Crédito**. Pág. 236

11. **Ibid.** Pág. 239

f) El contrato de capitalización:

Cervantes Ahumada en relación a este tema indica: "El contrato de capitalización es, en el fondo una modalidad del llamado depósito de ahorro. Desde 1850, en que se funda en Francia la primera sociedad de capitalización, hasta la fecha, este tipo de banca ha pasado por múltiples vicisitudes; y en México aunque hubo intentos de establecer esta clase de bancos en 1902 y 1910, en realidad su desarrollo data de 1932.

En algunos países como los Estados Unidos de Norteamérica, la capitalización esta prohibida; y como su práctica se presta a grandes abusos, en los países donde se permite como entre nosotros se le somete a una vigilancia rigurosa por parte del Estado."¹²

Por su parte el Decreto numero 208, Ley de Sociedades Financieras, Reguló lo siguiente:

Artículo 1º.- Las sociedades financieras son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones, de banca, de inversión, promueven la creación de empresas productivas, mediante la captación y la canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo; los invierten en estas empresas (industriales, agrícolas o ganaderas) ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones, o en

12. *Ibidem*. Pág. 239

forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación, modificación transformación o fusión, siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción.

Solamente las instituciones autorizadas conforme esta ley podrán operar como sociedades financieras y usar en su denominación, en su nombre comercial o en la descripción, de sus negocios, la palabra "Financiera" u otras denominaciones derivadas de dicho término que califiquen sus actividades como de esta índole.

Las instituciones a que se refiere la presente ley, no podrán otorgar créditos, ni de otro modo financiar a empresas domiciliadas fuera de los países que forman la comunidad económica centroamericana.

Artículo 2º.- Las sociedades financieras privadas deberán constituirse en forma de sociedades anónimas y regularán y desenvolverán sus objetivo, funciones y operaciones de conformidad con la presente ley, las leyes bancarias y la legislación general de la República en lo que les fuere aplicable y con las disposiciones e instrucciones de la Junta monetaria y la superintendencia de Bancos en aplicación de tales leyes y sus reglamentos.

1.6.2 Los Bancos, sus operaciones y servicios

De conformidad al Decreto 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos financieros, los bancos autorizados conforme esa ley, podrán efectuar operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

a) Operaciones Pasivas:

1. Recibir depósitos monetarios;
2. Recibir depósitos a plazo;
3. Recibir depósitos de ahorro;
4. Crear y negociar bonos y/o pagarés, previa autorización de la Junta monetaria;
5. Obtener financiamiento del Banco de Guatemala, conforme la ley orgánica de éste;
6. Obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros;
7. Crear y negociar obligaciones convertibles;
8. Crear y negociar obligaciones subordinadas; y,
9. Realizar operaciones de reporto como reportado.

b) Operaciones Activas:

1. Otorgar créditos;
2. Realizar descuentos de documentos;
3. Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito;
4. Conceder anticipos para exportación;
5. Emitir y operar tarjeta de crédito;
6. Realizar arrendamiento financiero;

7. Realizar factoraje;
8. Invertir en títulos valores emitidos y/o garantizados por el Estado, por los bancos autorizados de conformidad con esta Ley o por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requerirá aprobación previa de la Junta Monetaria;
9. Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 6 anterior;
10. Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y,
11. Realizar operaciones de reporto como reportador.

c) Operaciones de confianza:

1. Cobrar y pagar por cuenta ajena;
2. Recibir depósitos con opción de inversiones financieras;
3. Comprar y vender títulos valores por cuenta ajena; y,
4. Servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.

d) Pasivos contingentes:

1. Otorgar garantías,
2. Prestar avales,
3. Otorgar fianzas; y,
4. Emitir o confirmar cartas de crédito.

e) Servicios:

1. Actuar como fiduciario;
2. Comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos;
3. Apertura de cartas de crédito;
4. Efectuar operaciones de cobranza;
5. realizar transferencia de fondos; y,
6. Arrendar cajillas de seguridad.

La junta Monetaria podrá, previa opinión de la Superintendencia de Bancos, autorizar a los bancos a realizar otras operaciones y prestar otros servicios que no estén contemplados en esta Ley, siempre y cuando los mismos sean compatibles con su naturaleza.

1.7 Recepción de depósitos

La recepción de depósitos constituye una operación pasiva dentro del ámbito contable de la persona jurídicamente establecida de conformidad con la ley para realizar la intermediación financiera, esta misma operación realizada por personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras no autorizadas, constituyen el delito de intermediación financiera.

1.8 Colocación de Bonos Títulos u otras Obligaciones

A través de este medio también las personas jurídicamente establecida de conformidad con la ley para realizar la intermediación financiera, logran recibir dinero del público guatemalteco, sobre la base

de colocar dentro del mercado obligaciones garantizada por medio de bonos, títulos u otras obligaciones, pero cuando esta transacción se realiza por personas no autorizadas, también se enmarca dentro del delito de intermediación financiera.

1.9 Destino de las captaciones

La captación de dinero o recepción de depósitos permite a la institución bancaria o sociedad financiera tener capitales para conceder prestamos a personas individuales o jurídicas que necesiten financiamiento, y sobre el capital prestado reciben una tasa de interés, denominada tasa activa, con un margen de utilidad.

Cuando los autores del delito de intermediación financiera, destinan los recursos captados de los inversionistas para negocios de crédito u otorgar financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones, indica la Ley, que cuando el delito es tipificado a una persona jurídica, los responsables penalmente son los administradores, gerentes, directores y representantes legales.

CAPÍTULO II

2. Delito de intermediación financiera

2.1 Definición de delito, desde el punto de vista del Derecho Comparado, Derecho español.

“Delito. Concepto y clases.

Derecho Penal,

El concepto de delito es parte capital del Derecho Penal y ha ocupado siempre un importante papel en su Parte General. Ello porque la adecuada construcción dogmática del mismo es esencial para la calidad científica del Derecho Penal, para la adecuada configuración de las garantías que éste ha de proporcionar en relación a los derechos y a la seguridad jurídica de los ciudadanos y para el valor instrumental de la Parte General con respecto a la Especial. La teoría del delito recoge, de este modo, lo que de universal y común tienen las infracciones penales en particular y lo que los distingue de otros entes jurídicos.

El concepto ofrece dos acepciones:

a) Noción amplia. En este sentido delito equivale a toda especie delictiva, a hecho punible. Se emplea usualmente con este significado si bien el Código utiliza frecuentemente la expresión infracción criminal, hecho delictivo o, simplemente, infracción.

b) Noción restringida o propia. Designaba la más grave de las clases de hechos punibles. No obstante, al utilizar este término el Código de 1995 para designar dos clases de infracciones, habrá que adjetivar el delito como grave o menos grave para acabar de especificar la clase de hecho punible de que se trata.

Por lo que respecta al concepto genérico de delito, a pesar de ciertas aportaciones de las doctrinas filosóficas y sociológicas, se sigue en todo el Derecho actual una noción jurídica, introducida hace casi un siglo por la Escuela Técnico Jurídica. Según ésta el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable castigada por la Ley con una pena. Tal concepción es la que subyace a la caracterización que del delito contiene el art. 10 C.P. que, solidariamente con su art. 5, establece que: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley». Esta sintética definición cumple varias funciones (VIVES ANTÓN, DEL ROSAL):

a) Conceptual. Se fija con ella la idea de delito con que opera el legislador español con validez para todo el Derecho Penal. No se puede configurar un tipo delictivo que se oponga a esta noción de la infracción criminal sin proceder antes a modificar este precepto.

b) Normativa. Según ella sólo pueden y deben ser considerados y castigados como delito o falta aquellas acciones en que concurren los elementos o requisitos de la definición legal, los hechos que no los cumplan no pueden ser considerados delictivos.

c) De garantía. Ya que el artículo comentado supone una consagración integral del principio de legalidad, como imponen también los arts. 9.3 y 25.1 C.E., y arts. 1 y 2.1 C.P., al referirse también a los caracteres internos de la infracción punible y no sólo a la delimitación objetiva de las diferentes especies de infracciones.

No obstante, la funciones que en la antigua normativa penal tenía este precepto en relación a tipos específicos configurados en infracción de los principios penales básicos han perdido peso en el nuevo Código, donde tales tipos han sido eliminados.

La descripción del Código contiene un elemento material, otro ético y otro legal a través de los cuales se expresan los diferentes elementos del hecho delictivo. Éstos son:

1) La acción. Es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena. Debe cumplir, por tanto, diversas condiciones.

En primer término, ha de tratarse de un acto producto de la voluntad humana, sin que, todavía, haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo relevante para la teoría de la acción es que se trate de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad consciente y espontánea. Para que se dé basta que el sujeto quiera su propio obrar. Por eso, este elemento queda excluido del delito cuando se ejerce sobre el sujeto activo directo y aparente una violencia insoportable (antiguamente prevista como eximente de fuerza irresistible en el art. 8.9 del Código de 1973) o éste se encuentra inmerso en la inconsciencia o el completo sopor. Además, esta manifestación de voluntad ha de exteriorizarse; ha de consistir en actos externos, positivos o negativos; pues, de lo contrario, es irrelevante para el Derecho Penal. En consecuencia, el concepto de acción es predicable tanto de los delitos formales como de los materiales.

En segundo término, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el del Derecho. No obstante, el resultado no tiene por qué conducir siempre a una mutación material para que la acción se dé.

En tercer lugar, ha de existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado. La caracterización de este elemento ha dado lugar a diversas concepciones de la acción (teorías causalistas, noción finalista, doctrina social de la acción). Nuestra jurisprudencia se viene decantando últimamente por una postura ecléctica. Así, sobre la base de una teoría causalista como es la de la equivalencia de condiciones (es condición necesaria para producir el resultado toda aquella condición que, suprimida idealmente, daría lugar a que el resultado no se produjese o *conditio sine qua non*), se exige que el resultado sea objetivamente imputable al autor teniendo en cuenta como elemento finalista el del criterio de protección establecido en la norma. No obstante, es muy difícil proporcionar un criterio unitario de la construcción de la relación de causalidad válida para todos los tipos del Código y, por ello, es mucho mejor referirse a esta relación en base a cada tipo concreto.

Por otro lado, el concepto de acción no es unívoco, pudiéndose distinguir tres tipos de acción:

a) La acción propiamente dicha o comisión. Es el supuesto normal, ya que el legislador describe la mayoría de las conductas con referencia al hacer positivo. En cuanto a su caracterización, y por lo que hace a la manifestación de voluntad, se presenta en forma de movimiento corporal, en un hacer algo; en lo que respecta al resultado consiste éste en una mutación del mundo exterior, y en cuanto a la naturaleza de la norma violada ésta es de naturaleza prohibitiva.

b) La omisión simple. Consiste en un no hacer algo. Se caracteriza en cuanto a la manifestación de voluntad, por presentarse como una abstención; en cuanto al resultado, por consistir éste en el

mantenimiento de un estado de cosas, y en cuanto a la naturaleza de la norma violada, por ser de índole preceptiva. La omisión se refiere a deberes jurídicos de actuar consignados en la Ley y no a deberes puramente morales. Modernamente se estima que no existen delitos de omisión sin manifestación de voluntad, sino que aquellos calificados de esta forma son en realidad delitos imprudentes en los que la inacción no se produce por una directa determinación volitiva, sino por falta de la diligencia debida. El Código Penal recoge numerosos delitos de omisión simple como los arts. 195.1, 226, 408, 412, etc.

c) La comisión por omisión. Estriba en un no hacer alguna cosa, igual que el caso anterior, pero se equiparan a los de resultado en que son causa de la producción de una mutación en el mundo exterior al no haber hecho el agente lo que de él se esperaba. Se caracterizan en cuanto a la manifestación de voluntad, por presentarse como una abstención; en cuanto al resultado, por consistir éste en una mutación de la realidad objetiva, y en lo relativo a la naturaleza de la norma violada, al quebrantarse una ley prohibitiva mediante la infracción de una previa ley preceptiva. Es preciso diferenciar los delitos de comisión por omisión de aquellos otros que se cometen por comisión, pero eligiendo el agente un medio omisivo. La diferencia estriba en la previa infracción de la ley preceptiva que se produce en los primeros. El sujeto activo ha de ser que con arreglo al Ordenamiento Jurídico, ya sea por ley, por obligación contractual o por deber o derecho público, está constituido en garante de que el resultado no se producirá (S.T.S. 26 de marzo de 1994). Pueden entenderse como ejemplos que admiten también este tipo de acción los delitos de los arts. 195.3, 196, 407 o 467.2 C.P. De igual manera,

el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de formas imperfectas de ejecución en estas infracciones (S.T.S. 28 de enero de 1994).

La insatisfactoria regulación de esta especie delictiva en el Código de 1973, en el que sólo una interpretación extensiva del principio de legalidad permitía admitirlas, ha motivado que el Código Penal de 1995, mejorando incluso los arts. 10 y 11 de los Proyectos de 1992 y 1994, subsane este defecto y contemple específicamente el caso en su art. 11, que establece que: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». Se ha decantado así el Derecho español por una tipificación genérica a través de una cláusula general, inspirándose en el parágrafo 13 del Código Penal alemán y el art. 10 del portugués, y no por una tipificación pormenorizada en la Parte Especial del Código, sin duda por la especial dificultad que conlleva la definición de todas aquellas conductas en que se halla presente el deber de actuar en garantía de derechos subjetivos penalmente protegidos. La benignidad de las penas con las que se castigan estos delitos en la Parte Especial explica que no se establezca una cláusula general de atenuación para la comisión impropia que permita al Juez, como en el Derecho alemán, ponderar la menor energía criminal que conlleva esta modalidad. Para poder aplicar esta disposición se requiere, pues, que la no evitación del resultado equivalga materialmente a su causación; que no se trate de delitos que excluyan la forma omisiva o

en los que los medios comisivos estén taxativamente predeterminados; que concurra en el sujeto activo un deber jurídico de garantía del bien protegido, en todo caso existente en las circunstancias que se consignan en los apartados del precepto; y que la infracción del deber sea dolosa si se trata de delitos dolosos.

2) La tipicidad y la antijuridicidad. La acción ha de ser típica y antijurídica. Es decir, la acción ha de hallarse descrita objetivamente por la Ley de modo que sea subsumible en alguna de las categorías legales descritas por el legislador por ser contraria a Derecho. La tipicidad, expresada en la locución «penadas por la Ley» del art. 10 C.P., constituye la *ratio essendi* de la antijuridicidad, ya que no existe una antijuridicidad específicamente penal. El legislador penal selecciona aquellas violaciones de cualquier otra rama del Derecho Objetivo que considera más relevantes y autoriza el ejercicio del *ius puniendi* respecto de ellas; de modo que la acción es penalmente antijurídica porque está tipificada como infracción criminal. Si no lo estuviera no sería un ilícito penal, sino un comportamiento antijurídico perteneciente exclusivamente a otra rama del Derecho Objetivo, un ilícito civil, administrativo, etc.

3) Culpabilidad. La acción típicamente antijurídica ha de ser culpable, es decir, imputable al autor a título de dolo o imprudencia. Tal elemento se expresa en la locución «dolosas o imprudentes» del art. 10 C.P. y tiene como presupuestos la imputabilidad del agente y la no concurrencia de error esencial invencible en el mismo. La ausencia de la cualidad dolosa o imprudente en la acción determina la concurrencia de caso fortuito, si bien éste ya no cuenta en el nuevo Código con disposición expresa a él referida. En virtud de lo dispuesto en el art. 12 C.P. la punición de la infracción imprudente deberá, además, estar expresamente prevista en la Ley.

4) Punibilidad. La acción ha de estar penada en la Ley que, por imperativo del art. 81.1 C.E. sólo puede ser orgánica, incluso en caso de multa, dada la posibilidad de sustitución de éstas. Supuesta la tipificación de la infracción es este elemento el que distingue el ilícito penal de otros. La posibilidad de imposición de la pena cuenta como presupuesto con el cumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad y con la correcta constitución del proceso penal, que tiene carácter necesario en este ámbito y sin el cual el ius puniendi del Estado no puede realizarse (arts. 3.1 C.P., 1 L.E.Cr., y 1.1 L.O.P.M.).

La concurrencia de cualquier hecho ajeno a la acción delictiva que excluya cualquiera de estos elementos da lugar a las eximentes de la responsabilidad criminal del art. 20 C.P. o a las implícitas en el Código (caso fortuito y vis absoluta) y en el caso de la punibilidad, a las genéricamente denominadas excusas absolutorias (arts. 218.2, 268, 305.4, 307.3, 308.4, 427 etc.). La concurrencia parcial, sin falta de elemento esencial de la eximente, la degrada a atenuante (art. 21.1 C.P.) y la de determinadas concausas que afecten a la antijuridicidad, a la culpabilidad o, incluso, a la propia punibilidad pueden producir la agravación o atenuación de la responsabilidad del sujeto activo (arts. 21 y 22 C.P.).

En cuanto a clases, podemos hacer numerosas clasificaciones según el criterio que empleemos. Así, atendiendo a la manifestación de voluntad, distinguimos entre: delitos de acción, delitos de omisión y delitos de comisión por omisión. Atendiendo al resultado, diferenciamos entre delitos materiales, que exigen un resultado para su consumación; delitos formales, que se consuman con la simple manifestación de voluntad, y también entre delitos de lesión, que son aquellos que dañan materialmente el bien jurídicamente protegido, y delitos de peligro, que lo hacen idealmente al determinar la puesta en

situación de riesgo de dichos bienes. Atendiendo al grado de su perfección, se clasifican en intentados, frustrados (categoría refundida con la anterior en el Código) y consumados; con las subespecies de los delitos agotados e imposibles. Atendiendo a la forma de culpabilidad se distingue entre dolosos e imprudentes. Si bien estas últimas clasificaciones tienen su base en el articulado del Código (arts. 14, 15 y 16, por un lado, y arts. 5, 10 y 12, por otro), la clasificación legal que aparece en el Código en su art. 13 hace referencia a la gravedad de la infracción manifestada en las penas. El precepto establece que: «Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve». La gravedad de las penas se especifica en el art. 33 C.P. No obstante, hay que advertir que esta gravedad no queda determinada en el art. 33 por la duración de las penas exclusivamente, sino que hay que tener en cuenta el criterio de su contenido o naturaleza. Con este precepto, el Código de 1995 adopta una clasificación tripartita de la infracción punible en contraposición a la clasificación bipartita del art. 6 del Código de 1973 (delito-falta). La razón fundamental de ello ha sido la de acomodar el Derecho Sustantivo al Derecho Procesal que, desde hacía algún tiempo, establecía unos procedimientos específicos para el enjuiciamiento de los delitos considerados menos graves (V. atenuantes, circunstancias; agravantes, circunstancias; dolo; eximentes de la responsabilidad criminal). [R.D.R.]".¹³

13. © Espasa Calpe, S.A.

2.2 El Delito

Delito según Jiménez de Asua, citado por Griselda Amuchategui Requena: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable”.¹⁴

Antes de tratar directamente los aspectos relativos al delito, es oportuno precisar las nociones pertinentes acerca de quienes son sus sujetos y cuales son sus objetos, para sí tener una idea más clara de dichos aspectos que forman parte integral y necesaria de aquel.

2.2.1 Sujetos del delito.

Según Amuchategui Requena: “En derecho penal, se habla constantemente de dos sujetos que son los protagonistas del mismo: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El sujeto activo, es la persona física que comete el delito, se llama también delincuente, agente o criminal. Este último vocablo lo maneja la criminología.

Es conveniente afirmar, desde ahora, que el sujeto activo siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad y otras características. Cada tipo señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo. Nunca una persona moral o jurídica podrá ser sujeto activo de algún delito, cabe mencionar, que en ocasiones, aparentemente es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que lo ideó, actuó y, en

14. **Derecho penal**, pág. 43

todo caso, ejecutó el delito. Solo la persona física puede ser imputable y capaz.

El sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Por lo general, se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la Nación, entre otros.

También se puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito, en algunos casos como en el robo.

De la conducta, es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado, y del delito. es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.”¹⁵

2.2.2 Objetos del delito.

Según Amuchategui Requena: “En derecho penal se distinguen dos tipos de objetos: el material y el jurídico.

Material.

El objeto material es persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa.

15. *Ibid.*, págs. 34 y 35

Jurídico.

El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. Recuérdese que justamente en razón de este criterio, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídicamente tutelado). Cada título del Código agrupa los delitos, atendiendo al bien jurídicamente tutelado.”¹⁶

2.2.3 Concurso de delitos.

Indica Amuchategui Requena: “El concurso es el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y su resultado; es la concurrencia o pluralidad de conductas, de resultados típicos de ambos.

Concurso Real o Material.

El conducto real o material se presenta cuando varias conductas se producen diversos resultados. Aquí existen pluralidad de conductas y pluralidad de resultados.”¹⁷

El Artículo 69 del Código Penal Guatemalteco al referirse al concurso real indica: “Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente,

16. **Ibid.**, págs. 36 y 37

17. **Ibid.**, pág. 38

princiando por las más graves, pero el conjunto de penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración; si todas tuvieran igual duración no podrá exceder del triple de la pena”

Concurso ideal o formal.

Para Amuchategui Requena: “El concurso ideal o formal ocurre cuando con una sola conducta se producen varios resultados típicos (delitos), en cuyo caso se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados”.¹⁸

El Código Penal Guatemalteco al referirse al concurso ideal indica: “En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte”¹⁹

2.3 El Autor

La participación en el delito

El licenciado Estuardo Gálvez Barrios indica: “Conceptos generales. Los preceptos contenidos en la parte especial de los códigos penales describen regularmente acciones de una sola persona,

18. **Ob. cit.**, pág. 38

19. **Ob. cit.**, art. 70

por eso la mayoría de las descripciones típicas empiezan con el *quien* anónimo; sin embargo, muchos delitos no son cometidos en forma individual, en su comisión intervienen varias personas que a su vez pueden estar vinculadas en relación con el hecho punible de muy distintas maneras. De lo anterior surge la necesidad de que exista una teoría que defina la calidad que cada sujeto debe tener según el lugar que haya ocupado en la realización del delito.

La teoría de la participación constituye una parte de la teoría del tipo. Para el tratamiento de los problemas de participación la doctrina reconoce fundamentalmente dos formas de solución, el concepto unitario y el concepto dualista.

2.3.1 Concepto unitario de autor

Dentro de este concepto se comprende como autores a todos los sujetos que prestan una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho.

Bajo este punto de vista prevalece el criterio de causalidad, reservando al juez el castigo de cada uno de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho. Se deja por un lado el criterio de la accesoriedad que más adelante será analizado; bajo este concepto todos son autores, en virtud de lo cual la mayor o menor pena para cada uno de ellos dependerá de la importancia de su contribución al delito.

2.3.2 Concepto dualista de la participación

La doctrina dominante y el Derecho Penal alemán distinguen, cuando varias personas participan de un hecho punible, entre autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como formas de participación secundarias.

Esta distinción como ha quedado dicho, desconoce el concepto o criterio unitario del autor, posibilita concebir cada contribución al hecho según corresponde a su importancia concreta y a su especial disvalor de la conducta.

2.3.3 Delimitación entre la autoría, complicidad e inducción

Tradicionalmente dos han sido los postulados que han pretendido sentar las bases que permitan diferenciar entre la autoría por una parte y las otras formas de participación que son la complicidad y la inducción.

2.3.3.1 Teoría objetiva de la participación

Según esta corriente doctrinaria, autor es quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causalidad del resultado puede fundamentar autoría alguna (prestar el arma homicida), desde el punto de vista de esta teoría, la inducción y la complicidad son categorías que amplían la punibilidad a acciones que quedan fuera del tipo ya que con este criterio sólo podría sancionarse al que por sí mismo mata, lesiona, roba, etc. Para esta teoría lo importante

es establecer si el sujeto realizó o no a acción típica para así considerarlo como autor.

2.3.3.2 Teoría subjetiva de la participación

La teoría citada plantea que es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica, desde este punto de vista también el inductor y el cómplice son en sí autores, toda vez que el sujeto que prestó el arma homicida contribuyó con el resultado típico aunque no realizara en forma directa la acción homicida. Para esta teoría no interesa el grado de contribución que un sujeto tuvo en la comisión de un delito, basta con su intención delictiva y su contribución aun mínima en el hecho para ser considerado autor.

2.3.3.3 Teoría del dominio del hecho.

Según la doctrina dominante ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva son apropiadas para establecer la esencia de la autoría y a la vez para establecer claramente la diferencia entre ésta y las otras formas de participación.

Cada una de esas teorías caracteriza correctamente parte del problema aunque aisladamente se desvirtúa. Es preciso, entonces, hacer una síntesis de ambas opiniones doctrinales, ese es el objetivo de la teoría del dominio del

hecho, que hace poco se ha constituido en la posición dominante.

Según esta teoría, el concepto de autor no puede limitarse a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra.

A la teoría del dominio del hecho también se le ha denominado *Teoría final objetiva*, según algunos autores. Esta tiene en gran parte su origen en la teoría finalista de la acción.

Autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras los que toman parte en el delito sin dominar el hecho son cómplices o inductores.

Conforme esta teoría la actuación de un sujeto en el delito puede darse como autor, en el supuesto de que el sujeto domine el hecho; o bien como cómplice en el caso de que se coopere en la realización de un delito. En tanto que la inducción se constituye en una forma de participación secundaria por la cual un sujeto provoca o crea en otro la resolución o decisión de cometer un delito.

Para establecer quién o quienes tuvieron el dominio del hecho, es preciso conocer todas las circunstancias en que éste se cometió, ya que no se pueden determinar los elementos que definan el concepto de dominio del hecho.

Dominar el hecho quiere decir haber tenido el manejo y la decisión del mismo, haber tenido en sus manos la decisión de consumir o no el hecho; el que ha tenido el dominio del hecho en el sentido de haber tenido su manejo y haber tenido la decisión de llevarlo a la consumación será autor, el sujeto que simplemente ha colaborado, sin tener poderes decisorios respecto de la consumación o desistimiento es cómplice, y el que ha creado la resolución criminal en otro es inductor. Así, por ejemplo, el que presta un arma de fuego para dar muerte a una persona será cómplice, toda vez que no está en sus manos la decisión de matar o no, lo anterior debido a que aun habiendo prestado el arma de fuego, el homicidio pudo no haberse consumado.

En todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo, el que obra sin dolo carece del dominio del hecho, por lo tanto el problema de la distinción entre autores y cómplices sólo se presenta en los delitos dolosos. No puede haber complicidad en delitos culposos, toda vez que no se puede prestar ayuda para la comisión de un delito cuando nadie ha imaginado la comisión del mismo por falta de voluntad. Cabe señalar que los autores alemanes y la mayor parte de la doctrina moderna consideran que la teoría del dominio del hecho es la teoría que define la diferencia entre autoría por un lado y la complicidad y la inducción por otro.

Para la teoría del dominio del hecho, autor como quedó indicado es quien, como "figura central" del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta

manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo.

No será considerado autor, quien sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve como "figura marginal" del suceso real, la comisión del hecho, sea como cómplice o como inductor.

2.3.4 Clases de autoría

La doctrina señala que el dominio del hecho puede presentarse de diferentes maneras, provocando así diferentes clases de autorías: inmediata, coautoría y mediata.

2.3.4.1 Autoría inmediata

Esta forma de autoría se manifiesta como dominio de la acción, que consiste en la realización por sí mismo de la propia acción delictiva. Es el caso del sujeto que realiza la acción con su propia mano, ejemplo: el que toma la cosa mueble en el hurto; el sujeto que dispara el arma de fuego dando muerte a una persona en el homicidio. El autor inmediato se identifica con el *quien*, anónimo con el que empiezan la mayor parte de los tipos penales: quien diere muerte... (art. 123 *Código Penal*, homicidio). Quien yaciere con mujer... (art. 173 *Código Penal*, violación). Quien con propósitos sexuales sustrajere o retuviere a una mujer... (art.181 *Código Penal*, rapto propio).

2.3.4.2 Coautoría

Se da a través del dominio funcional del hecho, que consiste en compartir el dominio funcionalmente con otro u otros sujetos. En esta forma de autoría, es necesaria la participación de dos o más personas que ponen de acuerdo en la realización del delito, compartiendo el dominio del hecho. Cada autor es penado como autor.

2.3.4.3 Autoría mediata

Se manifiesta como dominio de la voluntad, que consiste en dominar el hecho a través del dominio de la voluntad del otro.

La autoría mediata es una construcción jurídica aceptada por la doctrina y el Derecho Penal alemán, principalmente porque en el sistema moderno sobre participación no sólo es autor el que realiza el acto de ejecución de propia mano, sino quien se vale de otro ser humano para realizar el delito.

Para la existencia de la autoría mediata es indispensable la participación de dos o más personas, toda vez que será indispensable la presencia de un sujeto que domina el hecho (llamado autor mediato) y otro sujeto que es utilizado por el autor mediato para la realización del delito (instrumento). La participación del autor mediato y el instrumento es indispensable para esta forma de autoría.

Hemos dicho que la autoría mediata no se diferencia de la inmediata desde el punto de vista de la causalidad: tanto la acción del autor inmediato como del autor mediato deben estar en relación de causalidad con la realización del hecho típico. La diferencia entre ambas formas de autoría está en el modo como el autor mediato contribuye al resultado. Lo hace mediante el acto de conectar para la ejecución de la acción típica a una tercera persona.

Conforme lo anterior podemos afirmar que mientras la autoría inmediata identifica al sujeto que realiza la acción con su propia mano, la autoría mediata requiere la presencia de dos o más personas, una que tiene el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad de otra persona que es utilizada como instrumento. Es indispensable que entre autor mediato e instrumento no exista acuerdo en común en cuanto a la realización del delito, toda vez que de haber acuerdo el instrumento dejará de ser tal para convertirse en coautor”²⁰

2.3.5 Clases de autoría mediata

El licenciado Gálvez Barrios refiere que: “Manifiesta el maestro Castillo González, que han sido la doctrina y jurisprudencia alemanas los que han dividido los casos en los cuales se presenta la autoría mediata. Es importante señalar que existen diversas formas de autoría mediata, algunas bastante complejas en su construcción, siendo que la presente investigación va dirigida no sólo a respetables colegas sino también a nuestros amigos

20. **La participación en el delito**, págs., 11-22

estudiantes, nos limitaremos a identificar únicamente tres formas de autoría mediata.

2.3.5.1 Autoría mediata con instrumento inimputable

Esta forma de autoría mediata aparece cuando el autor mediato utiliza a un menor o a un inimputable como instrumento, para realizar por su medio, el tipo penal.²¹

El Artículo 23 del Código Penal establece que: "No es imputable: 1º. El menor de edad; 2º. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente."

Indica también el licenciado Gálvez Barrios lo siguiente: "Básico para entender el concepto de inimputabilidad en nuestro derecho, es considerar que nuestro legislador toma en cuenta para definir este concepto defectos que *afectan el campo intelectual* ("comprender el carácter ilícito del hecho") o el campo volitivo ("determinarse de acuerdo con esa comprensión").

21. **Ibid.**, pág., 23

Conforme lo anterior nosotros vemos la existencia de autoría mediata cuando un adulto se vale de un menor de edad para cometer hurto o robo, en ese caso no obstante que el adulto no toma la cosa mueble, sí mantiene el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad del menor.”²²

2.3.5.2 Autoría mediata con instrumento sometido a error

El licenciado Gálvez Barrios indica: “Bajo esta forma de autoría mediata, dentro de otros podemos analizar dos supuestos que son, el de la autoría mediata que existen cuando el autor mediato hace caer en error al instrumento o bien cuando el autor mediato se aprovecha del error en que se encuentra el instrumento.

2.3.5.3 Autoría mediata con instrumento sometido a coacción

La autoría mediata puede presentarse en aquellos casos en los que el determinador crea o se aprovecha de un estado de coacción en que se encuentra el instrumento. Poco importa, en tales hipótesis, que sea el mismo autor mediato quien haya producido la causa de inculpabilidad en que consiste la coacción, o simplemente que se aproveche de un estado de inculpabilidad por coacción creada por un tercero.

22. **Ob. cit.**, pág. 24

Esta forma de autoría mediata se fundamenta en la ausencia de libertad del instrumento que es la consecuencia inmediata del estado de coacción en que se encuentra”.²³

2.4 El Cómplice

2.4.1 Aspectos específicos sobre la complicidad, concepto y formas de complicidad, conceptos y criterios limitativos

El autor Gálvez Barrios al referirse a este tema indica: “Entendemos por complicidad el auxilio doloso de un hecho dolosamente cometido por otro.

Este auxilio o ayuda no siempre tiene que manifestar un acuerdo previo, pues el autor no necesita saber que se le está ayudando, este es el caso de la llamada *complicidad oculta*.

Debe hacerse hincapié en que no existe complicidad en un hecho ajeno culposo ni complicidad culposa pues en un delito culposo toda participación causada al hecho de ser tomada como autoría, por la falta en todos los intervinientes de previsión del resultado típico como posible consecuencia (culpa inconsciente), no pudiéndose diferenciar entre autor y cómplice. En la culpa consciente la ley ha dejado por fuera la participación. La conducta realizada por el cómplice debe estar vinculada al hecho principal, se circunscribe a prestar ayuda o auxilio para la realización del hecho punible.

23. **Ob. cit.**, págs. 24 - 27

La complicidad debe ser dolosa, en sus dos elementos, debe ser conocida y querida por lo menos a título de dolo eventual.

La mayoría de la doctrina considera que esa ayuda o cooperación debe ser causal para la comisión del hecho principal, de modo que existirá complicidad tentada en el caso de que el autor, por ejemplo, no utilice los medios facilitados por el cómplice para llevar a cabo el hecho, si no hay por parte del cómplice reforzamiento del dolo, sea apoyo psíquico, a una persona ya determinada a cometer el ilícito, llamado por la doctrina complicidad intelectual.

En conclusión, toda ayuda aunque sea pequeña, siempre que favorezca al hecho será complicidad, pero una cooperación aunque sea grande sino sirve al autor es impune y no habrá complicidad.

Desde nuestro punto de vista compartimos la necesidad de mantener el requisito de causalidad para la existencia de la complicidad, es decir el requisito de la cooperación haya sido de utilidad para la realización del delito.

2.4.2 formas de complicidad

Dentro de este tópico vamos a hacer alusión a dos formas: la complicidad técnica o material y la intelectual, también llamada física y psíquica.

2.4.2.1 Complicidad técnica

Esta es llevada a cabo mediante un acto físico, por ejemplo proporcionar el arma homicida.

2.4.2.2 Complicidad intelectual

Esta puede ser llevada a cabo a través de un concepto que ayude a realización del hecho o mediante el reforzamiento del dolo, es decir, la invitación a la comisión de un hecho delictuoso a alguien que ya esta determinado a cometerlo.

No necesariamente se dan las dos formas totalmente separadas, es posible que una ayuda técnica sea a su vez, cuando es conocida por el autor principal, apoyo moral a la voluntad de este ultimo, o sea complicidad intelectual.

Esto es importante en el caso de complicidad frustrada, es decir, cuando el autor no utiliza el medio proporcionado por el cómplice, al autor la viabilidad de su proyecto, el participe responderá por complicidad intelectual.

Peor en ambas formas, los medios de cooperación como antes se dijo son ilimitados. Todo favorecimiento doloso de un hecho ajeno constituye complicidad.

2.4.3 Complicidad por omisión y complicidad en delito de omisión

La complicidad se realiza generalmente mediante actos positivos pero también se puede dar mediante omisiones, pero es necesario, que el acto dolosamente omitido lo haya sido con el propósito de cooperar o participar en el delito, es necesario que exista relación de causalidad entre la omisión y el resultado y que quien se abstuvo de obrar lo haya hecho con el propósito de contribuir de ese modo a la comisión del delito.

Ambos elementos - la omisión y el ánimo de colaborar en el delito - deben concurrir; de faltar alguno de ellos no se podrá hablar de complicidad (tampoco de inducción)".²⁴

2.4.4 La participación en la legislación penal en Guatemala

El licenciado Gálvez Barrios al referirse a este tema indica: "El actual *Código Penal* guatemalteco fue promulgado en 1973 sin que hasta la fecha se le hayan incorporado mayores reformas en su parte general, en tanto que las reformas introducidas a la parte especial sólo han creado desorden y confusión por falta de una adecuada técnica legislativa y conocimientos especializados sobre la materia.

En materia de participación el *Código Penal* guatemalteco mantiene su estructura original, así vemos que el artículo 35 considera responsables penalmente de los delitos, a los autores y a los cómplices, siendo autores según el artículo 36:

24. **Ob. cit.**, págs. 29 - 34

1. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. Aquí claramente vemos que se regula la autoría inmediata, o sea, a aquellos que realizan de propia mano el tipo penal.
2. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.

En este numeral vemos como se eleva a la categoría de autor al inductor, o sea, al que "induce" con lo cual se rompe el esquema dominante que considera la inducción como forma secundaria y no como autoría, oportuno es señalar que si bien es cierto el inductor en la mayor parte de legislaciones como sucede en Costa Rica está castigado con la misma pena que la del autor, eso no significa que en buena técnica, su inclusión como forma de autoría sea irrelevante, toda vez que la participación caracteriza a aquellas personas que tomando parte en el delito no realizan la acción típica; por lo cual, las formas secundarias de participación como ya ha quedado asentado alcanzan a los cómplices e inductores. Determinar a otro a matar a un tercero (inducir) no es matar a otro.

Debe notarse cómo el numeral 2, a que nos estamos refiriendo eleva por un lado a los inductores a la categoría de autor cuando menciona "a quienes induzcan directamente a otros a ejecutarlo", pero también se refiere a "quienes fuercen directamente a otro a ejecutarlo", indiscutiblemente que aquí se cobija a algunos supuestos de la autoría mediata con instrumento sometido a coacción pero se debe mencionar que el Código Penal en referencia no contiene ningún artículo en donde se regule la

autoría mediata a excepción del caso citado, dejando por fuera los casos de autoría mediata con instrumento bajo error.

Luego continúa señalando el artículo 36 como autores a quienes:

3. Cooperan a la realización del delito ya sea en su preparación o en su ejecución con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.

Aquí es importante destacar:

- a) Que al igual como se eleva a la categoría de autor al inductor, ahora en el párrafo indicado se eleva a autor al cómplice que ayuda con un acto sin el cual el delito no se hubiere podido cometer.
- b) Tratando de seguir el modelo español en el Código penal guatemalteco, se quiso clasificar a los cómplices en primarios y secundarios.

Son cómplices primarios los que prestan al autor o autores un auxilio o cooperación "sin los cuales no habría podido cometerse el delito".

Cómplices secundarios son los que de cualquier otro modo cooperan en la ejecución del hecho o prestan ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo.

Esta distinción entre cómplices primarios y secundarios o necesarios y no necesarios es inconveniente. Primero porque tanto los cómplices primarios como los secundarios obran

siempre con el ánimo de proporcionar al autor o autores una ayuda en la comisión del delito. El elemento subjetivo de la participación es idéntico en ambos, pues ni los cómplices primarios, ni los secundarios quieren cometer el delito como propio, sino proporcionar algún medio de colaboración para que la persona o personas interesadas en él lo realicen, por lo que únicamente existe diferencia material. En tanto la ayuda de los cómplices secundarios es contingente, es decir, no indispensable para la producción del resultado pero coincidiendo ambas categorías en el aspecto subjetivo, por lo que es inadecuada la elevación del cómplice primario a la categoría de autor.

Bacigalupo señala que a este tipo de autores no se les debe interpretar dogmáticamente como tales sino, que se trata de una equiparación legislativa de las penas que amenazan a los que prestan una ayuda sin la cual el hecho no hubiera podido cometerse.

La distinción entre complicidad necesario y no necesaria genera dificultades prácticas que se presentan para diferenciarlas, pues muchas veces es imposible establecer la importancia o eficacia mayor o menor del aporte prestado por el cómplice, en virtud de lo cual las reglas de participación tienen que ser técnicamente establecidas en un nuevo *Código Penal*.

El artículo 36 que se ha venido analizando finalmente en el numeral 4º. Considera autores a:

Quienes habiéndose concertado con otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

Aquí vemos nuevamente que el sujeto que se incluye en ese párrafo realmente no es autor y si bien se le castiga por haber cooperado en el ánimo del ejecutor al extremo de estar presente en el momento de la consumación del hecho, lo cierto es que eso no es autoría, si dos sujetos se ponen de acuerdo en violar a una niña y uno de ellos observa como el otro ejecuta el acto, la observación de ese acto no es ejecución de violación, ejecuta el autor por sí o por medio de otro del que se sirve, el ponerse de acuerdo en cometer un delito y estar presente en su ejecución sin realizar ninguno de los elementos del delito.

No constituye más que una cooperación intelectual, vemos entonces como se institucionaliza una injusticia a través de un error conceptual, aquí tampoco cabe ninguna interpretación puesto que cuando el sentido de la ley es claro no se debe desatender su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

Por su parte, el artículo 37 del mismo cuerpo legal mencionado establece que son cómplices:

1. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
2. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.

3. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito.
4. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

Dos afirmaciones haré en relación al artículo citado:

Por un lado el legislador trató de señalar las formas de complicidad limitándolas a quienes animan, a quienes prometen ayuda o cooperación, a quienes sirven de enlace o actúan como intermediarios entre los partícipes.

Si se hubiera definido correctamente al autor, al cómplice y al inductor, el artículo contentivo de la complicidad perfectamente hubiera podido señalar que son cómplices los que prestan al autor o autores cualquier auxilio o cooperación. En esta redacción quedan comprendidos los supuestos que el legislador contempló y cualquier otro supuesto que pudiera darse. Es inconveniente pues, que se pretenda enmarcar las formas en que el cómplice puede cooperar con el autor ya que eso realmente es imposible, advirtiéndose que en materia de participación nuestro código Penal mantiene una estructura inadecuada y alejada de la doctrina moderna, no obstante que en materia procesal penal tenemos uno de los códigos más modernos y técnicamente estructurados de América Latina".²⁵

25. *Ibid.*, págs. 35 - 43.

2.5 Régimen Sancionatorio. El delito de Intermediación Financiera

En el ámbito del castigo o pena para el autor o cómplice del delito de intermediación financiera, el autor Arturo Martínez Gálvez indica: "No es posible lograr una supervisión eficaz si no existe un régimen sancionatorio que sea lo suficientemente disuasivo. Como tampoco la estabilidad de un sistema financiero. Los intereses del banquero y del mundo financiero en general van más allá de un concepto de moralidad en las relaciones de mercado. Pareciera natural que el interés económico solo vea relaciones de índole económica y financiera, sin calificar las actuaciones desde la óptica de la ética, más bien esta actitud es contraria o por lo menos indiferente, a las reglas y principios del mercado. Y muchas veces mas ya no es una cuestión solo de ética, sino de Derecho. Es decir, si esta disciplina pudiera hacerse a un lado mucho que mejor. El derecho podría decirse que es un obstáculo para el crecimiento económico. Las recomendaciones a nivel internacional son unánimas al expresar que las reformas legislativas deben contemplar un sistema sancionatorio que sea acorde con la gravedad de las infracciones, para fortalecer el sistema jurídico mismo.

Un régimen sancionatorio débil no solo no es una garantía para los terceros que confían en la supervisión, sino no desestimula las practicas bancarias viciadas e infractoras del orden jurídico bancario. Si estas practicas no se controlan de forma adecuada, imponiendo sanciones que sean acordes con la falta cometida, los problemas de insolvencia se agudizan cada vez mas, y, lo que es peor, son el punto de partida de las crisis que en su desarrollo son muy difícil de contrarrestar. Es cierto que el sistema jurídico por muy drástico que sea no es una garantía absoluta de que per se las infracciones van a desaparecer, pero también que las sanciones unidas a otras decisiones

(como las publicaciones) pueden aminorar las faltas e incluso que sean mínimas.

La sanción en un sentido técnico, independientemente del sentido disuasivo que puede tener, es un medio para defender el orden jurídico, esto es, para restaurarlo. Uno de los grandes juristas de nuestra época, Norberto Bobbio, en su obra Teoría General del Derecho, estima que la sanción desde este punto de vista es el medio a través del cual se trata de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias y, es, por consiguiente, una consecuencia del hecho de que en un sistema normativo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema científico, los principios dominan a los hechos antes que los hechos a los principios.

Esta diferencia, por lo demás, lleva a considerar que estos dos sistemas que se distinguen por el diferente criterio con base en el cual se establece la pertenencia de las proposiciones al sistema, valiéndose en el primer caso del criterio de la verificación empírica y en el segundo en el principio de autoridad.

Es la sanción pues, la respuesta a la violación. Lo ideal sería que el Derecho siempre se cumpliera espontáneamente, pero esto es solo un ideal, y por lo tanto inalcanzable, al menos en su plenitud. Como diría el ilustre procesalista Francesco Carneluti el derecho se ha hecho solo para los mediocres, porque los buenos no lo necesitan y los malos no les importa que exista. Por consiguiente, todo sistema normativo debe conocer tanto la posibilidad de la violación como también de un conjunto de medios para hacer frente a la eventualidad, esto es, que todo sistema jurídico debe prever al mismo tiempo un sistema de sanciones, a fin de que ese orden jurídico tenga eficacia.

La sanción para que sea justa en relación a la violación, debe ser proporcional y estar actualizada, particularmente en una disciplina como la nuestra, cuyo dinamismo es muy propio de su naturaleza. La sanción debe estar institucionalizada, esto es, regulada en general con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias.

¿Qué entendemos por sanción institucionalizada?

De acuerdo con Bobbio comprende tres elementos. 1. Para toda violación de una regla primaria se ha establecido una sanción relativa; 2. Se establece, si bien dentro de ciertos términos, la medida de la sanción; 3. Se establecen las personas encargadas de cumplir la ejecución. De esto se desprenden tres conceptos, respectivamente: la certeza, la proporcionalidad y la imparcialidad. Todas estas tres limitaciones, en conjunto, tienen como fin común aumentar la eficacia de las reglas institucionales y, en definitiva, de la institución en su conjunto.

¿Se cumplen estos elementos básicos en nuestro orden jurídico bancario?

Con la reciente reforma a las leyes bancarias creo que sí. En efecto el Decreto 26-99 que reformó la Ley de Bancos en la parte de las disposiciones penales, vino a actualizar el régimen de sanciones, contenido en la Ley de Bancos que nos rigió por más de cincuenta años.

Durante mucho tiempo estuvo vigente la original Ley de Bancos, más de cincuenta años, de manera que sus normas fueron perdiendo paulatinamente su eficacia o no fueron cubriendo nuevas situaciones de hecho que venían surgiendo por el proceso de desarrollo de las operaciones bancarias y financieras, particularmente desde un lustro, en el que se dio la apertura de la modernización financiera. El ambiente de libertad que esta produjo, hizo que las instituciones bancarias proliferaran y consecuentemente las operaciones propias del negocio bancario. La ley vieja, entonces, -todavía vieja porque solo había sido reformada- fue más incapaz para mantener el orden, ya no digamos para restaurarlo.

En efecto, para hacer un poco de historia, el Artículo 103 de esta Ley, establecía en forma genérica una escala de multa por las violaciones incurridas de cien quetzales a mil quetzales. En la época que fue emitida dicha ley, 1946, posiblemente la multa era significativa. Con la reforma a dicho precepto en el año de 1995, la multa se elevó de mil a diez mil quetzales. Si se toma en cuenta la depreciación de la moneda nacional, la cuantía de las operaciones que ejecutan los bancos, y la multiplicidad de las mismas, resulta que ni aún la multa máxima era disuasiva, mas bien, aunque sea paradójico, estimulaba la comisión de violaciones. Si agregado a esto se suma el tiempo que duran los expedientes en sustanciarse, ni aun la multa máxima llenaba su cometido, de preservar el orden jurídico bancario y brindar seguridad a los usuarios y público en general. De ahí que aquellos bancos que operan en forma irregular, en la ejecución de sus operaciones y en los registros contables, no rectificaban su actuación a sabiendas que las sanciones realmente no constituían un daño económico.

Con la promulgación del decreto 26-99 que contenía las reformas a la Ley de Bancos, entre otros aspectos, lo referente a las sanciones, adoptándose un método que permite actualizar las sanciones, tomando en cuenta el valor de la unidad de multa y no la cantidad de unidades. Así, las multas se expresaron en unidades, dentro de un rango de 10,000 a 100,000. Además, en el caso de reiteración de faltas se impusieron sanciones mayores. A la par de estas infracciones se contemplaba en el Proyecto que envió la autoridad monetaria las de tipo personal, es decir sanciones aplicables a quienes, hayan cometido la falta. Como podrían ser los directores, gerentes, demás funcionarios e incluso empleados, sin embargo esto no fue aceptado. Se consideraba que era necesario, pues son todos estos los que contribuyen con su voluntad a ejecutar los hechos ilícitos. Que esto iba en contra del principio non bis in ídem, se consideraba que no por cuanto que no es la institución la que se sanciona dos veces, sino que a los que con su grado de moralidad han contribuido a que las violaciones se den y que no se escudaran en la institución como la única que respondería en un momento dado por las actuaciones irregulares. De todas maneras la ley como quedo al final, contribuyó a establecer un régimen bancario mas seguro y un sistema mas estable, de mayor necesidad en una política de libre mercado, en donde la misma libertad puede poner en peligro el sistema.

En esta nueva legislación se incluyo algo muy importante, cual es el delito de intermediación financiera. Antes de entrar al análisis del delito de intermediación financiera conviene hacer un poco de historia. Como hemos venido diciendo la Ley de Bancos data de mas de cincuenta años de manera que quedo desfasad en el tiempo y en el espacio, No obstante, por mucho tiempo fue eficaz, quizá no por la misma fuerza normativa, sino porque había un respeto al orden jurídico

bancario y, además porque había un alto grado de moralidad, lo que hacía cumplir espontáneamente la ley. Sin embargo, a medida que el negocio bancario proliferaba y su conocimiento se divulgaba, sumado al relajamiento moral, personas inescrupulosas empezaron a dedicarse al negocio de revivir dinero y otorgar créditos en masa, más lo primero que lo segundo, por intermedio de entidades anónimas, cuyo capital social de constitución es insignificante en relación a las grandes cantidades de dinero que recibían, a estas entidades se les llamó "financieras fantasmas" porque al momento de estafar al público, iniciarles juicio y pedirles cuentas, no había dinero ni personas que respondiesen.

El artículo 103 de la Ley de Bancos cobijado bajo el título "Disposiciones Penales" no fue suficientemente eficaz para poder encauzar a los autores de tan deleznable práctica. Decía el precepto: Toda persona individual o jurídica que recibiere depósitos de terceros para destinarlos a negocios de crédito, sin estar autorizada expresamente para ello de conformidad con la presente ley, será sancionado por el Ministerio de Economía, de oficio o a requerimiento de la Superintendencia de Bancos, con multas no mayor de cien ni mayor a mil quetzales, sin perjuicio de suspender el ejercicio de dichas actividades, Posteriormente este precepto fue modificado por el Decreto 23-95 del Congreso de la República, solo en lo referente a la multa: en vez de cien se elevó a mil y en vez de mil se elevó a diez mil. Esta nueva disposición tampoco fue eficaz, porque de todos modos el negocio resultaba ganancioso.

El que hubiese mucha personas estafadas por este tipo de "negocios" hizo que el legislador creara una figura delictiva con fuertes disposiciones adicionales, lo que se logró mediante el Decreto 26-99 de

dicho Congreso, disponiéndose que para la regularización de las financieras informales entrará en vigencia un año después de su promulgación. En virtud de que existió esta *vacatio* no se pudo evaluar la eficacia de este precepto, pero se espera que se termine con esta ingrata práctica que ha dejado en el desamparo a mucha gente de escasos recursos que por su ignorancia, por su necesidad o por su afán de mayor rentabilidad de sus pequeños capitales cae en las garras de estos verdaderos delincuentes, causando serios perjuicios a la sociedad y a la economía en general y, también, particularmente a la economía monetaria puesto que no existe un control sobre medio circulante y por lo tanto en la estabilización monetaria interna. Se hacía necesaria pues, la creación de un delito que frenara esta práctica. Que ello vaya en contra de la libertad de empresa no es cierto, porque un negocio que esté al margen de la ley, no puede ser lícito y no puede tener fines loables o de interés social, por lo tanto su sanción es más que necesaria para tutelar los intereses de los ciudadanos, en atención al artículo 2 de la Constitución Política.

El artículo 103 que crea el delito de intermediación financiera expresa: "Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente ley o leyes especiales para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directo o indirectamente, por sí mismo o en combinación con otra y otras personas individuales o jurídicas, actividades que consistan en la captación del dinero del público, ya sea mediante la recepción de depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos y otras obligaciones, canalizándolos a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de

las operaciones.” El delito tiene una sanción con prisión de tres a cinco años inconvertibles, y se excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez ni mayor de cien mil “unidades de multa”, la que será fijada por la Superintendencia de Bancos e impuesta por el Ministerio de Economía a requerimiento de ésta, sin perjuicio de que se cancele su inscripción en el Registro Mercantil General de la República. Estas sanciones se impondrán hasta que esté ejecutoriada la sentencia.

El delito abarca aquellas situaciones en que una entidad sea la captadora y otra la que invierte los recursos, práctica esta que se ha venido dando para evadir el original artículo 103 citado. Otra situación que recoge dicha figura que está inspirada en la práctica, es la captación de dinero, sea en cualquier forma, ya no sólo como de depósito, sino en muchas “otras obligaciones”, con lo cual puede ser discutible el delito, pues no es posible que haya tipicidad (tatbestand) cuando se introducen elementos indeterminados, puesto que ello va en contra de la certeza y seguridad jurídica. Lo mismo podría decirse del destino de los fondos recibidos cuando se asienta que puede ser para “financiamiento de cualquiera naturaleza.” Indudablemente que la creación del delito persigue la estabilidad del sistema financiero, sin embargo, no se debe pasar por alto los valores fundamentales que apunta y protege la Constitución Política. En realidad este delito no concierne directamente al derecho bancario como lo apuntamos en líneas anteriores, pero que estando sancionado dentro de la Ley de Bancos ameritaba hacer su análisis, siquiera en forma muy general.²⁶

26. **Las Crisis Financieras y la Supervisión**, págs. 323 – 329.

Posteriormente se promulgó el Decreto 4-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros, el cual tuvo una corta vigencia, siendo derogado por el Decreto 19-2002 con vigencia a partir del uno de junio del año dos mil dos, en el cual en el Artículo 96 regula la materia del presente trabajo de tesis.

2.6 Análisis del Delito de Intermediación Financiera.

El autor del presente trabajo de tesis realiza un análisis del delito de intermediación financiera y para el efecto el mismo se desglosa de la siguiente manera:

2.6.1 ¿Quiénes pueden cometer el delito de intermediación financiera?

- persona individual
- persona jurídica
- persona nacional
- persona extranjera

2.6.2 ¿Cuál es la condición esencial que se debe dar para que una persona (individual o jurídica, nacional o extranjera) cometa el delito de intermediación financiera?

Que realice la actividad de intermediación financiera *sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas* para realizar operaciones de tal naturaleza.

2.6.3 ¿Cuál es la otra condición esencial que debe darse para que la actividad de intermediación financiera sea considerada delito?

La otra condición esencial es que el sujeto activo del delito de intermediación financiera realice la actividad *habitualmente*, pudiendo ser en forma pública o privada.

2.6.4 ¿Cómo se da la participación del autor y coautor del delito de intermediación financiera?

La participación puede ser directa o indirectamente, por si misma o en combinación de otra u otras personas individuales o jurídicas.

2.6.5 ¿A quién o quienes puede beneficiar la comisión del delito de intermediación financiera?

Puede beneficiar directamente al sujeto activo del delito o a terceras personas.

2.6.6 Que tipo de actividades son las que se relacionan y se encuentran tipificadas dentro del ámbito del delito de intermediación financiera?

La captación de dinero del público o de cualquier instrumento representación de dinero, destinados dichas captaciones o negocios de créditos a financiamiento de cualquier naturaleza.

2.6.7 ¿En que consisten las captaciones de dinero?

Recepción de especies monetarias,

Recepción de cheques

Recepción de depósitos

Recepción de anticipos

Recepción de mutuos

Colocación de bonos

Colocación de títulos u otras obligaciones, y operaciones contingentes,

2.6.8 ¿Cuál es la forma jurídica de formalización de los instrumentos representativos de captación de dinero en el delito de intermediación financiera y su contabilización?

No importa la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones para que sea considerado delito, porque es realizado por personas no autorizadas por la ley para ejercer esta actividad.

2.6.9 ¿En el caso de las personas jurídicas a quienes se les considera penalmente responsables o autores del delito de intermediación financiera?

Administradores

Gerentes

Directores

Representantes legales

2.6.10 ¿Cuál es la pena para los responsables de este delito?

2.6.10.1 *Prisión* de cinco a diez años inconvertibles la cual excluye la aplicación de cualquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal.

2.6.10.2 *Multa* no menor de diez mil ni mayor de cien mil "unidades de multa"

2.6.11 A cuánto equivale una unidad de multa?

El valor de cada "unidad de multa" será de un dólar de los Estados Unidos de América, o su equivalente en Quetzales al tipo de cambio de referencia establecido por el Banco de Guatemala, vigente a la fecha de la imposición de la sanción.

2.6.12 ¿Que tribunal es competente para el juzgamiento de este delito?

El tribunal competente es del orden penal.

2.6.13 ¿Que otras sanciones se encuentran tipificadas para el sujeto activo del delito de intermediación financiera?

2.6.13.1 La cancelación de la patente de comercio de las personas individuales

2.6.13.2 La liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en la ley

2.6.13.3 Concluida la liquidación de la persona jurídica, se ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

2.7 Naturaleza Jurídica del Delito de Intermediación Financiera

La naturaleza jurídica del delito de intermediación financiera, se encuentra enmarcada dentro del ámbito de la naturaleza privada, lo anterior es principalmente porque los sujetos de la relación contractual que origina la aplicación de la norma analizada en el presente trabajo de tesis, son personas de derecho privado particulares.

2.7.1 Delito de naturaleza Pública y delito de naturaleza privada.

Lo que se pretende es que el delito sea trasladado del ámbito de la naturaleza privada, al ámbito de naturaleza pública, sobre la base que el bien jurídico tutelado, que es la formación del capital, el ahorro y la inversión, garantizado por la Constitución Política de la República, daña el Régimen Económico del Estado.

CAPÍTULO III

3. Derechos y garantías constitucionales.

3.1 Definición

Los derechos y garantías constitucionales son aquellos que La constitución de la República de Guatemala tiene normados, en consecuencia son derechos y garantías que todo guatemalteco tiene.

Es deber del Estado brindar a los habitantes de la república la debida protección a la propiedad privada, dentro de la misma quedan contempladas el ahorro y los capitales de los inversionistas que son víctimas y sujetos pasivos dentro de la tipificación del delito de intermediación financiera. Los derechos y garantías constitucionales que se enmarcan dentro del estudio del presente trabajo de tesis corresponden al derecho de defensa, el derecho de propiedad y la obligación del Estado de proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión.

3.2 Derecho de Defensa

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza el derecho de defensa, sin embargo, la tipificación actual del delito de intermediación financiera, deja en total indefensión a los sujetos pasivos de este delito, porque dentro del contexto de la Ley de Bancos y Grupos Financieros no se contempló por parte de los legisladores lo siguiente:

3.2.1 Otorgar la calidad de título ejecutivo a los instrumentos de formalización de la recepción de dinero.

Independientemente de su forma de constitución, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito de intermediación financiera.

Caso contrario sucede con los bancos y sociedades financieras a quienes la ley si estableció que constituirán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento, las libretas de ahorro, certificados de deposito, certificados de inversión, bonos, títulos valores, materializados o representados por medio de anotaciones en cuenta, o bien las respectivas constancias o certificados representativos de dichos documentos que los bancos y sociedades financieras autoricen o entreguen para comprobar la recepción de dinero.

3.2.2 El Estado no garantiza de manera conveniente ni defiende los ahorros, ni los capitales e inversiones del los ahorrantes o inversionistas.

Porque de conformidad a como esta redactado el precepto legal no se contempló por parte de los legisladores que el sujeto activo del delito de intermediación financiera deberá de reintegrar inmediatamente el dinero recibido del sujeto pasivo, dejando a este último en total indefensión.

Caso contrario sucede con los bancos y sociedades financieras quienes sí cuentan con respaldo legal al contemplar la ley de la materia un fondo para la protección del ahorro

3.2 Derecho de Propiedad

El Estado garantiza el derecho de propiedad en la Constitución Política de la República de Guatemala este derecho es sin duda pilar importante en la construcción de la economía del país, por la seguridad y certeza jurídica que proporciona, sin embargo, es también cierto que el Estado esta dejando de cumplir uno de sus fines principales porque en el caso de los ahorrantes o inversionistas que son sujetos pasivos del delito de intermediación financiera, se ven totalmente indefensos ante los sujetos activos de este delito porque el Estado no garantiza la propiedad de sus ahorros, la formación del capital y la inversión.

3.3 Protección del Estado al capital, el ahorro y la Inversión

El autor Eduardo Antonio Barbier al referirse a este tema indica: "El ahorro responde a un impulso natural del hombre para prevenirse de contingencias desfavorables o para concretar aspiraciones; de allí que la preocupación por protegerlo trasciende al ámbito puramente economicista para convertirse en una preocupación social.

Solo a partir de esta última consideración es posible admitir que una vez satisfecho el interés individual y dado el presupuesto de la acumulación institucional, el ahorro en dinero pasa a ocupar un rol central en la dinámica económica.

En efecto, el ahorro y su protección están signados por el interés individual y el general. La preocupación por satisfacerlo ha sido intensa, como también lo han sido los esfuerzos por canalizarlo a través de medios institucionales, procurando alcanzar un

aprovechamiento social trascendente a partir de su efecto económico multiplicador.

En ese contexto, la oferta regulada de sistemas institucionales para la captación del ahorro y el establecimiento de ciertos mecanismos de neutralización del riesgo son, sin duda, deberes primarios del Estado y su ausencia conspira contra la realización misma del individuo, provocando en ocasiones severas distorsiones sociales.

Es que el ahorro equivale a la inversión de un país y debe ser celosamente protegido dándole seguridad y confianza al público”²⁷

27. **Contratación Bancaria**, pág. 125 -126

CAPÍTULO IV

4. Reforma al Artículo 96 del decreto 19-2002

El sustentante del presente trabajo de tesis considera que es necesario que la normativa vigente de la Ley de Bancos y Grupos Financieros sea reformada en el capítulo específico de sanciones, y propone que sea incluido dentro de la norma, aspectos relevantes como lo son en primer lugar que los documentos en que se formalice una transacción que de origen a la tipificación de este delito, sea calificado como título ejecutivo, además que dentro de esta misma norma se establezca la obligación del sujeto activo de este delito de devolver inmediatamente a los ahorrantes o inversionistas sus ahorros.

4.1 Propuesta de Reforma al Artículo citado.

“Delito de Intermediación Financiera. Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí 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 relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representación de dinero, ya sea mediante la recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinados dichas captaciones o negocios de créditos o financiamiento de cualquier naturaleza, independiente 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.

El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años incommutables, la cual excluye la aplicación de cualquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil "unidades de multa", la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal, *y deberán de reintegrar inmediatamente el dinero recibido a los ahorrantes o inversionistas.*

Además de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil y en el Artículo 110 de la presente Ley, constituirán título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento, cualquier documento que ampare la recepción de dinero por los sujetos activos de este delito.

Simultáneamente a la imposición de la multa, dicho tribunal ordenara la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en la ley; en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenara al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva."

CONCLUSIONES

El Estado de Guatemala, no garantiza ni protege la formación del ahorro, el capital y la inversión, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, puesto que su ordenamiento legal no contempla que los autores del delito de intermediación financiera devuelvan el dinero que recibieron de los inversionistas.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, tipifica el delito de intermediación financiera, pero este no está incluido dentro del Código Penal.

Los documentos que formalizan la operación que origina el delito de intermediación financiera, no tienen sustento legal, derivado que no tienen calidad de título ejecutivo, lo que es aprovechado por los autores de este delito.

El delito de intermediación financiera afecta tanto la economía individual como la nacional, disminuye los recursos de los depositantes y no existe garantía en recuperarlos.

RECOMENDACIONES

Que el Estado de Guatemala, garantice y proteja la formación del ahorro, el capital y la inversión, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, para cumplir este cometido debe modificar su ordenamiento legal para que los autores del delito de intermediación financiera devuelvan el dinero que recibieron de los inversionistas.

Que se tipifique dentro del Código Penal guatemalteco, el delito de intermediación financiera, porque actualmente se encuentra regulado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Para que todos los delitos estén integrados en un solo cuerpo legal.

Que el estado de Guatemala le de sustento legal a los documentos que formalizan la operación que origina el delito de intermediación financiera al darles la calidad de título ejecutivo, para que los afectados puedan ejercitar en forma separada independiente de la acción penal, la acción civil. Para que estos ahorros se recuperen por medio de acciones legales rápidas.

Que se legisle en el sentido que el delito de intermediación financiera deba ser perseguido de oficio por el Ministerio Público, creándose una fiscalía específica para conocer dicho delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. **Derecho penal**. 2a. ed.; México, D. F., Ed. Programas Educativos, S.A. de C.V., 2001.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal**. Madrid España, Ed. Akal, S.L., 1998.
- BARBIER, Eduardo Antonio. **Contratación bancaria**. Buenos Aires Argentina, Ed. Astrea, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico**. 14ava. Ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1979.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. Amazonas, 44. México 5, D. F., Editorial Herrero, S. A, 1964.
- Diccionario de la Real Academia española**. 19ava.Ed.; Madrid, España, 1970.
- Diccionario jurídico espasa "Lex"**. Madrid España, Ed. Espasa Calpe, S.A., 2001. 1434 págs.
- GÁLVEZ BARRIOS, Eduardo. **La participación en el delito**. Guatemala, Ed. Llerena, 1999.
- HODGSDON AYCINENA, Jessica Marie. Tesis. **El debido proceso y la ley para la protección del ahorro**, UFM, 2000.
- MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. Guatemala, Ed. Centro Editorial Vile, 2000.
- OLCECE FERNÁNDEZ, Jorge. **La intermediación financiera y la inversión institucional**. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1981.
- MÉNDEZ VILLASEÑOR, Claudia - Luis Echeverría. **Reclaman propiedad afectados por estafa de Autocasa buscan terreno como pago**. <http://www.prensalibre.com/pl/2004/mayo/05/87612.html>

Legislación:

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

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

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

Ley de Supervisión Financiera, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 18-2002, 2002.